

Tribuna Abierta

GUERRA EN UCRANIA: PERSPECTIVA JURÍDICO- INTERNACIONAL

Araceli Mangas Martín

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad Complutense. Académica de Número de la Real Academia de
Ciencias Morales y Políticas*

Guerra en Ucrania: perspectiva jurídico-internacional

El ataque armado de Rusia a Ucrania constituye una grave violación de la norma que prohíbe del uso de la fuerza entre Estados (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas). No hay ninguna norma de Derecho internacional vigente que habilite a los Estados, sin autorización del Consejo de Seguridad, a llevar a cabo intervenciones "humanitarias" al socaire, cierto o no, de violaciones masivas de derechos humanos. Un Estado agredido, como Ucrania, tiene derecho en su legítima defensa a recabar la ayuda internacional de Estados y organizaciones internacionales como la Unión Europea. Desde la vigencia de la Carta, no se acepta el derecho de conquista para la adquisición de territorios. Sería una contradicción reconocer la vigencia de la norma que prohíbe el uso de la fuerza y, al tiempo, la legalidad de un acto cometido en violación de dicha norma.

PALABRAS CLAVE:

GUERRA DE UCRANIA, PROHIBICIÓN DEL USO O AMENAZA DE FUERZA, DERECHO INTERNACIONAL, NACIONES UNIDAS, DERECHO HUMANITARIO, CRÍMENES DE GUERRA, OCUPACIÓN BÉLICA.

War in Ukraine: legal-international perspective

Russia's armed attack on Ukraine constitutes a serious violation of the rule prohibiting the use of force among states (Art. 2.4 of the UN Charter). There is no rule in force under international law that empowers states to carry out "humanitarian" operations without Security Council authorisation in the wake of alleged massive human rights violations. An attacked State, such as Ukraine, has the right, in its legitimate defence, to seek assistance from other States and international organisations such as the European Union. Since the Charter came into force, no right of conquest is recognised for the acquisition of territory. It would be contradictory to recognise the rule prohibiting the use of force as valid and, at the same time, declare an act committed in violation of this rule to be legal.

KEYWORDS:

WAR IN UKRAINE, PROHIBITION OF THREAT OR USE OF FORCE, INTERNATIONAL LAW, UNITED NATIONS, HUMANITARIAN LAW, WAR CRIMES, WARTIME OCCUPATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 9-9-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-9-2022

Mangas Martín, Araceli (2022). Guerra en ucrania: perspectiva jurídico-internacional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 9-25 (ISSN: 1578-956X).

1. Antecedentes y contexto

Tras la invasión y ocupación rusa en 2014 de buena parte de la región ucraniana del Dombás —límitrofe con Rusia y con amplia población de origen ruso—, ambos Estados mantenían una guerra de baja intensidad, a pesar de la estabilización de las posiciones rusas propiciada por los Acuerdos Minsk II (2014).

La Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y de Seguridad —Catherine Ashton— se apresuró en 2013, sin pensar en las consecuencias, a negociar un acuerdo de asociación con Ucrania favoreciendo la caída de presidente ucraniano prorruso —elegido en elecciones monitorizadas por la OSCE—. Las manifestaciones del “euromaidan” (en referencia a la influencia europea en las manifestaciones antirrusas de la plaza Maidan en Kiev) y la elección de un nuevo presidente prooccidental desestabilizaron el país. La invasión de 2014 encontró, ya entonces, resistencia armada del ejército de Ucrania, dando lugar a hostilidades continuadas de baja intensidad sin poder repeler plenamente esa agresión. Por el contrario, en la invasión de la península de Crimea y Sebastopol, donde estaba localizada una gran base naval rusa cedida por Ucrania en 1994 por una duración de cincuenta años, no hubo resistencia, pues una buena parte de la población era rusa de origen o formando parte de la base naval. Ese territorio perteneció a Rusia y, después, a la URSS; el secretario general del PCUS y presidente del Soviet Supremo, Nikita Kruschev, decidió ceder ese territorio aislado de Rusia (sin aprovisionamientos propios de agua y electricidad) a Ucrania para instalar allí una base. Baste recordar la importancia estratégica fundamental para Rusia de esta base militar, dado que es su única opción en el largo invierno ruso de tener acceso a los mares por aguas “calientes” (es decir, no heladas).

Esos antecedentes inmediatos en el siglo XXI no deben ocultar otros hechos del siglo XX con los que están relacionados y ayudan a contextualizar, sin justificar ni motivar, las agresiones rusas.

En efecto, cuando Gorbachov tendió la mano de Rusia a Occidente para poner fin a la Guerra Fría, pidió a cambio una nueva arquitectura europea de seguridad integrada, lo que denominaba la “Casa común europea”. En la etapa de Gorbachov y en la de Yeltsin hubo conversaciones ruso-americanas —sin un acuerdo formal escrito— relativas a los países europeos de la vecindad para dar seguridades verbales a Rusia (de valor político-diplomático, no jurídico) de mantener su esfera natural de influencia y que no se sintiera asediada por la OTAN ni por la UE.

Esos acuerdos no formalizados constan en numerosos documentos diplomáticos desclasificados por EEUU en 2017 y son accesibles por internet (*National Security Archive*, Universidad George

Washington). Antes de su revelación en 2017, tanto H. Kissinger como H. Dietrich Genscher —responsables, respectivamente, de las relaciones exteriores en EE. UU. y Alemania durante muchos años— confirmaron las “seguridades” dadas y previeron que el engaño podía provocar a Rusia (Mangas Martín, 2014:5). Como ha afirmado Xavier Pons (2022:8), *“La invasión y la guerra en Ucrania constituye, de alguna manera, una nueva réplica —una trágica réplica— del gran movimiento sísmico que, en 1989, ocasionó el fin de la guerra fría, la desaparición del bloque socialista y el desmembramiento de la Unión Soviética”*.

La OTAN se amplió con el ingreso de numerosos Estados de la antigua esfera comunista, lo que originó malestar en Rusia. Un momento culminante del malestar ruso se produjo en 1999 cuando la OTAN, sin autorización del Consejo de Seguridad de la ONU y, por tanto, una agresión, bajo la coartada cierta de proteger los derechos humanos de los albanokosovares en la región serbia de Kosovo, decidió bombardear Yugoslavia durante 79 días continuados hasta su rendición. Después invadieron por tierra y ocuparon sin resistencia la región de Kosovo, y en febrero de 2008 aceptaron la decisión de una asamblea ciudadana albanokosovar, sin participación de la población serbia originaria del lugar, sobre la declaración de independencia respecto de Serbia. Desde entonces, Kosovo es más un Protectorado de la UE/OTAN y no un verdadero Estado independiente.

Rusia aprendió la lección de la OTAN sobre la coartada de los derechos humanos y la libre determinación “de la gente”. Y la aplicó en junio de 2008: invadió Georgia con pretexto similar (proteger a la minoría rusa y darle el derecho de libre determinación) y facilitó la independencia de dos regiones georgianas con dos Estados ficticios en Osetia del Sur y Abjasia.

La OTAN prometió a Georgia, Moldavia y Ucrania la posibilidad de ingresar en su seno, lo que puso en guardia a Rusia. Como ha dicho Josep Borrell en 2022 en múltiples medios, no se deben hacer promesas que no se puedan cumplir. Putin respondió en 2014 con la invasión de Ucrania (parte de la región del Dombás que se constituyeron en pequeñas y ficticias repúblicas independientes —Donestk y Luhansk— y un referéndum en Crimea para anexarse y devolverla directamente al mapa ruso). En septiembre de 2022 ha repetido dos referendos en esas repúblicas ficticias para la anexión como territorios de Rusia.

Se observa cómo Putin ha calcado sus agresiones reiteradas en la disparatada agresión de la OTAN a Yugoslavia (hoy, Serbia) en Kosovo: la coartada de proteger ciudadanos y el derecho de libre determinación irrestricto en referendos para orquestar la independencia del Estado matriz o aceptar la anexión con otro —Rusia—. Y también de la agresión de Occidente a Irak en 2003.

Ahora bien, invadir, ocupar y romper la unidad nacional e integridad territorial del Estado invadido es siempre un ilícito en el Derecho internacional, que es el mismo para Estados aliados o enemigos, como a continuación se examina. Un ilícito no compensa otro ilícito: es una suma de ilícitos con toda una pendiente de ilegalidades.

La guerra de agresión rusa en Ucrania, en 2014 y 2022, es una guerra internacional, hasta ahora, de limitado alcance geográfico en las operaciones militares al territorio ucraniano, pero de alcance mundial en lo económico, social, político y financiero. Y con el riesgo de que pueda ser la primera fase de un conflicto de alcance mayor y potencialmente devastador, dadas las declara-

ciones repetidas del presidente ruso Putin de abrir todas las opciones militares, incluidas las armas nucleares, en su ofensiva.

No se debe perder de vista el acuerdo entre China y Rusia de 4 de febrero de 2022: dio alas a Putin, y China se limitó a pedir que no iniciara la guerra hasta terminar los Juegos Olímpicos de Invierno. En ese acuerdo constituyeron una asociación privilegiada, proclamando su amistad “sin límites” y, por primera, vez China mostró su preocupación por las cinco ampliaciones de la OTAN. El Acuerdo no incluye pacto de defensa mutua, pero sí cooperación en la defensa contra alianzas occidentales (AUKUS y OTAN).

2. La agresión rusa en 2022: análisis desde el derecho internacional vigente

2.1. La calificación de la agresión: uso inicial de la fuerza armada

El 24 de febrero de 2022 se inició desde territorio de Bielorrusia y de Rusia una invasión masiva terrestre —aunque por tropas exclusivamente rusas— sobre el territorio del Estado de Ucrania que, según se aproximaban a la capital ucraniana (Kiev) y a otras ciudades, encontró una gran resistencia militar, lo que dio lugar de inmediato a hostilidades y a la situación de conflicto armado internacional.

El ataque armado generalizado de Rusia a Ucrania, con apoyo de Bielorrusia al permitir el uso de su territorio en el inicial acto de invasión, constituye una violación de la norma que prohíbe el uso de la fuerza entre Estados (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas). Como dijera la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), a pesar de las deficiencias del sistema de NNUU, “*su prohibición es un gran avance frente a los constantes abusos en tiempos pasados*” (CIJ/ICJ, 1949: 22).

Esta agresión infringe, entre otras normas obligatorias, el derecho a su integridad territorial y a la independencia política de Ucrania. La prohibición del uso o amenaza de fuerza armada es una norma imperativa, por lo que no cabe acuerdo en contrario entre los Estados ni márgenes de discrecionalidad o unilateralidad (*Declaración de los miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales sobre la agresión rusa en Ucrania, con más de 400 firmantes*).

Esa prohibición conoce dos excepciones: a) la legítima defensa, como respuesta a una previa agresión, prevista por el art. 51 de la Carta y de conformidad con sus procedimientos, y b) la autorización del Consejo de Seguridad (en adelante, CSNU) a los Estados no agredidos para usar la fuerza contra el Estado agresor (como la coalición internacional para repeler la agresión de Irak a Kuwait en 1990).

Buena prueba de la vigencia de la prohibición imperativa del uso de fuerza es la reprobación del conjunto de la comunidad internacional cada vez que hay una agresión; y cuando se ha infringido,

el infractor busca acogerse a sus excepciones (así lo hecho Rusia al invocar —sin fundamento— la legítima defensa).

No hay ninguna norma de Derecho internacional vigente que autorice a los Estados, al margen del CSNU, a intervenciones “humanitarias” al socaire, cierto o no, de violaciones masivas de derechos humanos. Así concluye la Comisión independiente que examinó la agresión de Rusia a Georgia en 2008: *“It is also true that since 1945, numerous states have led military actions by pointing to the need to protect their own nationals abroad. In many cases the legality of these actions was disputed. There is no customary law allowing such actions. If at all, such actions should be limited in scope and duration and exclusively focused on rescuing and evacuating nationals.”* (par. 23/pp. 24-25).

Rusia no se encontraba en ninguna de las excepciones de la Carta cuando agredió a Ucrania en 2014 o 2022. No recabó la autorización del CSNU, si bien Rusia notificó el 24 de febrero de 2022 al Secretario General de la ONU y al CSNU su propósito de proceder a una “operación militar especial” fundada en el art. 51 de la Carta (legítima defensa), anexando el discurso de Putin a la nación rusa. En esa alocución justifica su acción por la petición de ayuda de las repúblicas del Dombás, y se extiende mucho en la expansión de la OTAN y en la necesidad de poner fin al genocidio perpetrado y a la desnazificación de Ucrania (doc. S/2022/154).

Sin embargo, Rusia nunca antes había pedido actuaciones para erradicar el supuesto genocidio que lo situaba, no obstante, en las regiones ocupadas y controladas por Rusia misma. Nunca antes pidió abrir negociaciones con Ucrania para poner fin al supuesto genocidio ni lo notificó al CSNU, ni al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ni a la Organización de Seguridad y Cooperación Europea (OSCE) ni al Consejo de Europa, entidades a las que pertenece (como le reprochó la Corte Internacional de Justicia, CIJ/ICJ, Ordonance, 2022:par. 57).

Además de esas debilidades en los procedimientos de denuncia ante un supuesto genocidio cometido o en ciernes, la argumentación rusa oficial se diluye al requerir la legítima defensa un previo ataque o una amenaza inminente y masiva. Lo que hace Rusia es calcar argumentos de la presidencia de Bush en 2003 al inventar la doctrina de la legítima defensa *preventiva* utilizada por EE. UU. para agredir a Irak. Esa posición ha sido rechazada en general por los Estados y medios académicos: no es posible prever con certeza lo que puede pasar por meros argumentos de relaciones internacionales sin hechos probados y reconocidos. Solo desencadenar el ataque o ser inminente, solo ese primer uso de fuerza da derecho a la legítima defensa. La guerra preventiva es ilegal e inhumana.

Rusia trató también de revestir su invasión de legalidad amparándose en la petición de ayuda hecha por los pseudoparlamentos de las “repúblicas” ficticias de Donetsk y Luhansk, territorios ucranianos bajo ocupación bélica de Rusia y, de repente, repúblicas reconocidas por Rusia el 21 de febrero de 2022. No eran Estados soberanos e independientes que pudieran recabar legítimamente ayuda militar internacional. Claro, tampoco las tropas rusas entraron en febrero de 2022 por esas regiones limítrofes con Rusia para liberarlas del supuesto genocidio, sino desde Bielorrusia con el propósito de doblegar al conjunto de Ucrania para hacer caer el gobierno en Kiev.

Una importante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (3314/1974, “definición de la agresión”) —en adelante, AGNU— establece qué se entiende por agresión: *“El primer uso*

de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión". Precisa que "independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él". Obsérvese que son tres ilícitos atribuibles a Rusia desde febrero hasta octubre: invasión, ocupación y, además, la posterior anexión. Va de suyo que no hubo declaración formal de guerra (innecesaria al estar prohibida la guerra por la Carta de las Naciones Unidas).

Rusia ha sido el Estado agresor, si bien en el acto inicial de invasión Bielorrusia autorizó el uso de su territorio para desencadenar el ataque hacia Kiev y, por ello, es también responsable de un hecho internacionalmente ilícito de agresión; parte de las sanciones internacionales se dirigieron también hacia el cooperador en la invasión inicial. Con posterioridad no se ha conocido apoyo territorial bielorruso a la agresión, salvo quizás en octubre el ataque con drones sobre Kiev, lanzados probablemente desde Bielorrusia.

2.2. La actuación de los órganos políticos de la ONU y en otros foros

La agresión puso en marcha, de inmediato, el sistema de Naciones Unidas en todos sus frentes. Por un lado, el Consejo de Seguridad redactó un proyecto de resolución que no pudo aprobarse como tal, con su fuerza vinculante por el veto ruso, pero reunió 11 votos a favor (Albania, Brasil, Gabón, Ghana, Kenia, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, México y Noruega), 3 abstenciones (China, India y EAU) y el voto en contra —veto— de Rusia (CSNU, S/2022/155). Dicho proyecto condenaba la agresión y el lenguaje de "operación especial".

No es la primera vez que un miembro permanente del CSNU utiliza el veto para protegerse frente a sus propios ilícitos, además de los ilícitos de sus aliados (por ejemplo, EE. UU. siempre ha vetado toda condena a las agresiones de Israel). Es una de las debilidades del sistema de seguridad colectiva de la ONU al permitir implícitamente a los miembros permanentes vulnerar la prohibición de la norma más importante del sistema sin consecuencias para ellos (NOLLKAEMPER, 2022). Es evidente que tampoco la ONU podía iniciar el procedimiento de expulsión de Rusia, pues requiere una decisión del CSNU y habría veto ruso.

A pesar de ese fracaso, la Unión Europea se movilizó junto con noventa Estados. El CSNU decidió seguir adelante desempolvando la vital Resolución 377A (1950) de la Asamblea General ("Unión pro Paz") que permitió en la guerra de Corea al CSNU convocar una sesión extraordinaria de la AGNU ante la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, sin que pueda interponerse veto por ningún Estado a tal convocatoria. La AGNU asume un papel de motor subsidiario cuando el principal —el Consejo de Seguridad— no puede ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Mediante la Resolución 2623 (2022), de 27 de febrero, el Consejo convocó un período extraordinario de emergencia de la Asamblea General, que aprobó el 2 de marzo la Resolución A/ES-11/L.1. La AGNU "deplora" la agresión rusa, le exige el fin de inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania, condena las vulneraciones del Derecho internacional humanitario cometidas en esos días

iniciales, condena el reconocimiento dado a las regiones Donetsk y Luhansk y exige que Rusia restablezca las fronteras reconocidas internacionalmente. Tuvo 141 votos a favor, 5 en contra (Rusia, Bielorrusia, Siria, Corea del Norte y Eritrea), 35 abstenciones y 12 ausencias de la sala. Muestra una gran mayoría de Estados que reprueban o no apoyan los ataques a la integridad territorial de los Estados; pero también las abstenciones y algunas ausencias muestran que la influencia China se deja sentir en las relaciones internacionales con muchos Estados africanos y de Medio y Lejano Oriente dependientes del comercio chino.

Ante las noticias fehacientes de graves vulneraciones por Rusia a sus obligaciones de Derecho internacional humanitario *"en proporciones que la comunidad internacional no había visto en Europa desde hacía décadas"* (ataques a barrios, hospitales, escuelas, asesinatos de civiles...), aprobó otra Resolución de condena el 24 de marzo (A/ES-11/2) con una amplia mayoría (140 votos a favor, 5 en contra y 38 abstenciones).

La AGNU dio otro paso más para acotar la discrecionalidad de los miembros permanentes del CSNU al aprobar el 20 de abril una resolución *por consenso* (sin oposición de Rusia o abstenciones de otros) por la que exige que, cada vez que se utilice el veto por un miembro permanente, se presente un informe por el CSNU y se celebre una sesión de la AGNU con intervención de los miembros permanentes (A/Res/76/662).

También el Consejo de Derechos Humanos decidió suspender la presencia de Rusia en sus trabajos el 7 de mayo. Y de nuevo el 7 de octubre por primera vez en su historia acordó un mandato a un relator especial para monitorear la represión de los opositores en Rusia.

Fuera del sistema de Naciones Unidas, también hubo reacciones de condena y aislamiento: en el Consejo de Europa, el Comité de Ministros acordó la suspensión de sus derechos y, tras consultar a la Asamblea Parlamentaria, acordó su expulsión el 16 de marzo, si bien Rusia notificó su retirada un día antes y denunció el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al no tener efectos inmediatos, las demandas contra Rusia son posibles por hechos acaecidos hasta el 16.09.2022.

2.3. La actuación de La Corte Internacional de Justicia

Conocidos los pretextos de la invasión presentados por Rusia ante el CSNU y en discursos del presidente Putin y de su ministro de Asuntos Exteriores, acusando de genocidio a Ucrania en las regiones ucranianas ocupadas por Rusia, Ucrania demandó a Rusia ante la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial permanente de la ONU, el 26 de febrero. Apenas 48 horas después de la invasión, solicitó medidas cautelares.

Ucrania fundó su legitimación activa en que ambos Estados son parte de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, y en el art. IX de dicha Convención, que permite a las partes llevar sus diferencias sobre la interpretación, aplicación y ejecución de la citada Convención. A su vez, la demandante acusa a Rusia de planificar actos de genocidio en las zonas ocupadas sobre las personas de origen ucraniano, estimando que la demanda rusa era falsa y manipulada para ocultar su propio genocidio. Solicitó medidas cautelares al amparo del art. 41

del Estatuto de la Corte y los arts. 73, 74 y 75 de su Reglamento “*para prevenir daños irreparables a los derechos de Ucrania y su población y para evitar que se agrave o prolongue la controversia...*”.

Una fina alegación de Ucrania fue decisiva al señalar que, aun de ser cierta la tesis de Rusia, la Convención sobre Genocidio en ningún caso contempla el derecho al uso de la fuerza armada por ningún Estado. Rusia contestó a la demanda negando la competencia de la CIJ y que el discurso oficial de Putin no había mencionado la Convención de Genocidio, sino el delito en abstracto, si bien no se personó en la fase oral. La CIJ resolvió las medidas cautelares en el Auto de 16 de marzo de 2022 (el fondo, continúa). Además de considerarse competente y constatar la existencia de la diferencia jurídica, la Corte rechazó la justificación rusa del uso de la fuerza basada en el genocidio, pues la Convención no habilita a los Estados a actuar por su cuenta apreciando unilateralmente tal situación. Reconoce que Ucrania tiene un derecho plausible a no ser objeto de operaciones militares por parte de la Federación de Rusia con el fin de prevenir y sancionar un presunto genocidio en el territorio de Ucrania, y ordenó, hasta que se dicte una decisión final en el caso, suspender las operaciones militares (*International Court of Justice*, Order 16 de march 2022, párr. 60 y 81).

2.4. Naturaleza del conflicto armado y legalidad de la ayuda internacional a Ucrania. Consecuencias en la globalización

Rusia ha evocado con frecuencia los vínculos históricos, ciertos, que han unido a Rusia con Ucrania. Esa proximidad le ha llevado a hablar de forma fantasiosa de una hermandad en la que sitúa la “operación militar especial”, como una acción de policía dentro de su mismo Estado. No es un conflicto armado interno o guerra civil, sino un claro conflicto armado internacional, pues se trata de dos Estados soberanos e independientes con reconocimiento internacional de sus fronteras respectivas.

Obviamente, el Estado agredido tiene derecho a la legítima defensa reconocida en la Carta. Al no hacerse cargo el CSNU de la defensa frente a la agresión (como prevé el art. 51 de la Carta), Ucrania tiene derecho a usar la fuerza armada para repelerla y recuperar el control y dominio sobre su territorio. Su derecho a usar la fuerza debe ser proporcionado y limitado para volver a controlar su territorio y expulsar al ejército invasor. No le da derecho a llevar los combates de forma abierta en territorio ruso —reconocido internacionalmente— atacando sus ciudades o entrando de forma masiva en su territorio.

Por ejemplo, ataques ucranianos aislados en marzo y abril de 2022 a depósitos de combustible o de armas en territorio ruso cerca la frontera, y que son usados como retaguardia para el aprovisionamiento de guerra, son proporcionados y legales al contribuir de forma “*efectiva a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*” (art. 52 Protocolo Adicional I de 1973 a los Convenios de Ginebra de 1949, en adelante PA-I). Las acciones armadas ucranianas en Crimea (ataques y destrucción de buques y aviones o al puente que une Crimea con Rusia) fueron legales, pues Crimea es territorio soberano de Ucrania del que ha sido privado por un acto previo de agresión, ocupación continuada y anexión ilegal.

¿Es legal la ayuda militar a un Estado beligerante?

La respuesta del bloque geopolítico occidental (OTAN, UE, Japón, Australia, Nueva Zelanda..., unos cuarenta Estados) a la agresión ha sido imponer innumerables medidas coercitivas o sanciones económico-financieras que no implican directamente el uso de la fuerza armada en oleadas sucesivas y acordar ayuda financiera para la compra de armamento y el suministro directo de armas y equipamiento militar defensivo y ofensivo.

Frente al obsoleto derecho de la neutralidad de 1907, inaplicable, prevalecen las obligaciones relacionadas con las normas imperativas o existenciales de la comunidad internacional establecidas en la Carta (art. 2.4, prohibición de uso de la fuerza), incluido el derecho de legítima defensa frente a un Estado agresor (art. 51). En consecuencia, priman las obligaciones para contener y disuadir al agresor frente a la antigua neutralidad.

Cualquier Estado agredido, como Ucrania, tiene derecho en su legítima defensa a recabar la ayuda internacional de Estados y organizaciones internacionales para la protección de los bienes e intereses de la comunidad internacional en su conjunto. La ayuda económica, financiera y militar, además de la humanitaria, es legal a una sola de las partes, a la parte agredida, como medio de coerción legal para persuadir al agresor de cesar en su ilícito y asumir la responsabilidad.

Conviene recordar que las sanciones económicas han sido punitivas (tras la agresión) y no preventivas o disuasorias; suponen un bloqueo de exportaciones hacia Rusia (y Bielorrusia) e importaciones de un listado creciente de productos en oleadas sucesivas (opción por el efecto “martillo”, frente al efecto percusión o “taladro”). El bloqueo afecta también a productos tecnológicos, o las reservas de Rusia en bancos occidentales (es un embargo —sin incautación— de unos 300.000 millones de euros), bloqueo financiero, bloqueo de cuentas privadas, bienes diversos y de viajes, etc. En algún momento hubo presión para la incautación de bienes de particulares rusos en territorio de los Estados de la UE, pero esa medida es legal si se adopta en tiempo de guerra por los beligerantes y se descartó para evitar consecuencias en el estatuto de no beligerancia.

La reacción a las duras sanciones económico-financieras ha sido negativa en varios continentes. Dicho de forma clara, el mundo no ha seguido a la UE en materia de sanciones. Sí ha apoyado en las condenas (un bloque estable de 140); no en las sanciones, solo adoptadas por unos 40 Estados occidentales.

Muchos Estados de América Latina, Asia y África rechazan las sanciones económicas como “arma de guerra”. El poder blando se utiliza por Occidente como instrumento de coerción; esa forma de política de fuerza es visto con temor por los Estados menos desarrollados y es un signo del poder declinante de Occidente.

La UE, EE. UU., Canadá, Japón, Australia, etc., se enfrentan directa y exclusivamente a su oponente ruso con medios económicos masivos. La consecuencia más visible es la ruptura del multilateralismo y la regionalización de la globalización con dos grandes bloques económicos (el chino y el occidental), con áreas geográficas separadas, mecanismos financieros y reglas de juego distintas, aunque abiertas comercialmente entre ellas. La geoeconomía puede ser más importante que la geopolítica en el futuro que ya es presente.

En el antiguo estatuto de neutralidad, el Estado neutral podía comerciar con las dos partes, aunque podía sufrir actuaciones de inspección, abordaje y traslado forzoso a los puertos del beligerante (o simplemente la destrucción de la carga y el buque, como le sucedió a España durante la Primera Guerra Mundial con unos setenta buques destruidos por Alemania). Pero los viejos convenios de neutralidad de 1907 —ya lo he señalado— quedaron obsoletos tras la vigencia de la prohibición del uso de fuerza. Desde los años sesenta del pasado siglo había una posición amplia —reflejada en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas— de que los Estados afectados por la agresión podían adoptar contramedidas con ese carácter instrumental, si bien entonces se excluía el uso de la fuerza.

Un Estado agredido tiene derecho a recabar ayuda para hacer posible su derecho de legítima defensa. Es un apoyo legal en su derecho inherente de legítima defensa (art. 51, por sí o con la ayuda de otros). Es más, hay un deber general de los Estados y organizaciones de cooperar *por medios lícitos* para poner fin a la violación de normas internacionales imperativas (CIJ/ICJ, 1986: par. 205, 262 y 290).

La ayuda militar puede ser para reforzar las capacidades materiales militares y limitada a material militar, nunca con medios humanos. Es cierto que la ayuda, incluida la militar, posiciona al Estado u organización internacional muy próximo a la parte beligerante agredida sin que suponga su entrada en guerra.

Las claves son no participar con medios humanos directamente en los combates (aunque se suministre información e inteligencia) y que el Estado agredido sea el que determine la conducción de las hostilidades *con sus propios objetivos como único agredido*. Los Estados occidentales no tienen objetivos, no participan en las hostilidades ni tienen autonomía en la estrategia militar.

Está claro que se ha rechazado la neutralidad bélica por numerosos Estados occidentales (con escasa regulación salvo en la guerra naval, en desuso desde hace más de cien años). Tampoco se ha cruzado el umbral de entrar en guerra junto al agredido frente al agresor ruso (envío de tropas para sostener combates directos). Las tropas enviadas, muy numerosas, se han apostado en Estados miembros de la OTAN próximos al agresor y agredido, con carácter disuasorio y preventivo frente a una eventual ampliación de la agresión rusa.

Igualmente, los Estados de la UE y de la OTAN negaron la petición de Ucrania de “cerrar su espacio aéreo” o establecer zonas de exclusión, apoyada con presión popular y mediática. Esa medida implicaba entrar en combate (en guerra), al tener que disponer de pilotos y aviones de guerra occidentales dispuestos a combatir para expulsar a los bombarderos rusos. O la negativa a entregar misiles guiados a Ucrania con un alcance superior a los 300 km. Se ha buscado ayudar a Ucrania dentro de la legalidad sin escalar las hostilidades hacia una gran guerra europea.

No estamos en guerra técnicamente hablando. Aunque no es fácil precisar las líneas rojas, especialmente si se consumara la amenaza nuclear rusa —hasta ahora con claros efectos de contención y disuasorios—. Conviene recordar que no hay una prohibición universal reconocida sobre la licitud o ilicitud de las armas nucleares, tal como lo declarase la Corte Internacional de Justicia (CIJ/ICJ, 1996: par.79), si bien los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I prohíben con carácter absoluto los medios y métodos de combate que produce daños desproporcionados y

superfluos. Lo grave de la escalada, por ahora verbal, de Rusia es que durante toda la “guerra fría” (1945-1989) nunca la derrota de una potencia nuclear en territorio extranjero fue usada como posible opción para el arma nuclear (así, entre otras, las derrotas de EE. UU. en Vietnam —1955 a 1975— o de la URSS en Afganistán —1978 a 1992—).

Una constatación peligrosa para la proliferación de armas nucleares entre Estados intermedios es la experiencia ucraniana: tuvo armas nucleares hasta 1996, pero en el Memorándum político de Budapest renunció a ellas a condición de ser defendido por Rusia, EE. UU., Reino Unido y Francia (ninguno se ha acordado de ese compromiso político —no jurídico—). Si Ucrania las hubiera conservado, no hubiera sido atacado por Rusia. Todos los garantes fallaron.

2.5. La aplicación de los Convenios de Ginebra (Derecho Internacional Humanitario)

Todo conflicto armado internacional o guerra internacional es una relación de Estado a Estado y regida por las leyes de la guerra, surgiendo un nuevo “contador” de reglas de Derecho internacional a cumplir en la conducción de las hostilidades y en la protección de las víctimas de ambos contendientes.

Desencadenado un conflicto armado, internacional hay “igualdad de armas”, es decir, aplicación a ambas partes por igual de las normas de la guerra sobre la conducción de las hostilidades (Reglamento de la Guerra Terrestre del Convenio IV de La Haya de 1907, en adelante RGT/1907, prácticamente es lo que queda en vigor de los Convenios de 1907) y de protección de las víctimas (cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en particular CG-IV sobre población civil y Protocolo Adicional I de 1977, en adelante PA-I).

Los medios de comunicación han difundido muchas informaciones sobre actuaciones concretas de las fuerzas rusas y muy pocas de las fuerzas ucranianas. He tenido en cuenta la fuente proveniente de grandes medios internacionales; ahora bien, es importante contrastarla con las presentadas por ONU o CICR o OMS (o por las ONG) para tamizarlas. En esta guerra, habiendo una parte beligerante, la agredida Ucrania, apoyada por Estados democráticos, ha habido la tentación de presentar las noticias con un enfoque humanitario: población civil, sus viviendas y ciudades. Pocas imágenes de combates.

No digo que haya sido un relato de hechos sesgados, pero ese enfoque forma parte de una estrategia de comunicación internacional para mantener el apoyo de nuestras sociedades al agredido y a la cuantiosa financiación de la ayuda militar y de soporte al Estado (su Administración con limitados recursos fiscales propios por la guerra) y los sacrificios de la inflación disparada (que ya se había constatado al final de la pandemia de COVID-19). Han sabido captar la indignación de la población occidental y, de momento, mantenerla y hacerla visible (banderas u otros recordatorios en los edificios públicos).

Las vulneraciones del derecho de la guerra y humanitario han sido muy numerosas y de gravedad extraordinaria. Una gran cantidad de muertes entre la población civil y la masiva destrucción de casas y bienes civiles (“urbicidio” en palabras del arquitecto y Académico de Bellas Artes, Luis

Fernández-Galiano) se debió a las anticuadas bombas rusas no guiadas que caían a plomo sin control, a diferencia de los misiles. La artillería y aviación rusa no guiada se reveló muy anticuada y mortífera por su falta de precisión (así, la muerte de 47 civiles con bombas no guiadas haciendo cola para la compra en Chernigov, 3 de marzo de 2022).

En los dos primeros meses, como consecuencia de la estrategia ucraniana de circunscribir el teatro de las operaciones a las barriadas próximas a las ciudades y evitar el enfrentamiento en campo abierto, la invasión fue tan lineal sin combates en campo abierto que en pocas horas las tropas rusas se acercaron a las proximidades de Kiev y de otras ciudades próximas. Después, los combates fueron calle a calle, donde el invadido tiene más opciones por el conocimiento del terreno urbano y por la infiltración de los defensores entre los edificios; en cambio, provoca sentimiento de opresión y hostigamiento para los invasores, pero también ocasiona demasiados muertos civiles y daños inmensos a edificios civiles (viviendas, escuelas, hospitales, comercios...). Ucrania cedió *espacio a cambio de tiempo*. Y ello hasta que llegó la sofisticada ayuda occidental que obligó a las fuerzas rusas a abandonar la zona centro y limitarse a la región del Dombás.

En el citado Auto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ/ICJ, 2022; par. 75) ya se hace eco de acciones brutales contra la población civil. También la Asamblea General de Naciones Unidas adoptaba (24.03.2022) una resolución sobre las "*Consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania*" (A/RES/ES-11/2), enumerando numerosos crímenes de guerra. Además de los bombardeos indiscriminados de pueblos y ciudades, hospitales, orfanatos, refugios, ambulancias y corredores humanitarios (prohibidos por el RGT-1907 y el PA-I), hubo saqueos, violencia sexual y asesinatos masivos con probables previas torturas. También hubo deportaciones hacia Rusia; los desplazamientos forzados solo son posibles para proteger de combates a la población, pero *jamás* pueden ser trasladados al territorio del ocupante (art. 49 CG-IV) y pueden constituir un crimen de lesa humanidad (art. 7.1,d del Estatuto de la Corte Penal Internacional), si bien Rusia no es parte.

También la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, denunció ante el Consejo de Seguridad innumerables infracciones a los derechos humanos protegidos en tiempos de guerra (5.05.2022, Documento S/PV.9027).

La ilegal decisión de secesión del Dombás en septiembre de 2022 y su anexión y referéndum exprés se adopta tras la invasión y consiguiente ocupación bélica por un Estado extranjero, lo que está claramente prohibido por los Convenios de La Haya de 1907 y de Ginebra de 1949. La ocupación, por naturaleza temporal, debe respetar la organización administrativa y social del territorio ocupado, por lo que con mayor razón es un grave ilícito que el ocupante ruso consume la transferencia a sí mismo del territorio ocupado. Con carácter general, la autoridad militar rusa no ha cumplido las normas de ocupación (art. 47 y ss. CG-IV) que exigen respetar a las autoridades locales (alcaldes, concejales, funcionarios municipales...) a fin de mantener los servicios públicos y el conjunto de la administración (jueces, policía judicial, oficinas diversas...); respetar el derecho penal, civil, etc. Se ha asesinado "por sistema" a autoridades locales, jueces, policías, funcionarios, etc. Lo que no hicieron Hitler ni los agresores nazis en 1939-1945.

Se ha atacado y destruido por las fuerzas rusas numerosas infraestructuras civiles protegidas (presas, puentes, edificios públicos, etc.) sin que la destrucción aportase una ventaja militar definida.

Se han disparado misiles o bombas muy cerca de centrales nucleares. Ha habido un propósito de devastación general del territorio ucraniano.

A los asediados en Mariupol se les anunció guerra sin cuartel (es decir, que aunque se rindieran no se les respetaría la vida), lo que constituye (no conceder acuerdo de rendición) un crimen de guerra muy grave (previsto tanto en el RGT-1907 como en el art. 40 del PA-I); finalmente, a una parte de los rendidos se le respetó su vida y fueron intercambiados con prisioneros de guerra rusos. En esos mismos días (mediado abril de 2022) se difundieron por cadenas occidentales (<https://www.nytimes.com/es/2022/04/06/espanol/ucrania-rusia-video.html>) vídeos no manipulados de disparos por soldados ucranianos a los pies de soldados rusos que se habían rendido (también crimen de guerra, aunque leve o medio).

No hay indicios —hasta ahora— de uso de armas prohibidas (químicas, radiológicas, biológicas, etc.), si bien se ha afirmado que hubo uso de las prohibidas municiones en racimo “*por parte de las fuerzas rusas, y probablemente también por las ucranianas*” (nota informativa, <https://news.un.org/es/story/2022/03/1506242>). Se han usado armas nuevas (hipersónicas, termobáricas) que no están prohibidas de forma expresa, dado que hace tiempo que no se ha renovado el sistema de prohibiciones por falta de acuerdo para nuevos convenios por los Estados. Ahora bien, los art. 35-36 del PA-I de 1977 prohíben con carácter general las armas que produzcan males superfluos o sufrimientos indecibles.

Los innumerables crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en su mayoría por las tropas rusas pueden explicarse en parte por la frustración de las expectativas rusas que ha llevado al asalvajamiento del conflicto. También la falta de motivación y concentración de las tropas rusas, el verse desasistidas de sus mandos (no hubo previsión logística ni de alimentos para las tropas ni de carburante) provocó una cantidad colosal de bajas en las tropas rusas (heridos, enfermos, desaparecidos, muertos), comparada con otros conflictos contemporáneos, como el de Afganistán, que duró veinte años.

Cuando se reflexiona de forma general sobre las brutales actuaciones de Rusia y otras acciones de ambas partes, la conclusión primera (aunque no es ajustada a derecho) es que se comportan “como si” fuera una guerra civil; solo en las guerras civiles hay tanta brutalidad. Sorprende al especialista que no hayan acordado potencias protectoras, como establecen los Convenios de Ginebra que les recuerden y presionan para tener comportamientos legales, o en su caso, aceptar la intermediación humanitaria del CICR de forma subsidiaria. No han notificado dónde están los campos de prisioneros de guerra (PG/WP) ni los hospitales —que es obligatorio— para que no sean objetivos militares y no haya fuego amigo sobre sus combatientes presos o heridos en general; la no notificación es lo correcto en una guerra civil, pero inaceptable en un conflicto armado internacional como este.

En una guerra internacional no se intercambian PG/WP entre los beligerantes hasta *finalizar por completo el conflicto* (para no reforzar el esfuerzo de guerra, salvo casos puntuales) y en esta lo hicieron con apenas unas semanas y lo han repetido, al menos, en cuatro ocasiones (el de 22 de septiembre afectó a casi 300 personas, la mayoría rusos).

2.6. Investigaciones internacionales sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad

Naturalmente, aunque he calificado algunas acciones como crímenes de guerra y otras como posibles crímenes de lesa humanidad —en ningún caso genocidio—, la eventual imputación ante cualquier tribunal penal requiere pruebas sobre la certeza de prácticas criminales (autopsias, testigos, vídeos y fotos no manipulados, etc.) y relacionarlos con los autores inmediatos e intelectuales de cada acto. Hay que recoger pruebas aceptables ante tribunales de justicia.

A esa labor se emplearon rápidamente organismos diversos, casi desde las primeras semanas al tener noticias contrastadas de matanzas de civiles y otras actuaciones mencionadas. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una Misión de Monitoreo de los Derechos Humanos en Ucrania (<https://www.ohchr.org/en/countries/ukraine>); en sus informes se dan cifras de miles de civiles asesinados. Además, puso en marcha una Comisión de Investigación Internacional Independiente para investigar las vulneraciones del Derecho internacional humanitario, obtener y documentar pruebas sobre el terreno.

También rápidamente la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) se movilizó junto a ONG variadas para establecer equipos (con forenses, policía judicial, investigadores, etc.) y publicó un primer informe provisional el 13 de abril bastante revelador de las trágicas infracciones en las primeras semanas (Report, ODIHR, 2022) y sigue recogiendo pruebas. También Eurojust y Europol —organismos de carácter judicial y policial de la UE— se han desplazado con apoyo pleno de la Comisión Europea para contribuir a esclarecer crímenes y autores. Y desde los primeros días de la agresión un nutrido grupo de Estados —entre otros, España— remitió la situación en Ucrania a la Corte Penal Internacional (CPI), en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de Roma. Y, por su parte, la Fiscalía de la CPI se ha movilizado para poder contribuir a documentar los crímenes (aunque los beligerantes no son partes, Ucrania aceptó la competencia de la CPI sobre “los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos por altos funcionarios de la Federación Rusa y por líderes de las organizaciones separatistas prorrusas” en el Donbás desde el 20 de febrero de 2014).

No hace falta recordar que para poder enjuiciar los presuntos culpables desde el militar de baja graduación a los jefes militares y políticos, incluido Vladimir Putin, se necesita detenerlos.

2.7. Anexiones territoriales

Los territorios ocupados militarmente son situaciones temporales que en todo caso terminan con el fin de las hostilidades (ya sea con un armisticio, ya con un tratado de paz) y no pueden ser objeto de anexión o incorporación al territorio del ocupante. Es una consecuencia de la prohibición contenida en el art. 2.4 de la Carta.

Así lo expresa de forma clara la Resolución 2625/1970 de la ONU, aprobada por consenso: “*El territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal, ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza*”. De forma similar, la citada Resolución 3314/1974, sobre la «Definición de la

Agresión», reiteraba el consenso jurídico sobre la nulidad de efectos de una adquisición territorial mediante el uso de fuerza armada, se gane o se pierda la guerra.

Desde la vigencia de la Carta, no se acepta el derecho de conquista para la adquisición de territorios. Sería una contradicción reconocer la vigencia de la norma que prohíbe el uso de la fuerza y, al tiempo, la legalidad de un acto cometido en violación a dicha norma. Hay, pues, obligación de no reconocer la anexión, de no ayudar a mantener la situación y no reconocer fruto o ventajas económicas para el ocupante (así, jurisprudencia del TJUE sobre venta de productos obtenidos en zonas ocupadas de Israel o de Marruecos). La comunidad internacional reaccionó al saberse que Rusia intentó sacar grano ucraniano y venderlo en los mercados internacionales. Turquía impidió su paso por el Bósforo.

Lo que no se puede ocultar es que todo invasor que pretende una anexión piensa en ciclos largos de tiempo. La efectividad del control y el paso del tiempo pueden aparentar una situación propicia para la prescripción adquisitiva, y que en el pasado funcionó para el invasor norteamericano apoderándose de extenso territorio mexicano, o para Rusia tras las invasiones y guerras de 1939 y 1940 con importantes anexiones de territorio de Finlandia, si bien en esos casos *no estaba en vigor el art. 2.4 de la Carta*. Pero sí lo estaba cuando Israel se anexionó los Altos de Golán de Siria y el territorio que corresponde a Palestina tras la partición por la ONU (Res. AGNU 181/1947): o cuando Marruecos, tras la invasión del Sahara en 1975 y una larga guerra, se lo ha anexionado *de facto* con reconocimiento de Estados como EE. UU., Francia o el Gobierno español en 2022 con el pretexto de que tras 47 años de permanencia efectiva se debe regularizar la anexión. El tiempo juega a favor del agresor. Por ello, en septiembre de 2022 Rusia ha repetido dos referendos en las repúblicas ficticias para la anexión como territorios de Rusia.

3. Conclusiones

Los obstáculos encontrados por la ONU para defender el derecho internacional se deben a la desidia, tras la caída del Muro de Berlín, para reformar el sistema heredado desde 1945. Como he afirmado en otro lugar, *"El fin de enfrentamiento bipolar en 1989 no dio lugar a una redefinición o modulación de los principios que rigen las relaciones entre los Estados. No hay un nuevo marco organizativo ni jurídico como el erigido en el seno de la ONU entre 1945 y 1960 y siguientes décadas"* (Mangas Martín, 2020: 4).

Rusia puede tener intereses legítimos de seguridad propiciados por su historia. La cuestión es cómo puede lograr esos objetivos de forma negociada y no a costa de invadir y someter Estados de su vecindad. Aunque sea ya el pasado, hay que lamentar la ausencia de negociaciones serias y abiertas sobre el conjunto de la seguridad europea que hubiera permitido la coexistencia con Rusia. Un entendimiento Paris-Berlín-Moscú hubiera hecho del continente una gran potencia económica, energética y política, y hubiera dado autonomía a la UE frente a EE. UU. y China.

Sin poder ahondar en estos aspectos de las relaciones internacionales, no hay duda de que más allá del análisis jurídico-internacional, la guerra en Ucrania forma parte del contexto de la rivalidad EE. UU.-China. Y yendo más allá aun, revela una estrategia de debilitamiento del orden liberal

heredado tras la Segunda Guerra Mundial, orden que —pese a sus imperfecciones y desigualdades— logró hacer de la guerra la excepción y no la regla.

A pesar del contexto limitado de este trabajo, la Unión Europea mostró carencias graves y falta de previsión y, en especial, Alemania. Demasiada ingenuidad kantiana: fe ciega en los vínculos comerciales de la *Paz perpetua* y una trágica paciencia estratégica. La agresión rusa en Ucrania es, probablemente, la mayor amenaza a la seguridad europea desde 1945. El resultado de esta guerra tiene implicaciones existenciales para la UE. Ciertamente, ha sabido dar un giro estratégico en 2022, tanto Alemania como la UE, y se ha hecho lo impensable en ayuda política, militar y financiera a un Estado tercero. Pero ha debilitado a la UE y quiebra las ambiciones estratégicas. Nos vuelve a hacer dependientes de EE. UU.

La UE ha despertado y tomando conciencia de sus vulnerabilidades militares y energéticas. La Unión ya no verá al mundo como un gran mercado que ella lo regula.

Nada impide, ni tan siquiera el encarnizamiento del conflicto ni los intereses de Ucrania, volver a las negociaciones sobre las seguridades colectivas europeas. La Unión Europea, el conjunto occidental, debe aprovechar la posibilidad de cualquier alto el fuego, o el final de la guerra para mirar a la paz en futuro con generosidad y sin retribuir al pasado. Con justicia y reconciliación, integrar a Rusia en un acuerdo de seguridad europeo.