

LA GUERRA EN UCRANIA: ¿QUÉ (DES)ORDEN ANTECEDE A QUÉ NUEVO (DES)ORDEN?

*THE WAR IN UKRAINE: WHAT (DIS)ORDER PRECEDES WHAT NEW (DIS)ORDER?*¹

JOSÉ MANUEL PUREZA*
JOAQUÍN ALCAIDE-FERNÁNDEZ**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: ORDEN Y DESORDEN INTERNACIONALES. II. DESORDEN Y VIOLACIÓN GRAVE DE NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL: ¿HAY JUSTIFICACIÓN PARA LA INVASIÓN RUSA DE UCRANIA? III. “WHO KILLED ARTICLE 2.4?”, ENÉSIMO EPISODIO. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿VOLVER A QUÉ (DES)ORDEN INTERNACIONAL?

RESUMEN: La invasión de Ucrania por la Federación de Rusia supone una violación de extrema gravedad de normas fundamentales del Derecho Internacional: una agresión. Ninguna de las justificaciones invocadas por Rusia –la legítima defensa individual o colectiva, acompañada del pretexto de la protección de nacionales o de una intervención humanitaria– es admisible a la luz del Derecho Internacional. Pero en el contexto de la renovada reflexión sobre el orden y el desorden internacionales, debe constatar que violaciones graves de la Carta de Naciones Unidas en materia de paz y seguridad internacionales llevadas a cabo directamente o con el patrocinio de alguno o algunos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad se han repetido en diversas ocasiones, tras el final de la Guerra Fría. De ahí que, teniendo en cuenta la práctica internacional, tal vez sea ilusoria la aspiración a que tras el final de esta guerra se vuelva al orden internacional acorde a la letra, e incluso al espíritu, de la Carta: la Organización ha cambiado de naturaleza y (muchos de) sus Estados miembros han cambiado su concepción acerca del compromiso, las responsabilidades y las obligaciones que el multilateralismo trae consigo.

ABSTRACT: The invasion of Ukraine by the Russian Federation represents an extremely serious violation of fundamental norms of International Law: an aggression. None of the justifications invoked by Russia – individual or collective self-defense, linked with the pretext of the protection of nationals or humanitarian intervention– is admissible in the light of International Law. But in the context of the renewed reflection on the international order and disorder, it must be noted that serious violations of the United Nations Charter in matters of international peace and security carried out directly or with the sponsorship of one or more

Fecha de recepción del trabajo: 27 de septiembre de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 21 de noviembre de 2022.

¹ Todas las páginas web han sido consultadas por última vez el 26 de septiembre de 2022.

* Profesor de Relaciones Internacionales en la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra, jmp@ces.uc.pt.

** Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla, jalcaide@us.es.

of the permanent members of the Security Council have been repeated on several occasions, after the end of the Cold War. Hence, taking into account international practice, the aspiration that after the end of this war there will be a return to the international order according to the letter, and even the spirit, of the Charter is perhaps illusory: the Organization's nature has changed and (many of) its Member States have changed their conception of the commitment, responsibilities and obligations that multilateralism brings with it.

PALABRAS CLAVES: Ucrania; agresión; legítima defensa; orden internacional; Naciones Unidas; multilateralismo

KEYWORDS: Ukraine; aggression; self-defense; international order; United Nations; multilateralism

I. INTRODUCCIÓN: ORDEN Y DESORDEN INTERNACIONALES

La invasión y la guerra perpetradas por la Federación de Rusia en Ucrania han sido consideradas por Antonio REMIRO como el “epítome del desorden internacional”². Él mismo advierte que “Rusia no es el primer agresor de campanillas del siglo XXI –Rusia es el más reciente, pero no es el único, ni posiblemente el más reiterativo”³. Sin embargo, la agresión a Ucrania es un paso más –y de gravedad reforzada– en el deterioro del orden internacional de la Carta de Naciones Unidas. Y eso conduce a REMIRO a la cualificación impactante de “epítome del desorden internacional”.

Otros autores, al contrario, aunque sin desdeñar las patologías puestas de manifiesto, consideran que la reacción a la invasión de Ucrania ha reiterado la existencia de un orden internacional y lo ha reforzado más que socavado⁴. Por su parte, Xavier PONS no duda en afirmar que la guerra acabará constituyendo “un factor revulsivo en la deconstrucción del actual orden internacional y en el surgimiento de una nueva era de la geopolítica mundial, quizás aún más incierta e insegura de lo que ya lo es la actual”⁵, añadiendo que, en

² Episodio # 74: Prof. Antonio REMIRO BROTONS – Ucrania: Epítome del desorden internacional, podcast “Hablemos de Derecho Internacional”, Edgardo Sobenes, 7 de abril de 2022 (accesible en <https://www.hablemosdi.com/dip?pgid=kw0ctb3s-bb81a5d5-5d59-4c17-8929-b4626bcf12f6>).

³ Ibidem.

⁴ En este sentido, los participantes en el simposio organizado por la ASIL sobre “Ucrania y el orden internacional” (E. CHACHKO, K. LINOS, T. GINSBURG, J.B. HEATH, D. KAYE, K.E. EICHENSEHR, J. RAMJI-NOGALES y A.A. HAQUE). En la introducción al simposio puede leerse: “Surprisingly... some of the bleakest predictions have not yet been realized. Quite the contrary. We argue that there is a lot to be optimistic about when it comes to the role of international law, partnerships and norms in this conflict [...] The war in Ukraine reiterates and strengthens, rather than undermines, the international order” [CHACHKO, E., & LINOS, K., “International Law After Ukraine: Introduction to the Symposium”, *AJIL Unbound*, vol. 116, 2022, pp. 124-129, p. 124. doi:10.1017/aju.2022.18). Igualmente, por ejemplo, sobre el derecho de veto (NOLLKAEMPER, A., “Three Options for the Veto Power After the War in Ukraine”, *Ejiltalk, Blog of the European Journal of International Law*, 11 de abril de 2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/three-options-for-the-veto-power-after-the-war-in-ukraine/>), cuestión que ha tenido repercusión incluso en la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, que adoptó al respecto la Resolución 76/262 el pasado 26 de abril.

⁵ “La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles”, *REEI*, núm. 43, junio 2022, pp. 1-33, DOI: 10.17103/reei.43.082022, p. 2.

el contexto de la guerra en Ucrania, las debilidades sistémicas del Derecho internacional generan “todavía, mayor incertidumbre, zozobra y desasosiego... y, siendo inevitables,... resultan del todo punto insostenibles”⁶. Con todo, PONS llama la atención sobre dichas debilidades “con la intención de favorecer, así, avances en el necesario fortalecimiento del sistema internacional”⁷.

Cualquiera de estas apreciaciones se corresponde con la evidencia de que los hechos que se suceden en Ucrania tras la invasión llevada a cabo abiertamente por la Federación de Rusia –con la complicidad de Bielorrusia– desde el 24 de febrero de 2022 constituyen una ruptura inequívoca con las bases normativas e institucionales del orden internacional establecidas en la Carta de Naciones Unidas, incluso teniendo en cuenta su evolución hasta nuestros días. La inmensa mayoría de Estados miembros de las Naciones Unidas no han dudado en “[d]eplora(r) en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania”⁸, en una Resolución de la Asamblea General adoptada por 141 votos contra 5 (los votos en contra de Bielorrusia, Eritrea, Federación de Rusia, República Árabe Siria y RDP de Corea), con 35 abstenciones (entre ellas, las de China, India, la República Islámica de Irán o Sudáfrica).

Sin obviar los muchos ámbitos del Derecho internacional concernidos por la invasión y guerra en Ucrania (el estatuto de la Federación de Rusia como Estado miembro de organizaciones internacionales; el reconocimiento de Estados; el uso de la fuerza y el régimen de las sanciones; la intervención de la Corte Internacional de Justicia; los crímenes internacionales y la competencia de la Corte Penal Internacional; el Derecho Internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los refugiados; las armas nucleares y la energía nuclear; etc.; etc.; etc.)⁹, estas primeras reflexiones de Antonio REMIRO, Xavier PONS y otros ponen de manifiesto la pertinencia de la cuestión del impacto de este contexto de agresión y guerra sobre el edificio jurídico e institucional internacional construido después de 1945, teniendo en cuenta su evolución en las distintas etapas de la vida de las Naciones Unidas¹⁰ y, particularmente, la repercusión de muchos de los seísmos que han sacudido los cimientos del edificio en

⁶ X. Pons llama “debilidades sistémicas del Derecho internacional” al poco compromiso con principios estructurales, en particular la prohibición del uso de la fuerza, al carácter determinante de las percepciones unilaterales sobre la seguridad, a las deficiencias institucionales; inhumanidad de las guerras, y a la perversión de la posesión de armas nucleares (ibidem, p. 3).

⁷ Ibidem.

⁸ Para. 2 dispositivo de la Resolución ES-11/1, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 1 de marzo de 2022 en el transcurso de su undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia convocado por el Consejo de Seguridad en virtud de su Resolución 2623 (2022), de 27 de febrero de 2022, tras tener en cuenta que la falta de unanimidad entre sus miembros permanentes le ha impedido ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

⁹ Entre los análisis más inmediatos de todos estos aspectos y otras cuestiones del Derecho internacional suscitadas por el conflicto en Ucrania, debe destacarse la profusión de contribuciones publicadas en el blog del *European Journal of International Law* (EJI: Talk!, accesibles en <https://www.ejiltalk.org/category/ukraine/>). También las contribuciones de A. DEMURTAS, C. ESCOBAR, A. GARRIDO y A. SALINAS en la *REDI*, vol. 74 (2022), 2, p. 23 y ss.

¹⁰ Sobre esta evolución, y las distintas etapas de vida de las Naciones Unidas hasta la inmediata posguerra fría, véase CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, en particular pp. 97 ss.

las tres décadas transcurridas desde el final de la Guerra Fría, tan presentes en el ideario del presidente Putin.

II. DESORDEN Y VIOLACIÓN GRAVE DE NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL: ¿HAY JUSTIFICACIÓN PARA LA INVASIÓN RUSA DE UCRAANIA?

La presentación de los hechos y la(s) pretendida(s) justificación(es) jurídicas invocadas por la Federación de Rusia difícilmente distraen a la unanimidad o inmensa mayoría de juristas de una calificación jurídica. Ciertamente, la calificación jurídica de los hechos no parece difícil ni siquiera controvertida a la luz de las bases normativas aún vigentes: la invasión de Ucrania y la subsiguiente guerra es una violación grave y flagrante del Derecho internacional, y, especialmente, de los principios elementales de no intervención y de prohibición del uso unilateral de la fuerza por los Estados, tal como están establecidos en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

1. La presentación de los hechos y la(s) pretendida(s) justificación(es) jurídicas invocadas por la Federación de Rusia

En Ucrania se ha seguido el patrón de comportamiento de los Estados infractores de normas del Derecho Internacional (más, si cabe, de las normas imperativas): negación de esa violación –o, por lo menos, del animus de incumplimiento – e intento de justificar jurídicamente los hechos de tal modo que se pueda contradecir la determinación y el juicio de su ilicitud. Para tratar de presentar la licitud de los hechos que les son notoriamente atribuidos, los Estados suelen utilizar una de estas dos estrategias, , o ambas: de un lado, invocar excepciones a las normas supuestamente violadas; de otro, presentar los hechos de forma distinta, tratando de fijar una base fáctica alternativa sobre la que interpretar y aplicar el Derecho internacional y, a partir de ahí, proceder al juicio de la licitud o ilicitud de los hechos.

A) LA PRESENTACIÓN DE LOS HECHOS POR LA FEDERACIÓN DE RUSIA

La narrativa de la Federación de Rusia, concretada sobre todo en la alocución del presidente Putin a los ciudadanos de Rusia de 24 de febrero (adjunta a la carta de esa misma fecha dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas por el Representante Permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas¹¹), presenta dos líneas de argumentación principales. La primera, a la que aludió el presidente Putin también en su alocución de 21 de febrero, es la de que la expansión de la OTAN hacia la frontera rusa –

¹¹ Documento S/2022/154, de 24 de febrero de 2022, en el que se reproduce el texto de la alocución del Presidente de la Federación de Rusia, Vladimir Putin, a los ciudadanos de Rusia, en la que los informa de las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas en ejercicio del derecho de legítima defensa (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/N22/268/19/PDF/N2226819.pdf?OpenElement>).

que podría haber sucedido pese a una pretendida promesa política de que, tras la reunificación de Alemania, la OTAN no se extendería “ni un centímetro”¹² hacia el este– y, sobre todo, la militarización de Ucrania con emplazamiento de tropas, entrenamiento de fuerzas y refuerzo del armamento ucraniano con armas tácticas y estratégicas altamente sofisticadas, constituyen una amenaza existencial para la integridad y la soberanía de la Federación de Rusia. La segunda línea de argumentación es la de que las poblaciones rusófilas de la región de Dombás habrían estado sometidas a una política continuada de destrucción e incluso de genocidio por fuerzas ucranianas¹³. Fuerzas ucranianas a las que Putin considera “nacionalistas extremistas y neonazis ucranianos” y respecto de las que añade el presidente ruso que “nunca perdonarán a los habitantes de Crimea y de Sebastopol por haber tomado libremente la decisión de reunificarse con Rusia” y que, por último, “[s]in que quepan dudas, llevarán la guerra a Crimea”¹⁴.

A estas dos líneas argumentativas se añade una tercera, que se diría más claramente “para consumo interno”, o sea, dirigida a una movilización de base emocional de la población de la Federación de Rusia, y que se traduce en la promesa de regreso a la Madre Rusia y al protagonismo de Rusia en la oposición a un Occidente visto como decadente en sus valores. Esta mezcla de nostalgia de un pasado de gloria y de una agenda anti-moderna en todo lo que concierne a los derechos de autonomía personal tiene en el Patriarcado de Moscú un aliado de peso, como se revela en las posiciones del patriarca Cirilo sobre la invasión de Ucrania.

B) LAS JUSTIFICACIONES JURÍDICAS INVOCADAS POR LA FEDERACIÓN DE RUSIA: LEGÍTIMA DEFENSA, INTERVENCIÓN HUMANITARIA, PROTECCIÓN DE NACIONALES

Esta presentación de los hechos ha sido acompañada por la Federación de Rusia con una principal justificación jurídica de la invasión y subsiguiente guerra en Ucrania (la llamada “operación militar especial” por el régimen de Putin): la legítima defensa, excepción indiscutida a los principios de no intervención y de prohibición del recurso unilateral a la fuerza contemplada en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y en el Derecho internacional general. La invocación de la legítima defensa se hizo, no obstante, sustentada en el presupuesto de la ayuda pedida a Rusia por las repúblicas populares de Dombás, si bien, además, tal vez tratando de sortear la escasísima aceptación del reconocimiento

¹² Ibidem, p. 4.

¹³ Un primer análisis en SCHABAS, W. “Preventing Genocide and the Ukraine/Russia case”, *Ejiltalk, Blog of the European Journal of International Law*, 10 de marzo de 2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/preventing-genocide-and-the-ukraine-russia-case/>.

¹⁴ Documento S/2022/154, de 24 de febrero de 2022, *op. cit.*, p. 6. Para un primer análisis de la crisis de Crimea a partir de 2014, WISEHART, D.: “The Crisis in Ukraine and the Prohibition of the Use of Force: A Legal Basis for Russia’s Intervention?”, *Ejiltalk, Blog of the European Journal of International Law*, 4 de marzo de 2014, disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-crisis-in-ukraine-and-the-prohibition-of-the-use-of-force-a-legal-basis-for-russias-intervention/>. Mas detalladamente, CZAPLIŃSKI, W., DEBSKI, S., TARNOGÓRSKI, R., y WIERCZYŃSKA, K. (eds.), *The Case of Crimea’s Annexation Under International Law*, Scholar, Varsovia, 2017; y SAYAPIN, S. y Tsybulenko, E. (eds.), *The Use of Force against Ukraine and International Law. Jus Ad Bellum, Jus In Bello, Jus Post Bellum*, T.M.C. Asser Press-Springer, Berlín, 2018.

de la independencia de esas repúblicas, con el trasfondo de los otros argumentos que se presentan como pretendido aval de la necesidad de la defensa de Rusia y que aglutinan todo el abanico de supuestos ensayados durante décadas por aquellos Estados interesados, en general o para supuestos concretos, en reducir el alcance de la prohibición del recurso unilateral a la fuerza (legítima defensa preventiva, intervención humanitaria, protección de nacionales, etc.).

En efecto, la legítima defensa es expresamente invocada por Putin en su alocución del 24 de febrero e, inmediatamente, el representante permanente de la Federación de Rusia ante Naciones Unidas dirigió la mencionada carta al Secretario General comunicando, no las medidas en sí, sino que el presidente Putin había informado a los ciudadanos de Rusia en dicha alocución de las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas en ejercicio del derecho de legítima defensa. La carta no se dirigió al presidente del Consejo de Seguridad, pero el representante permanente de la Federación de Rusia ruega al Secretario General que “distribuya la... carta y su anexo como documento del Consejo de Seguridad”¹⁵.

El presidente Putin lo expuso del siguiente modo en su alocución del 24 de febrero: tras los que denomina “golpe de Estado en Ucrania en 2014”¹⁶ y “genocidio” de millones de rusófilos que viven en Dombás –cuyas aspiraciones, sentimientos y dolor “fueron... el principal motivo de nuestra decisión de reconocer la independencia de las repúblicas populares de Dombás”–, y a fin de atender la petición de ayuda de las repúblicas populares de Dombás,

“de conformidad con el artículo 51 (capítulo VII) de la Carta de las Naciones Unidas ... y en virtud de los tratados de amistad y asistencia mutua con la República Popular de Donetsk y la República Popular de Luhansk... he tomado la decisión de llevar a cabo una operación militar especial [...] Su objetivo es proteger a las personas que han sido objeto de abusos y genocidio por parte del régimen de Kiev durante ocho años. Para ello trabajaremos por la desmilitarización y la desnazificación de Ucrania, así como por el enjuiciamiento de quienes han cometido numerosos y sangrientos crímenes contra la población civil, entre ellos ciudadanos de la Federación de Rusia [...] No forma parte de nuestros planes ocupar territorios ucranianos. No vamos a imponer nada a nadie por la fuerza”¹⁷.

Claramente, la invocación de la legítima defensa en el discurso de Putin se refiere a la legítima defensa colectiva, en el sentido de que, para poner un final a la agresión continuada contra la población civil de las repúblicas de Lugansk y Donetsk, Rusia iría en socorro de estas dos repúblicas bajo el artículo 51 de la Carta. Entendemos que, en realidad, Putin se estaría refiriendo lógicamente a las poblaciones ucranianas rusófilas e, incluso, a consecuencia de procesos de naturalización, no exentos de controversia jurídica, a ciudadanos de la Federación de Rusia habitantes de dichas repúblicas; en todo caso, la alocución de 24 de febrero fue previa a la no menos controvertida unión de esas y otras

¹⁵ Documento S/2022/154, de 24 de febrero de 2022, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

regiones del este de Ucrania a la Federación de Rusia. Esa invocación del auxilio a la población civil de las repúblicas de Lugansk y Donetsk permite que se pueda leer como una intervención humanitaria para poner fin al “genocidio”, esto es, a la destrucción física y cultural de las poblaciones rusófilas de la región de Dombás (el objetivo “es proteger a las personas que han sido objeto de abusos y genocidio por el régimen de Kiev durante ocho años”) o encaminada a la protección de nacionales (“... incluidos ciudadanos de la Federación de Rusia”).

Con todo, el presidente de la Federación de Rusia no descarta el argumento de la legítima defensa (preventiva) individual. En efecto, con anterioridad, el presidente Putin no solo había considerado en esa alocución una amenaza inaceptable para Rusia la nueva expansión de la OTAN y la militarización de los territorios de Ucrania, sino que fue más allá y afirmó que si, para los Estados Unidos y sus aliados, esos hechos constituían una llamada política de contención de Rusia, con dividendos geopolíticos evidentes, “para nuestro país, en última instancia, se trata de una cuestión de vida o muerte, de nuestro futuro histórico como pueblo [...] No es una exageración, es la realidad de los hechos. Se trata de una amenaza real no solo para nuestros intereses, sino para la propia existencia de nuestro Estado y su soberanía. Es esa la línea roja de la que tanto se habla y que ya han cruzado”¹⁸. Por lo tanto, el Kremlin interpreta los desarrollos geopolíticos en las cercanías de su frontera –es decir, la expansión del espacio de intervención, no solamente potencial sino también de efectiva presencia militar, de la OTAN– como una “amenaza existencial” a su soberanía e integridad. Y, dirigiéndose a los ciudadanos de Ucrania, un poco más adelante afirma de forma más abstracta que “nuestras acciones son en legítima defensa frente a las amenazas que se nos plantean y frente a las perspectivas de una calamidad aún mayor que la que ya está ocurriendo”¹⁹.

Dicho esto, y tratando de no restar un ápice de dramatismo a la situación, con seguridad la Federación de Rusia no ha olvidado la respuesta que dio la CIJ en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, a la cuestión planteada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (“¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?”), esto es, que la Corte “no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado”²⁰. Tras manifestar la percepción de que la “existencia” (o supervivencia) de la Federación de Rusia está amenazada, y probablemente con esa conclusión de la CIJ en mente, el presidente Putin envía un mensaje “importante, sumamente importante, ... a quienes puedan estar tentados a intervenir desde el exterior en los acontecimientos en curso”, a quien

¹⁸ Ibidem, p. 5.

¹⁹ Ibidem, p. 7.

²⁰ Pronunciamiento adoptado, como es sabido, por el voto de calidad del presidente Bedjaoui, acompañado por los votos a favor de los jueces Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereschetin y Ferrari Bravo, y los votos en contra del vicepresidente Schwebel y de los jueces Oda, Guillaume, Shababuddeen, Weeramantry, Koroma y Higgins (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 105, (2)E, p. 266). El texto de la opinión consultiva fue distribuido en español como anexo al documento A/51/218 de 19 de julio de 1996 por el que el Secretario General transmitió a la Asamblea General la opinión de la CIJ.

“intente interponerse en nuestro camino y, más aún, amenazar a nuestro país y a nuestro pueblo”: “debe saber que la respuesta de Rusia será inmediata y acarreará consecuencias jamás antes afrontadas en toda su historia”²¹.

2. La disconformidad con el Derecho internacional de la(s) pretendida(s) justificación(es) jurídicas invocadas por la Federación de Rusia

¿Son las justificaciones avanzadas por la Federación de Rusia conformes al Derecho internacional? Sea por los presupuestos sea por la respuesta, o por todo (la calificación de los hechos previos y su gravedad; la validez o licitud de la petición de ayuda cursada por el pretendido Estado víctima; la proporcionalidad, necesidad, inmediatez u objetivos de la respuesta, incluido el respeto a las personas protegidas y la licitud de los medios y métodos de combate; etc.), cualquiera de esas justificaciones de la supuesta excepcionalidad de la “operación militar especial” de la Federación de Rusia en Ucrania frente a las normas imperativas de la no intervención y de la prohibición del uso de la fuerza nos parecen inaceptables²².

A) LA LEGÍTIMA DEFENSA, INDIVIDUAL O COLECTIVA, ... Y LAS CONTRAMEDIDAS ARMADAS

Sobre la legítima defensa individual de la Federación de Rusia frente a lo que considera ser una “amenaza existencial”, parece claro que estamos delante de un nuevo intento de aplicación de la teoría de la legítima defensa preventiva, una vez que es notorio que no estaba ocurriendo un ataque armado –o un acto de agresión, conforme a la definición de la agresión contenida en el anexo de la Resolución 3314 (XXXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas– y ni siquiera la Federación de Rusia lo pretende. El debate sobre la legítima defensa preventiva es bien conocido y ha tenido en Estados Unidos, sobre todo durante la Administración de George W. Bush, un intenso defensor (el ejemplo paradigmático es la invasión de Irak en 2003, a la que Putin no deja de dedicarle unas palabras cargadas de sarcasmo en su alocución de 24 de febrero²³...). La esencia del debate sobre esta teoría radica no tanto en qué es un ataque armado (particularmente, la gravedad del uso de la fuerza) o en dónde ocurre (en el territorio o fuera del territorio del Estado víctima), sino en la determinación del momento de la existencia de un ataque armado, esto es, en la determinación de si el ataque armado existe desde el momento en que se ha decidido llevarlo a cabo o de si es legítima la defensa frente a un ataque armado inminente²⁴ o, de un modo que resulta claro que se trata de una excepción no aceptada

²¹ Documento S/2022/154, de 24 de febrero de 2022, *op. cit.*, p. 8.

²² Diversos análisis generales publicados prontamente tras la invasión pueden encontrarse en MILANOVIC, M., “What is Russia’s Legal Justification for Using Force against Ukraine”, *Ejiltalk, Blog of the European Journal of International Law*, 24 de febrero de 2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/what-is-russias-legal-justification-for-using-force-against-ukraine/>, y JANIK, R., “Putin’s War against Ukraine: Mocking International Law”, *ibid.*, 28 de febrero de 2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/putins-war-against-ukraine-mocking-international-law/>.

²³ Documento S/2022/154, de 24 de febrero de 2022, *op. cit.*, p. 3.

²⁴ Sobre este punto, aunque desde la perspectiva contraria a la alegada por Putin, esto es, del ataque armado contra Ucrania, veáse la reflexión “a futuro” de MILANOVIC, M., “When did the Armed Attack against Ukraine become ‘Imminent’?”, *Ejiltalk, Blog of the European Journal of International Law*, 20 de abril de

generalmente como válida en el Derecho internacional, frente a un ataque armado potencial. Pues bien, no parece creíble que hubiese un ataque siquiera inminente o potencial contra la Federación de Rusia o el territorio ruso por fuerzas ucranianas u otras fuerzas estacionadas en el territorio de Ucrania, lo que desacredita cualquier atisbo de fundamentación jurídica de la legítima defensa individual.

La posibilidad de aceptar el argumento (principal, en la alocución de Putin de 24 de febrero) de que se trataría de actos de legítima defensa colectiva en favor de las repúblicas de Luhansk y Donetsk exige, como elemento previo, evaluar si estamos ante Estados (o si estábamos, dados los acontecimientos posteriores de celebración de referendos de pretendida unión a la Federación de Rusia) y, en ese sentido, juzgar la decisión del Kremlin de reconocer a las dos repúblicas de Dombás (lo que afectaría igualmente a cualquier intervención rusa “consentida” por esas repúblicas). Cabe recordar la vigencia de lo que Hersch LAUTERPACHT escribió:

“El reconocimiento es ilegítimo si se concede *durante bello*, cuando el resultado de la lucha es del todo incierto. Tal reconocimiento es una negación de la soberanía del Estado de origen... El reconocimiento prematuro es un ilícito no solo porque, al negar la soberanía del Estado de origen activamente comprometido en hacer valer su autoridad, equivale a una intervención ilegal. Es un ilícito porque constituye un abuso del poder de reconocimiento. Reconoce como Estado independiente a una comunidad que no es, en Derecho, independiente y que, por lo tanto, no cumple las condiciones esenciales de la condición de Estado”²⁵.

Como ocurriera con el reconocimiento de las repúblicas de Abjasia y Osetia del Sur -que declararon unilateralmente su independencia de Georgia a principios de los 1990 y fueron reconocidas por la Federación de Rusia en 2008, pocos meses después por cierto de la declaración unilateral de independencia de Kosovo y su posterior reconocimiento por buena parte de los países occidentales-, al reconocer a las repúblicas de Donetsk y Luhansk, la Federación de Rusia ha practicado un acto de reconocimiento prematuro y de intervención ilegítima²⁶. Reconocimiento prematuro porque, en la fecha del reconocimiento ruso, las dos entidades no cumplían los requisitos mínimos de la estatalidad fijados por el artículo 1 de la Convención de Montevideo de 1933 sobre derechos y deberes de los Estados, en especial la existencia de un gobierno efectivamente autónomo. Y de aquí resulta que el reconocimiento constituyó otra intervención ilegítima que se insertó en una práctica continuada con esa misma naturaleza, concretada no solo en el apoyo material (desde luego con el suministro de armas, lo que la CIJ calificó como una “forma menos grave” de amenaza o recurso a la fuerza, descartando que constituya un ataque armado,

2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/when-did-the-armed-attack-against-ukraine-become-imminent/>.

²⁵ LAUTERPACHT, H., “Recognition of states in international law”, *The Yale Law Journal*, 1953, vol. 53, No. 3, pp. 385-458, p. 392.

²⁶ Véase KILIBARDA, P., “Was Russia’s recognition of the separatist republics in Ukraine ‘manifestly unlawful’?”, *EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law*, 2 de marzo de 2022, accesible en <https://www.ejiltalk.org/was-russias-recognition-of-the-separatist-republics-in-ukraine-manifestly-unlawful/>.

en la sentencia del caso Nicaragua de 1986²⁷)— sino también en el envío de bandas armadas o fuerzas irregulares, lo que podría constituir un acto de agresión (indirecta) de acuerdo con el art. 3(g) del Anexo de la Resolución 3314(XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas y, por tanto, como afirmó la CIJ en 1986, un ataque armado. No menos ilegítimos son, por otra parte, el reconocimiento de los referendos sobre la incorporación a la Federación de Rusia celebrados en el este de Ucrania y la aceptación de la unión a la Federación de Rusia de las regiones ucranianas de Donetsk, Luhansk, Jersón y Zaporíyia.²⁸ Esos reconocimientos serían nulos por su oposición a una norma imperativa de Derecho internacional general²⁹ y en nada modifican jurídicamente la calificación como agresión, y no como legítima defensa, del uso de la fuerza por la Federación de Rusia contra Ucrania. De otro modo, lógicamente, estas conclusiones habrían de reconsiderarse si se admitiera el reconocimiento de las repúblicas de Luhansk y de Donetsk y, aunque esto solo si fuera posible hacerlo de forma sobrevenida —lo que no parece admisible si analizamos la agresión y subsiguiente guerra desatada por la Federación de Rusia contra Ucrania a la luz de los hechos constatables y el Derecho vigente el pasado 24 de febrero— si se reconociera el resultado de los posteriores “referendos” de adhesión a la Federación de Rusia (no solo en las repúblicas de Luhansk y Donetsk, sino también en las regiones de Jersón y Zaporíyia) y la decisión de la Federación de Rusia de aceptar las solicitudes de adhesión. Como ocurriera con la pretendida anexión de Crimea y Sebastopol en 2014³⁰, con más Estados que en 2014 apoyando esta afirmación, tales adhesiones son contrarias al Derecho internacional por quebrantar la integridad territorial de Ucrania y no han sido reconocidas internacionalmente³¹. Solo una afirmación en contrario, y si nos situáramos en un momento posterior a las adhesiones, conllevaría analizar en otros

²⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, en paras. 191, 192, 210 y 230, pp. 101, 102, 110 y 119.

²⁸ *Ibidem*, para. 195, pp. 103-104.

²⁹ En este sentido, el principio 8 de los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas dispone que “[e]s nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general” [texto de los Principios rectores adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, en 2006, y presentado a la Asamblea General como parte del Informe de la Comisión que cubre su tarea (A/61/10)].

³⁰ La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 68/262, de 27 de marzo de 2014, para, entre otras disposiciones, afirmar “su determinación de preservar la soberanía, la independencia política, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente”. La Resolución fue aprobada por (solo) 100 votos a favor, 11 votos en contra (además de la Federación de Rusia, de Armenia, Belarús, Estado Plurinacional de Bolivia, Cuba, RPD de Corea, Nicaragua, Sudán, República Árabe Siria, República Bolivariana de Venezuela y Zimbabwe) y 58 abstenciones (entre ellas, de Argentina, Brasil, China, India o Sudáfrica), con 24 Estados ausentes en la votación.

³¹ En este sentido, la Resolución ES-11/4, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de octubre de 2022, por 143 votos a favor contra 5 (además, de la Federación de Rusia, los de Belarús, RPD de Corea, Nicaragua y la República Árabe Siria) con 35 abstenciones (entre ellas las de China, la India o Sudáfrica, pero no ya las de, por ejemplo, Argentina y Brasil).

Como manifestó Joanna ABRISKETA URIARTE en un artículo de opinión publicado en el diario “El correo”, el 30 de septiembre de 2022, todo referéndum debe sujetarse a determinadas exigencias del Derecho internacional y del Derecho interno del Estado afectado, como se ha reconocido, por ejemplo, en la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), de la que la Federación de Rusia es (aún) parte, y por la Comisión de Venecia en el ámbito del Consejo de Europa (“El Correo”, 30 de septiembre de 2022, p. 27).

términos el argumento de la legítima defensa individual y, obviamente, descartar cualquier alegación de la legítima defensa colectiva.

Por último, si bien alegando “lo más” (legítima defensa), la Federación de Rusia no alega “lo menos” (contramedidas armadas), no está de más recordar, de un lado, que las contramedidas exigirían como presupuesto previo determinar la existencia de un hecho ilícito atribuible a Ucrania (y, desde luego, la violación grave y sistemática de los derechos humanos fundamentales constituiría tal ilícito, y permitiría incluso la invocación de la responsabilidad por un Estado que no es lesionado) y, de otro, que están sometidas a una disciplina jurídica en cuanto a su objeto y límites, a las obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas, a su proporcionalidad, a las condiciones relativas a su recurso y a su terminación³². Basándose en cierta práctica de los Estados (que casi sin excepción alegan, no obstante, la legítima defensa), una parte de la doctrina ha tratado de avanzar una alternativa a la legítima defensa y a la indefensión frente a usos de la fuerza que no constituyen un ataque armado (frente a los que se adoptarían represalias o contramedidas armadas que se considerarían “tolerables o razonables”, “defensivas”, “humanitarias”, etc.)³³. Pero, habiéndose alcanzado la prohibición de las represalias armadas³⁴, se acepta generalmente que las contramedidas tampoco afectarán, entre otras, a la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza enunciada en la Carta de las Naciones Unidas³⁵; además, a lo más que se ha llegado para los supuestos en que un Estado que no es lesionado invoque la responsabilidad de otro Estado, es que el Estado que no es lesionado pueda tomar “medidas lícitas” contra ese otro Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada³⁶. No parece que haya margen alguno para admitir que la “operación militar especial” llevada a cabo por la Federación de Rusia pueda constituir una de esas “medidas lícitas” y, menos aún, dada la casi nula aceptación de las adhesiones de repúblicas y otras regiones ucranianas a la Federación de Rusia, una contramedida.

³² Arts. 48 y 49 a 54 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la CDI en su 53º período de sesiones (2001), cuyo texto figura en el anexo de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001, de los que la Asamblea General tomó nota y señaló a la atención de los gobiernos.

³³ Antes y después de la distinción trazada por la CIJ en la sentencia del caso Nicaragua en 1986 entre usos graves (agresión o ataque armado) y “usos menos graves” de la fuerza [*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, en paras. 191, 192, 210 y 230, pp. 101, 102, 110 y 119]. Véase, por ejemplo, el estudio de A. Cassese sobre las que consideró emergentes “contramedidas humanitarias” a raíz de la intervención de la OTAN en Kosovo, en el que el autor, no obstante, concluyó que no están aún autorizadas por el Derecho internacional [*“Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?”*, EJIL 10 (1999), pp. 23-30, <https://doi.org/10.1093/ejil/10.4.791>, y “A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and *Opinio Necessitatis*”, *ibid.*, pp. 791-799, <https://doi.org/10.1093/ejil/10.1.23>].

³⁴ En particular, en la Resolución 2625(XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.

³⁵ Art. 50.1(a) sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la CDI en 2001.

³⁶ Art. 54 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la CDI en 2001.

B) LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y/O LA PROTECCIÓN DE NACIONALES

Al margen de si, como pretende la Federación de Rusia, la intervención humanitaria y/o la protección de nacionales permite recurrir a la legítima defensa, debemos interrogarnos si es legítima en sí misma una intervención militar para defender a las poblaciones de Dombás presuntamente víctimas de la violación grave de sus derechos y de políticas de destrucción física y cultural. La respuesta a este interrogante requiere, a su vez, responder previamente a la cuestión de la validez de una posible excepción a la prohibición del uso de la fuerza para la protección de nacionales (lo que ya se planteó en Crimea en 2014 y, anteriormente, en Georgia en 2008³⁷) o, en términos más amplios, para la protección humanitaria de poblaciones víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos esenciales.

La utilización del argumento de la protección de nacionales (que no forman parte de las fuerzas armadas del Estado) en el territorio de otro Estado como excepción a la prohibición del recurso unilateral a la fuerza tuvo su primer precedente en el conocido caso del raid de fuerzas israelíes en el aeropuerto ugandés de Entebbe, en 1976. Desde entonces se han sucedido otros casos de invocación de esa posible excepción (por ejemplo, la fracasada tentativa de rescate por los EE.UU. de América de los rehenes de su embajada en Teherán), pero entre los Estados y la doctrina no está aceptada generalmente la compatibilidad de esta práctica con la Carta de las Naciones Unidas y, en su caso, se discuten las excepcionales circunstancias exigibles para dicha compatibilidad³⁸. En la práctica más reciente, no parece discutirse que en las operaciones de evacuación de ciudadanos extranjeros y algunos ciudadanos afganos llevadas a cabo en Afganistán en agosto de 2021, en el tránsito entre la caída del gobierno de Kabul reconocido internacionalmente hasta entonces y la toma del control de Afganistán por los talibanes, incluida la práctica de las fuerzas armadas de España, se dieran esas excepcionales circunstancias. En relación con la más reciente intervención militar rusa en Ucrania, es verdad que, en su alocución de 24 de febrero, entre los objetivos de la “operación militar especial”, Vladimir Putin no solo menciona genéricamente la protección de “las personas que han sido objeto de abusos y genocidio por parte del régimen de Kiev”, sino que también habla de “crímenes contra la población civil, entre ellos ciudadanos de la Federación de Rusia”³⁹. No obstante, además de las dificultades intrínsecas a la doctrina de la protección de nacionales como excepción a la prohibición del recurso unilateral a la fuerza, aceptar que es precisamente la protección de nacionales rusos lo que está en causa exige aceptar la conformidad con el Derecho internacional de la política de ofrecimiento de la ciudadanía rusa y de emisión masiva de

³⁷ GREEN, J.A., “Editorial Comment: The Annexation of Crimea: Russia, Passportisation and the Protection of Nationals Revisited”, *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 1 (2014), no. 1, pp. 3-10; o WISEHART, D., “The Crisis in Ukraine and the Prohibition of the Use of Force: A Legal Basis for Russia’s Intervention?”, *op. cit.*, pp. 1-3.

³⁸ Un reexamen de la práctica a la luz de la creciente tolerancia hacia las operaciones de evacuación sin consentimiento del Estado territorial y de la actitud crítica de muchos Estados en el debate sobre los trabajos de la CDI sobre protección diplomática en RYUS, T., “The ‘Protection of Nationals’ Doctrine Revisited”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 13, no. 2, 2008, pp. 233-272. Doi: 10.1093/jcs/lkrn0205.

³⁹ Documento S/2022/154, de 24 de febrero de 2022, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

pasaportes rusos a ciudadanos ucranianos –por un procedimiento simplificado y no solo a los residentes en Dombás– llevada a cabo por la Federación de Rusia desde 2019⁴⁰.

La extensión de la protección a la población civil en general –y, por tanto, principalmente a ciudadanos ucranianos, aunque de orientación rusófila– nos situaría hoy día⁴¹ más en el ámbito de la doctrina de la intervención humanitaria, esto es, la intervención sin consentimiento del Estado territorial ni del Consejo de Seguridad y únicamente motivada por el objetivo de proteger a civiles víctimas de violaciones graves y sistemáticas independientemente de su nacionalidad. Pese a la clara advertencia de la CIJ en 1949 contra la intervención en tanto que manifestación de una abusiva política de fuerza⁴², sin duda la intervención de la OTAN en Kosovo (y otros territorios de Serbia, incluida Belgrado) en 1999 reabrió el debate acerca de la legitimidad de la intervención humanitaria⁴³. Por otra parte, desde mitad de la década de 1990, tras el genocidio en Ruanda (1994) y las atrocidades cometidas en las guerras en el territorio de la antigua Yugoslavia (1991-1995), la intervención humanitaria se ha complementado con la doctrina de la responsabilidad de proteger⁴⁴, a la que la intervención en Libia en 2011 hizo un flaco favor. En síntesis, aun existiendo una violación grave y sistemática de los derechos humanos más fundamentales

⁴⁰ El propio texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado por la CDI en su 58º período de sesiones, en 2006, y presentado a la Asamblea General (A/61/10), precisa que, a efectos de la protección diplomática de una persona natural, la adquisición de la nacionalidad no puede estar “en contradicción con el Derecho internacional” (arts. 4 y 5) y, además, que un Estado no puede ejercer la protección diplomática de sus nacionales frente a otro Estado si las personas en cuestión eran nacionales de este otro Estado cuando sufrieron el perjuicio (art. 5.3).

⁴¹ La (pretendida) intervención humanitaria no es un argumento nuevo. Un análisis del marco normativo y doctrinal tradicional de la intervención de humanidad y de la asistencia humanitaria en PETIT DE GABRIEL, E.W. *Las exigencias de humanidad en el derecho internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid, 2002.

⁴² Frente a la defensa avanzada por el Reino Unido, la Corte afirmó que no era admisible pues “[e]l pretendido derecho de intervención no puede ser considerado más que como la manifestación de una política de fuerza, política que, en el pasado, ha dado lugar a los más graves abusos y que no podría, cualesquiera sean las deficiencias actuales de la organización internacional, encontrar lugar alguno en el derecho internacional” (*Affaire du Détroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949: C.I.J. Recueil 1949, p. 4, p. 35*).

⁴³ Por ejemplo, además de las citadas de A. CASSESE, las contribuciones de B. SIMMA y A. ORFORD en *EJIL* (1999), vol. 10, No. 1, pp. 1-22 y No. 4, pp. 679-711, respectivamente; o de L. HENKIN, R. WEDGWOOD, J.I. CHARNEY, CH.M. CHINKIN, R.A. FALK, TH.M. FRANCK y W.M. REISMAN en *AJIL* (1999), vol. 93, No. 4, p. 824 ss.

⁴⁴ Los Jefes de Estado y de Gobierno afirmaron en la Cumbre Mundial de 2005 la responsabilidad de proteger a las poblaciones frente al genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Posteriormente, se creó la Oficina sobre la Prevención del Genocidio y la Responsabilidad de Proteger y el Consejo de Seguridad se ha hecho eco de esa responsabilidad en diversas ocasiones, particularmente en la Resolución 1973 (2011) relativa a la intervención en Libia. En general, véase, por ejemplo, CERVELL HORTAL, M.J., “La responsabilidad de proteger: cuando el sistema falla”, en A. Blanc Altemir (coord.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas: la dimensión institucional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 336-359; DÍAZ BARRADO, C.M., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de proteger”, en S. Torres Bernárdez (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 739-754; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La responsabilidad de proteger: ¿un concepto fracasado?”, en J. Soroeta Licerias (coord.), *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, 2017, pp. 321-350; o la monografía de VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2017.

y la incapacidad o nula voluntad del Estado territorial de prevenir y sancionar tal violación, no se acepta fácilmente una intervención humanitaria sin autorización del Consejo de Seguridad o, si hay veto (mientras no se tramite y apruebe la propuesta de Francia de limitarlo en casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad), al menos la anuencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas... o la falta de condena por el Consejo de Seguridad. Es evidente, asimismo, que tiene que haber proporcionalidad entre la fuerza utilizada y el objetivo de proteger a la población civil. Tal vez la CIJ pueda aportar nuevos argumentos si entra a conocer de la demanda presentada por Ucrania contra la Federación de Rusia, pocos días después de la invasión, rebatiendo la existencia de un genocidio y la legitimidad de la “operación militar especial”.

No parece, en cualquier caso, que pueda determinarse la existencia de siquiera los presupuestos menos exigentes para aceptar la legitimidad de la “operación militar especial” de la Federación de Rusia en Ucrania en tanto que intervención humanitaria.

C) LA PRETENDIDA “DESNAZIFICACIÓN” DE UCRANIA

No está de más, por último, evaluar y analizar brevemente los contenidos concretos del objetivo intermedio de la “desnazificación” de Ucrania y su validez a la luz del Derecho internacional. Más allá de su valor como eslogan que trata de justificar políticamente la invasión, la ocupación y la guerra, apelando al sentimiento patriótico de los rusos y ucranianos mediante el recuerdo de su lucha contra los nazis en la Segunda Guerra Mundial, se ha llamado la atención sobre el hecho de que la noción de “desnazificación” tiene implicaciones jurídicas relevantes para el Derecho aplicable en situaciones de ocupación territorial⁴⁵. El Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la (IV) Convención adoptada en La Haya en 1907 determina que “[d]esde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país” (art. 43). De igual modo, el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra establece que “[p]ermanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. (...) Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice”. La importancia de estas dos disposiciones consiste en poner de manifiesto que el Derecho internacional exige al Estado ocupante un principio de conserva-

⁴⁵ LONGOBARDO, M., “The rhetoric of ‘denazification’ of Ukraine from the perspective of the law of occupation”, *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, 2 de abril de 2022, accessible en <https://www.ejiltalk.org/the-rhetoric-of-denazification-of-ukraine-from-the-perspective-of-the-law-of-occupation/>.

ción, en toda la medida de lo posible, de la legislación del Estado ocupado. En este sentido, hay una distancia clara entre el alcance político pretendido por la Federación de Rusia para el proceso de la pretendida “desnazificación” –un alcance amplio hasta el punto de pretender con ello justificar la guerra, y, en definitiva, cambiar el gobierno– y el alcance permitido por el Derecho Internacional con base en los derechos y obligaciones de la autoridad militar del Estado ocupante sobre el territorio del Estado ocupado.

III. “WHO KILLED ARTICLE 2.4?”, ENÉSIMO EPISODIO

Esta invasión de Ucrania y la subsiguiente guerra refuerzan la evidencia de los límites del orden internacional creado en 1945, que tiene en la Organización de Naciones Unidas su soporte institucional fundamental y está basado en la articulación entre tres vértices y un presupuesto de base consagrados en la Carta de San Francisco. De un lado, tres vértices con puntos en el principio básico de la prohibición del recurso unilateral a la fuerza por los Estados (art. 2.4), acompañado de la centralización del uso de la fuerza en el Consejo de Seguridad (arts. 39 a 51 y 53) y de una previsión restrictiva del ámbito de aplicación del derecho a la legítima defensa (art. 51). Y, de otro, el presupuesto básico de la voluntad unánime de los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad (art. 27.3). Sobre el alcance efectivo de esta fórmula de orden internacional, J.A. CARRILLO SALCEDO subrayó que,

“frente a la acusación de irrealismo e ingenuidad muchas veces hecha a los ‘padres fundadores’ de las Naciones Unidas, la verdad es que, por el contrario, tuvieron el realismo de comprender que el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta únicamente podría funcionar si las grandes potencias estaban de acuerdo. (...) En otras palabras, la Carta previó expresamente que la Organización de Naciones Unidas no podría intervenir en aquellos conflictos en los que las grandes potencias se enfrentasen directa o indirectamente”⁴⁶.

Pues la guerra en Ucrania es entre un grande y un “no-grande”, pero tiene desde su inicio –quizás incluso con anterioridad al inicio...– a otros grandes como actores indirectos. Se trata, por lo tanto, de una guerra en la que el sistema de seguridad colectiva, que tiene en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas su epicentro, no puede ser aplicado en la práctica.

La verdad es que estamos lejos de que este sea el primer conflicto resultante de una intervención militar de una gran potencia en otro Estado y en el que el Estado agresor ha tratado de rechazar los límites jurídicos que la Carta de Naciones Unidas impone al empleo de su poder militar en las relaciones con otros Estados. Ya durante la Guerra Fría quedó claro que el bloqueo del Consejo de Seguridad por el uso del poder de veto por uno o más de sus Estados miembros permanentes estaría provocando una mutación de todo el régimen jurídico sobre el uso de la fuerza. La paralización del Consejo de Seguridad se tradujo en que lo que era en teoría un principio (la prohibición del recurso unilateral a la fuerza) tendía a convertirse en realidad en una excepción, y lo que era una excepción (la

⁴⁶ *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 227.

invocación de la legítima defensa) tendía a convertirse en un principio. Fue esa mutación lo que condujo a Thomas M. FRANCK a titular una de las contribuciones doctrinales de Derecho internacional con mayor eco de ese período “Who killed article 2.4?”⁴⁷. Ciertamente, fue la respuesta de otro gran internacionalista, Louis HENKIN, que poco antes había capturado magistralmente la elevada eficacia del Derecho internacional en una memorable aserción (“probablemente, casi todos los Estados cumplen casi todos los principios del Derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi siempre”⁴⁸), quien puso negro sobre blanco el pensamiento de otra buena parte, seguramente mayoritaria, de la doctrina: “the reports of the death of Article 2(4) are greatly exaggerated”⁴⁹.

Tras el fin de la Guerra Fría y la aparente desaparición de los factores geopolíticos e ideológicos que habían determinado el bloqueo del Consejo de Seguridad, hemos asistido a una sucesión de casos de intervenciones militares de grandes potencias, sea unilateralmente sea en el marco de una coalición formal o informal de Estados, sin el mandato del Consejo de Seguridad o con un mandato cuyo procedimiento de adopción y contenido jurídico-político no son plenamente conformes a lo que establece el capítulo VII de la Carta. En una síntesis apresurada del “desmantelamiento” del sistema de seguridad colectiva deben señalarse la intervención en Kosovo y otros territorios serbios en 1999 sin autorización del Consejo de Seguridad y sin pretensión de que se adoptaban medidas en legítima defensa, la intervención en Afganistán bajo la cobertura de una “desnaturalizada” legítima defensa tras el ataque terrorista del 11-S y, sobre todo, la agresión a Irak en 2003. Pero, sin duda, a pesar de contar con la autorización del Consejo de Seguridad, la desconfianza entre los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad se socavó aún más tras intervención en Libia, que tergiversó el mandato del Consejo de Seguridad. Y todas estas intervenciones tienen un denominador común: fueron lideradas por los Estados Unidos de América, sea por sí solos, sea a través de la OTAN, o sea en compañía de otros Estados miembros de la OTAN. Y puede sospecharse que de los polvos de Libia vinieron los lodos de Siria (y de Irak, de nuevo), donde la Federación de Rusia y los países occidentales intervienen militarmente en una ceremonia de la confusión de objetivos comunes (la lucha contra el Daesh, autoproclamado “Estado Islámico”) y contrapuestos (el apoyo a gobiernos o a rebeldes) bajo la cobertura de las autorizaciones de los gobiernos sirio (a la Federación de Rusia) e iraquí (a los países occidentales), y posiblemente del Consejo de Seguridad, en virtud de su Resolución 2249(2015), de 20 de noviembre de 2015, adoptada en el marco de la lucha de todos contra el Daesh o autoproclamado “Estado Islámico”⁵⁰.

⁴⁷ “Who Killed Article 2(4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States”, *AJIL*, vol. 64 (1970), No. 5, pp. 809-837.

⁴⁸ “It is probably the case that almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time” (*How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 1968, 2ª ed., Columbia University Press, Nueva York, 1979, p. 47).

⁴⁹ *AJIL*, vol. 65 (1971), No. 3, pp. 544-548.

⁵⁰ El para. 5 dispositivo de la Resolución 2249(2015) exhorta a los Estados miembros que tengan capacidad para hacerlo a que adopten “todas las medidas necesarias”, de conformidad con el Derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional de los refugiados y el Derecho internacional humanitario, sobre el territorio que se encuentra bajo el control del EIL, también conocido como Daesh, en Siria y el Iraq, redoblen y coordinen sus esfuerzos para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos específicamente por el EIL, también

De nuevo, ahora en Ucrania, no sin que Putin recuerde a los ciudadanos rusos, y al mundo en general, esos antecedentes en su alocución de 24 de febrero⁵¹, una gran potencia incumple de forma grave el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas. ¿Qué hay de nuevo en ello? Desde el punto de vista formal, poco o nada. Pero, si uno va más allá de la letra de la norma y del estricto formalismo procedimental, se pone de manifiesto que efectivamente hay algo novedoso que debe merecer toda la atención. Lo que hay de nuevo es el contexto en que ocurre esta nueva manifestación de incumplimiento de la Carta: el contexto del declive de la anterior hegemonía euro-americana⁵².

De hecho, mientras que su hegemonía no era disputada, los Estados Unidos de América y otros países occidentales controlaban a su favor esas prácticas a las que unilateralmente calificaban como excepciones al artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y mantenían un monopolio de hecho de la presión sobre el orden jurídico internacional en el sentido de su mayor flexibilidad. Con la pérdida de solidez de esa anterior hegemonía, la agenda revisionista de países como la Federación de Rusia tiende a transformar esas pretendidas excepciones en algo más ampliamente compartido y con un estatuto de “normalidad” reforzada.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿VOLVER A QUÉ (DES)ORDEN INTERNACIONAL?

Retomemos la sugerencia de interpretación de Antonio REMIRO sobre la guerra en Ucrania: estaríamos delante del “epítome del desorden internacional”. Esta interpretación se basa en el hecho de que, sin que haya lugar a dudas, tras el “momento unipolar” que el sistema internacional experimentó después del final de la Guerra Fría – tal vez deberíamos decir “antes del final de la *primera* Guerra Fría”–, el declive económico y político del polo único abre espacio para otro momento de (re)estructuración del sistema internacional, de “revisionismo” del orden internacional desde otros múltiples polos que podrían estar concertándose y no solo actuando aislados unos de los otros. Un momento de desorden, si lo comparamos sea con el sistema bipolar de las cuatro décadas transcurridas desde finales de la década de 1940 hasta finales de la década de 1980, sea con el sistema unipolar que ha caracterizado el final del siglo XX y las dos primeras décadas del siglo XXI. Es cierto, no obstante, que no todas las nuevas grandes potencias o potencias emergentes plantean la misma estrategia frontal que ha asumido la Federación de Rusia: así lo demuestra, por ejemplo, la abstención de China (como de la India, Brasil, Sudáfrica, etc.)

conocido como Daesh, así como el Frente Al-Nusra, y todas las demás personas, grupos, empresas y entidades asociados con Al-Qaida y otros grupos terroristas designados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y los que acuerde el Grupo Internacional de Apoyo a Siria y corrobore el Consejo de Seguridad, de conformidad con la declaración del Grupo Internacional de Apoyo a Siria de 14 de noviembre, y erradiquen el cobijo que han establecido en partes importantes del Iraq y Siria”.

⁵¹ Documento S/2022/154, de 24 de febrero de 2022, *op. cit.*, p. 3.

⁵² KRISCH, N., “After hegemony: the law on the use of force and the Ukraine crisis”, *EJIL: Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law*, 2 de marzo de 2022, accessible en <https://www.ejiltalk.org/after-hegemony-the-law-on-the-use-of-force-and-the-ukraine-crisis/?fbclid=IwAR2731timXjC8ZvAuGHtLc8fP4TDfbfVSQODsPqRnwqY-X4gb9wif6k7q-k>.

en resoluciones relevantes de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania y a la pretendida adhesión por la Federación de Rusia de territorios del este de Ucrania, y otras muestras de “prudencia” o “equilibrio” entre Occidente/Ucrania y Rusia, como la falta de apoyo a Rusia en la cumbre de 2022 de la Organización de Cooperación de Shangai, ponen de manifiesto que el reforzamiento de los lazos entre China y Rusia en los últimos años no ha obstado para que, tras la crisis de Crimea y la invasión rusa de Ucrania, China no ponga en cuestión el respeto de la Carta de las Naciones Unidas.

Ante la turbulencia asociada al desorden, tal vez resulta natural una reacción de ansiedad y un deseo, con inspiración nostálgica, de regreso a la estabilidad del orden perdido. En este marco, cabe preguntarse si es posible volver a la Carta de Naciones Unidas como constitución global para nuestro tiempo⁵³.

Si se nos permite un momento de ironía, parafrasearíamos a Mahatma Gandhi cuando, ante la pregunta de un periodista sobre qué pensaba de la civilización occidental, respondió: “Creo que *sería* una excelente idea”. Sí, la Carta de las Naciones Unidas sería una excelente idea... y, por ende, lo sería volver a la Carta. Pero ¿qué significa, en concreto, volver a la Carta? ¿Y qué densidad normativa e institucional tiene el escenario de regreso a la Carta? Añadiremos tres notas sobre estas cuestiones.

La primera es que la herencia del “momento unipolar” ha sido, por lo que hace a las competencias que los Estados miembros originarios le atribuyeron en virtud de la Carta en 1945 para el logro del propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales, la de un vaciamiento de Naciones Unidas. El marco de esta dinámica de vaciamiento de las Naciones Unidas no ha sido solo el de la unipolaridad del sistema. A él se ha añadido el clima ideológico del final de la Guerra Fría, o lo que algunos llaman el mundo “post-político”, en el que las anteriores “grandes narrativas” de regulación y de transformación social habrían sido sustituidas por un consenso minimalista de asistencia a las víctimas de conflictos y de desastres naturales⁵⁴. Esta dinámica de sustitución de la acción política por la asistencia humanitaria ha tenido consecuencias institucionales evidentes: delante de crisis internacionales de alta complejidad política, la ONU del siglo XXI ha sido remitida por los Estados más fuertes a una función minimalista, de la que se quita mucho del sentido de diplomacia robusta e incluso de intervención coercitiva que la Carta prevé y se la ha configurado crecientemente como poco más que una agencia humanitaria⁵⁵. La

⁵³ PUREZA, J.M. “Global constitutionalism as an ambivalent script”, en JARIA-MANZANO, J. y BORRÀS, S. (coords.), *Research handbook on global climate constitutionalism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 102-113; ZOLO, D., *Cosmopolis. Prospects for world government*, Polity Press, Cambridge, 1997; FASSBENDER, B., “The meaning of international constitutional law”, en MACDONNALD, R.S.J. y JOHNSTON, D. (coords.), *Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 837-851.

⁵⁴ DOUZINAS, C., “The many faces of humanitarianism”, *Parrhesia*, 2 (2007), pp. 1-28; DONINI, A., “The geopolitics of mercy: humanitarianism in the age of globalization”, en NAFZIGER, E.W., y VAYRYNEN, R. (coords.), *Prevention of humanitarian emergencies*, Palgrave, Gordonsville, 2002, pp. 253-268.

⁵⁵ Por ejemplo, con ocasión de la intervención en Irak en 2003 y el papel del Consejo de Seguridad, en este sentido se expresó ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Consejo de Seguridad en la Guerra

contención temática de la intervención del Secretario General de Naciones Unidas en la guerra en Ucrania a la negociación de acuerdos para el desalojo de los civiles atrapados en el mega-bunker de Mariupol o, junto a Turquía, para el desbloqueo de la flota mercante ucraniana para el transporte de cereales, lo ilustra de forma clara.

Una segunda reflexión se impone: volver a la Carta es, en concreto, ¿volver a qué? Una respuesta seria a esta pregunta nos lleva a recordar lo que escribió CARRILLO SALCEDO: en muchos casos tras el final de la Guerra Fría, “las Naciones Unidas, efectivamente, no actuaron (...) como una instancia de autoridad internacional, sino que (...) fueron utilizadas [por coaliciones de Estados] como instancia de legitimación de su decisión de recurrir a contramedidas de fuerza armada...”⁵⁶. La aplicación institucionalizada de medidas coercitivas contra un Estado infractor se ha sustituido por una legitimación, por la ONU (a través del Consejo de Seguridad), de decisiones de recurso a la fuerza tomadas fuera de Naciones Unidas, por una “aplicación desnaturalizada de la legítima defensa colectiva”⁵⁷. Volver a la Carta, por eso, no significa necesariamente volver a la letra de lo que cincuenta y un Estados aprobaron en San Francisco el 26 de junio de 1945, sino a una práctica de aplicación desnaturalizada del sistema de seguridad colectiva aprobado entonces, algo conveniente a los grandes y a su agenda momentánea de (des)regulación de las relaciones internacionales.

Finalmente, volver a la Carta supondría una disponibilidad efectiva de los Estados –grandes y pequeños– para un ejercicio de su soberanía moldeado por compromisos internacionales en favor de un interés o bien común superior. En el *move to institutions* de las décadas de 1940 y 1950, ese espíritu estaba muy presente y sostuvo la puesta en valor del multilateralismo institucionalizado, o sea, de la participación de los Estados en las organizaciones internacionales, como elemento no de disminución sino de refuerzo de las condiciones de sus soberanías. Este compromiso entre la soberanía de los Estados y un orden internacional multilateral ha sido sintetizado por John Gerard RUGGIE en el concepto de “liberalismo integrado” (*embedded liberalism*), con el que describe el modo de ser del capitalismo de mediados del siglo XX: “a diferencia del nacionalismo económico de los años treinta, sería de carácter multilateral; a diferencia del liberalismo del patrón oro y del libre comercio, su multilateralismo se basaría en el intervencionismo interno”⁵⁸. Este balance se ha roto con la actual hegemonía del neoliberalismo. Al *Welfare State* intervencionista le sucede en nuestros días el modelo de Estado competitivo cuyo objetivo estratégico es el de afirmarse en el marco internacional absolutizando sus ventajas comparativas. Por eso, al *move to institutions* sucede el *move from institutions*, en el que organizaciones internacionales como la ONU son degradadas en tanto que marcos institucionales y reemplazadas por formaciones *ad hoc* (como las “formaciones G”: G20, G8,

contra Iraq: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?”, *REDI*, 45 (2003), No.1, pp. 205-222.

⁵⁶ *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 224.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 225.

⁵⁸ “International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order”, *International Organization*, vol. 36 (1982), No. 2, pp. 379-415, p. 393.

G7...) que no moldean, sino que refuerzan esa lógica de competición internacional de los Estados⁵⁹.

Sobre este fondo, el regreso a la Carta de Naciones Unidas es, sin duda, una importante alerta moral. Pero tener conciencia de todos estos límites y factores de cambio –lo que sean las Naciones Unidas es resultado de la voluntad de sus Estados miembros– es una condición *sine qua non* para evitar idealismos que, rápidamente, se tornan en cinismo o en tragedia. Y para tener la humildad de empezar de nuevo.

⁵⁹ PUREZA, J.M., “New Regionalism and Global Constitutionalism: Allies, Not Rivals”, en KRISCH, N., VAN AAKEN, A., y PROST, M.(eds.), *ESIL Conference Paper Series*, vol. 2 No. 1, Conference Paper n.º 8/2012, 5th Biennial Conference, Valencia (Spain), 13-15 Sept 2012, también publicado en AZNAR GÓMEZ, M.J. y FOOTER, M.E. (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law. Regionalism and International Law, Valencia, 13-15 Septiembre 2012*, vol. IV, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 153-164.