



LA GUERRA DE UCRANIA

y la prohibición del uso de la fuerza
en el derecho internacional

CLAUS KREB

JIMENA SOFÍA VIVEROS ÁLVAREZ

Traducción

SERIE

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

66

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL, núm. 66

Dra. Nuria González Martín

Coordinadora de la serie

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

Roberto Zavaleta Cornejo

Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez

Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez

Diseño de cubierta e interiores



LA GUERRA DE UCRANIA

y la prohibición del uso de la fuerza
en el derecho internacional

CLAUS KREB

JIMENA SOFÍA VIVEROS ÁLVAREZ
Traducción

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 30 de junio de 2023

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

ISBN volumen 66: 978-607-30-7738-5

Contenido

7

Presentación

11

Introducción

13

La piedra angular de la Carta de las Naciones Unidas: la prohibición del uso de la fuerza

17

La continua violación de la prohibición del uso de la fuerza por la Federación de Rusia

25

Las implicaciones de la continua violación a la prohibición del uso de la fuerza por parte de Rusia

29

Consecuencias jurídicas de la violación por parte de Rusia a la prohibición del uso de la fuerza y las reacciones hasta ahora

51

Observaciones finales

55

Bibliohemerografía

65

Acerca del autor

Presentación*

A partir del 24 de febrero de 2022 Rusia ha llevado a cabo una guerra de agresión en contra de Ucrania. Constantemente, los medios de comunicación nos recuerdan los horrores de la guerra y la importancia de la prohibición del uso de la fuerza consagrada en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Esta prohibición se encuentra consagrada en el artículo 2o., párrafo cuarto, de dicha Carta, el cual señala que “Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

El paso de un *ius ad bellum* a un *ius contra bellum* fue el resultado de arduas negociaciones entre los Estados fundadores de la Organización de las Naciones Unidas. Así, la prohibición del uso de la fuerza se ha consagrado como “la piedra angular de la propia Carta de las Naciones Unidas”. Además, actualmente forma parte del derecho internacional consuetudinario.

Estrechamente vinculada a la prohibición del uso de la fuerza, se encuentra la prohibición de la agresión, la cual tiene carácter de *ius cogens*, e incluso ha dado pie a la concepción del “crimen de agresión”, de conformidad con el artículo 8o. bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

* Por Jimena Sofía Viveros Álvarez.

Desde el 24 de febrero de 2022 Rusia ha actuado continuamente en una flagrante violación a la prohibición del uso de la fuerza. Incluso, en marzo de ese año, la Asamblea General de las Naciones Unidas consideró que se trata de un acto de agresión por parte de Rusia en contra de Ucrania. Sin embargo, pese a que la comunidad internacional ha condenado las acciones del presidente ruso Putin, al momento en que se finalizó este artículo, la guerra continúa.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el órgano responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales se encuentra impedido para actuar, ya que Rusia, al ser un miembro permanente del propio Consejo, ha ejercido su derecho de veto en contra de la resolución que condenaba sus acciones.

Esta situación ha levantado múltiples cuestiones relacionadas con el derecho internacional del uso de la fuerza. En su artículo “La guerra de Ucrania y la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional”, el doctor Claus Kreß nos ofrece un análisis profundo sobre las implicaciones que conllevan las acciones de Rusia en Ucrania para el orden jurídico internacional.

Para ello, el doctor Kreß hace un breve análisis sobre la continua violación a la prohibición del uso de la fuerza por parte de la Federación de Rusia en Ucrania, la cual comenzó desde 2014, cuando intervino y ocupó el territorio de Crimea, en Ucrania. Asimismo, analiza las justificaciones que el presidente Putin pretendió dar para legitimar su guerra de agresión en 2022, las cuales alegaban un sentimiento de amenaza planteado por Ucrania en contra de Rusia; sin embargo, en ningún momento acreditó algún elemento que pudiera justificar el uso de la fuerza.

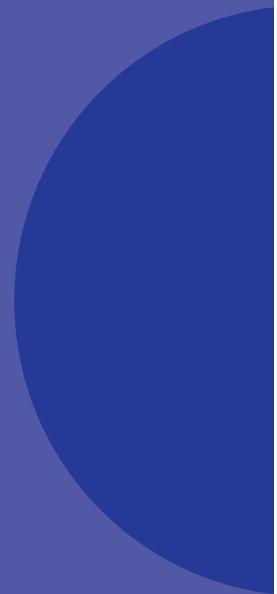
Ante la continua violación de la prohibición del uso de la fuerza por un miembro permanente del Consejo de Seguridad, hay diversos autores que alegan la erosión de la norma vulnerada y, con ello, el orden jurídico internacional actual; sin embargo, el doctor Kreß consi-

dera que dichos autores subestiman la resiliencia de la norma, resaltando las reacciones de la comunidad internacional en contra de las acciones de Rusia.

Al respecto, Kreß analiza cómo es que los Estados pueden apoyar legítimamente a Ucrania, incluso a través del uso de la fuerza en ejercicio del derecho a la legítima defensa colectiva, sin que ello justifique o de legitime el uso de la fuerza por parte de Rusia. Asimismo, señala las posibles consecuencias de la guerra de agresión en cuanto a la responsabilidad del Estado e, incluso, la posible responsabilidad penal individual del propio Putin.

En cuanto al posible final de la guerra, plantea las posibles consecuencias y dificultades que representaría un tratado de paz o una tregua para el cese de hostilidades. En ese sentido, indica que no podría llegarse a un acuerdo legítimo entre las partes del conflicto mientras Rusia pretenda mantener ganancias territoriales, pues en todo caso, dicho acuerdo sería nulo.

Finalmente, el doctor Kreß nos invita a reflexionar sobre el ejercicio de la legítima defensa por parte de Ucrania. Reconoce que los gobiernos del mundo deben tomar una postura firme, condenar las acciones de la Federación Rusa y, en su caso, brindar el apoyo necesario a Ucrania, pues con ello no solo se protege la integridad territorial de dicho país, sino que se daría mayor autoridad a la prohibición del uso de la fuerza.

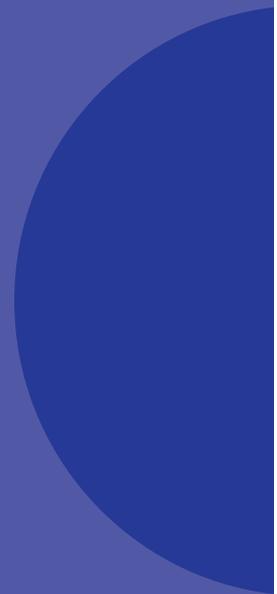


Introducción*

La guerra de agresión de Rusia contra Ucrania ha dado lugar a una serie de preguntas relacionadas con el derecho internacional. Un análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los conflictos armados (o derecho internacional humanitario), o desde el derecho penal internacional, por nombrar únicamente dos subcampos, brindaría suficiente material para realizar un artículo por sí mismo.

No obstante, a continuación he decidido enfocarme, como punto central de referencia, en la prohibición del uso de la fuerza en virtud del derecho internacional. Mis consideraciones serán principalmente de carácter doctrinal, pero también intentaré arrojar algo de luz sobre la dimensión histórica del tema, así como algunos aspectos del principio general de derecho de la prohibición del uso de la fuerza. En algunas ocasiones será evidente que este texto se originó a partir de una conferencia que fue dada a una audiencia alemana.

* El texto aquí presentado está basado en una conferencia que dio el autor ante la Sociedad de Estudios Jurídicos de Karlsruhe el 29 de junio de 2022, establecido, entre otros, por la Corte Constitucional Federal, la Corte Federal de Justicia, la Fiscalía Federal y por abogados acreditados ante la Corte Federal de Justicia. Se ha reducido el estilo oratorio y se han añadido encabezados y referencias.



La piedra angular de la Carta de las Naciones Unidas: la prohibición del uso de la fuerza

La Corte Internacional de Justicia ha calificado la prohibición del uso de la fuerza como “la piedra angular de la Carta de las Naciones Unidas”.¹ Esta caracterización resulta acertada, pues Has Kelsen ya había señalado que sería difícil hablar de un orden jurídico internacional si los “derechos” protegidos por el mismo estuvieran sujetos a un “derecho soberano” que permitiera recurrir a la guerra.² Sin embargo, todavía para 1919, la opinión generalizada de los abogados internacionalistas era que el orden jurídico internacional era de una naturaleza precaria.³

¹ Corte Internacional de Justicia, 2005, *Caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo vs Uganda)*, ICJ Reports 2005, párr. 148.

² Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1945, pp. 331 y ss.

³ La existencia de un *ius ad bellum* soberano actualmente sigue siendo controversial, *cfr.* Kreß, Claus, “Shakespeare’s «Heinrich V» und das Recht des Krieges”, *Juristen Zeitung*, Alemania, vol. 69, núm. 23, 2014, pp. 1137–1146. El debate ha sido reavivado por Verdebout, Agatha, “The Contemporary Discourse on the Use of Force in the Nineteenth Century: A Diachronic and Critical Analysis”, *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 1, núm. 2, 2014, pp. 223–246; Ruys, Tom, “From *passé simple* to *futur imparfait*? A response to Verdebout”, *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 2, núm.1, 2015, pp. 3 y ss.; Von Bernstorff, Jochen, “The Use of Force in International Law before World War I: On Imperial Ordering and the Ontology of the Nation-State”, *European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2018, pp. 233 y ss.; Verdebout, Agatha, *Rewriting Histories of the Use of Force: The Narrative of “Indifference”*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

En ese sentido, después de la Primera Guerra Mundial, mientras se discutían los tratados de paz en París, el primer ministro británico, Lloyd George, y, particularmente el primer ministro francés, Clemenceau, presionaron para que se iniciaran procedimientos penales de carácter internacional en contra de Guillermo II, el último emperador alemán, por haber desencadenado una guerra de agresión.⁴ No obstante, los abogados internacionalistas de las potencias vencedoras aconsejaron a sus líderes políticos que la premeditación de una guerra de agresión, si bien es una conducta que la opinión pública reprueba y que la historia condenará, no puede ser considerada como un acto directamente contrario al derecho positivo.⁵

Incluso la Sociedad de las Naciones, también conocida como “la liga de naciones”, no pudo superar por completo la idea de un *ius ad bellum* en el derecho internacional.⁶ El paso decisivo hacia un *ius contra bellum* no se dio sino hasta 1928 con el Pacto Briand-Kellogg, que lleva el nombre de los entonces ministro de relaciones exteriores de Francia y del secretario de Estado de Estados Unidos respectivamente.⁷ A partir de este pacto, la prohibición de la guerra, con base en un tratado internacional, se convirtió rápidamente en derecho internacional consuetudinario debido a su aceptación casi inmediata y más o menos mundial.⁸ Después de

⁴ Schabas, William, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, Oxford University Press, 2018; Kreß, Claus, “The Peacemaking Process After the Great War and the Origins of International Criminal Law *Stricto Sensu*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 62, 2019, pp. 175-176 y 180-186.

⁵ Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones, “Reporte presentado a la Conferencia de Paz Preliminar”, 29 de marzo de 1919, en *American Journal of International Law*, vol. 14, núm. 1, 1920, p. 118.

⁶ Sobre la limitación de la guerra en la Sociedad de las Naciones, véase Lesaffer, Randall, “Too Much History: From War as Sanction to the Sanctioning of War”, en Weller, Marc (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 50–52.

⁷ Para el relato de la historia que precede al pacto contra la guerra, véase Hathaway, Oona y Shapiro, Scott, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, Nueva York, Simon & Schuster, 2017, pp. 101–130.

⁸ *Ibidem*, p. 129 y ss.; Tribunal Internacional Militar (Nuremberg), “Judgment and Sentences of 1 October 1946”, *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 172, 217–221.

la Segunda Guerra Mundial, la prohibición de la guerra evolucionó para convertirse en la prohibición del uso de la fuerza, la cual está reconocida en el artículo 2o., párrafo 4, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

En su jurisprudencia,⁹ la Corte Internacional de Justicia habla del “principio de no uso de la fuerza en las relaciones internacionales”¹⁰ para subrayar la importancia fundamental de la prohibición del uso de la fuerza y destacar que esta prohibición, además de encontrarse en la Carta de las Naciones Unidas, forma parte del derecho internacional consuetudinario.

⁹ Para un estudio de la jurisprudencia relativa, véase Kreß, Claus, “The International Court of Justice and the «Principle of Non-Use of Force»”, en Weller, Marc (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 561 y ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 595.



La continua violación de la prohibición del uso de la fuerza por la Federación de Rusia

La violación a la prohibición del uso de la fuerza en Ucrania por parte de la Federación de Rusia comenzó muchos años antes del 24 de febrero de 2022.

Violaciones por parte de Rusia de la prohibición del uso de la fuerza en 2014

Hasta 1991, Ucrania tenía un estatus jurídico peculiar: era una república soviética federada que formaba parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y, sin embargo, también era un Estado fundador de las Naciones Unidas.¹¹ A partir de 1991, como resultado de la disolución de la Unión Soviética,¹² Ucrania presenta todos los elementos constitutivos del

¹¹ Sobre la historia de las negociaciones que otorgan a Ucrania el estatus de un miembro fundador de las Naciones Unidas, véase Russell, Ruth, *A History of the United Nations Charter: The Role of the United States Charter 1940-1945*, Washington, Brookings Institution Press, 1958, pp. 433-437, 533-539, 584, 597-599 y 636. Sobre la posición constitucional de Ucrania dentro de la Unión Soviética, véase Nußberger, Angelika, "Russia", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1047.

¹² Sobre el debate de la clasificación jurídica correcta de la disolución de la Unión Soviética ante el derecho internacional, véase Nußberger, Angelika, *op. cit.*, pp. 1050-1052.

Estado bajo el derecho internacional. Su territorio incluye Crimea, así como los territorios de las llamadas repúblicas populares de Donetsk y Lugansk, lo cual fue reconocido por Rusia desde un inicio, como se puede apreciar en el Memorándum de Budapest de 1994, firmado conjuntamente. Este documento establece lo siguiente:

La Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América reafirman su compromiso con Ucrania, de conformidad con los principios del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de respetar la independencia y la soberanía y las fronteras actuales de Ucrania.¹³

En ese sentido, desde la primavera de 2014, el uso de la fuerza por parte de Rusia en Crimea ya contravenía al derecho internacional. Desde entonces, Crimea ha estado bajo ocupación militar rusa.¹⁴ Se destaca que, en agosto de 2014, Rusia intervino en los combates entre las fuerzas armadas de Ucrania y los separatistas en la región este del país, desplegando tropas militares regulares y haciendo uso de armas de alto calibre, representando, una vez más, una violación a la prohibición internacional del uso de la fuerza. De hecho, las llamadas Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk deben su existencia a esta violación de la prohibición del uso de la fuerza por parte de Rusia, y sin la continua intervención militar ilícita de la misma, estas entidades no existirían ni seguirían haciéndolo; son regímenes títeres.¹⁵

¹³ Artículo 1o. del Memorándum de Budapest sobre Garantías de Seguridad, emitido el 5 de diciembre de 1994, firmado conjuntamente por los dirigentes de la Federación de Rusia, Ucrania, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América, Doc. A/49/765, 5 de diciembre de 1994. En el mismo sentido, véase el artículo 3o. del Tratado de Amistad, Cooperación y Asociación entre Ucrania y la Federación de Rusia, vol. 3007, en *Colección de Tratados de las Naciones Unidas*, 117, 31 de mayo de 1997.

¹⁴ Kreß, Claus y Tams, Christian, "Dichtung und Wahrheit: Was ist dran an Moskaus Argumentationsversuchen im Ukraine-Konflikt", *Internationale Politik*, mayo-junio de 2014, pp. 16 y ss.

¹⁵ Luchterhandt, Otto, "Die Vereinbarungen von Minsk über den Konflikt in der Ostukraine (Donbass) aus völkerrechtlicher Sicht", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 57, 2019, pp. 429-432.

El uso de la fuerza por parte de Rusia desde el 24 de febrero de 2022

El 24 de febrero de 2022, Rusia invadió Ucrania y desde entonces ha incurrido en un amplio uso de la fuerza. El hecho de que este último escalamiento del uso de la fuerza por parte de Rusia carezca de una justificación válida en virtud del derecho internacional, al igual que su uso de la fuerza en 2014, ha quedado demostrado en múltiples ocasiones, y quizá con mayor detalle por James A. Green, Christian Henderson y Tom Ruys.¹⁶ En atención a ello, únicamente se abordará brevemente el tema, para posteriormente profundizar sobre las cuestiones que derivan de esta situación.

Para una mejor comprensión, es necesario detenemos y realizar algunas aclaraciones sobre la compleja nomenclatura que usa el derecho internacional en materia de paz y seguridad. En primer lugar, como ya se mencionó, el término “fuerza”, el cual abarca más conductas que la simple prohibición de la “guerra”, es central dentro del principio de la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional.¹⁷

En segundo lugar, el término “ataque armado” se refiere a la condición fundamental para que un Estado pueda ejercer su derecho a la legítima defensa, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁸ Es decir, para que el Estado pueda ejercer su derecho a la legítima defensa, debe existir un ataque armado de cual defenderse.

¹⁶ El relato más detallado a la fecha es el de Green, James *et al.*, “Russia’s Attack on Ukraine and the *jus ad bellum*”, *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 4 y ss. Para tres análisis más, véase Hathaway, Oona, “International Law Goes to War in Ukraine: The Legal Pushback to Russia’s Invasion”, *Foreign Affairs*, 15 de marzo de 2022; Nußberger, Angelika, “Tabubruch mit Ansage: Putins Krieg und das Recht”, *Osteuropa*, vol. 72, 2022, pp. 51 y ss.; Tomuschat, Christian, “Russlands Überfall auf die Ukraine Der Krieg und die Grundfragen des Rechts”, *Osteuropa*, vol. 72, 2022, pp. 33 y ss.

¹⁷ Dörr, Oliver, “Use of Force, Prohibition of”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *op. cit.*, pp. 609–611.

¹⁸ Ruys, Tom, “Armed Attack” and Article 51 of the UN Charter. *Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

En tercer lugar, debe señalarse que el concepto jurídico internacional de “agresión” es multifacético.¹⁹ Por un lado, el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas hace referencia a un “acto de agresión”, y en ese sentido, si el Consejo de Seguridad determina la existencia de un acto de agresión, este puede activar el sistema de seguridad colectiva en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,²⁰ lo que incluye la autorización de medidas militares coercitivas.²¹ Por otro lado, en el derecho internacional consuetudinario, el término “agresión” denota una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza. La prohibición de la agresión forma parte del *ius cogens*, o derecho internacional perentorio,²² y su violación desencadena ciertas consecuencias jurídicas especiales en términos de responsabilidad del Estado.²³

Por último, tenemos el concepto “guerra de agresión”, que esencialmente pertenece al derecho penal internacional. La guerra de agresión fue el elemento central de la conducta

¹⁹ Kreß, Claus, “Aggression”, en Geiß, Robin y Melzer, Nils (eds.), *The Oxford Handbook of the International Law of Global Security*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 232 y ss.

²⁰ Krisch, Nico, “Introduction to Chapter VII: The General Framework”, en Simma, Bruno *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 3a. ed., vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1237–1271.

²¹ La determinación de un “acto de agresión” no es constitutiva para la activación del sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas; alternativamente, la determinación de una “violación a la paz” o “amenaza a la paz” son posibles. Kreß, Claus, “Aggression”, *cit.*, p. 234.

²² Contrario a una opinión ampliamente sostenida, no está establecido más allá toda duda si la prohibición del uso de la fuerza, en todos sus aspectos, constituye parte del *ius cogens*; por un lado, véase De Hoogh, André, “*Jus Cogens and the Use of Armed Force*”, en Weller, Marc (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, pp. 1161 y ss.; en sentido contrario véase Green, James, “Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32., 2011, pp. 215 y ss. La Corte Internacional de Justicia, en todo caso, no se ha pronunciado al respecto, véase Kreß, Claus, “The International Court...”, *cit.*, p. 571; consecuentemente, en la lista, ciertamente no exhaustiva, de normas de carácter *ius cogens* en el apéndice del proyecto de conclusiones de normas de carácter perentorio realizado por la Comisión de Derecho Internacional, solo la prohibición de la agresión y no la prohibición del uso de fuerza está listada, véase Comisión de Derecho Internacional, *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens): Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*, Documento A/CN.4/L.967, 11 de mayo de 2022, p. 6.

²³ Kreß, Claus, “Aggression”, *cit.*, pp. 244–246.

del Estado en lo que respecta a los “crímenes contra la paz”, cuya adjudicación estuvo en el corazón de los juicios de Nuremberg y Tokio después de la Segunda Guerra Mundial.²⁴ Por su parte, el término “crimen de agresión” ha sustituido al de “crímenes contra la paz”, y después de un largo tiempo, se ha incluido una definición de crimen de agresión en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.²⁵ Conforme al propio Estatuto de la Corte, el elemento de conducta del crimen es “un acto de agresión que, por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.²⁶ Esta formulación, que se acordó después de largas y difíciles negociaciones, es mejor interpretarla de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, respecto del cual, el concepto “guerra de agresión” es fundamental.²⁷

Habiendo aclarado así el panorama conceptual, veamos ahora más de cerca el uso de la fuerza por parte de Rusia contra Ucrania a partir del 24 de febrero de 2022. Como justificación legal, Rusia ha invocado que actúa en ejercicio de su derecho a la legítima defensa.

²⁴ “Iniciar una guerra de agresión... no solo es un crimen internacional, es el crimen supremo”. Tribunal Internacional Militar (Nuremberg), “Judgment and Sentences of 1 October 1946”, *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 172 y 186. Sobre los crímenes contra la paz en Nuremberg y Tokio, véase Sellars, Kristen, *Crimes against Peace and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 84–259. Cabe mencionar que el término de “crímenes contra la paz” fue concebido por el soviético Aaron Trainin, experto en derecho internacional, quién era uno de los asesores de Stalin en ese entonces, al respecto véase Hirsch, Francine, *Soviet Judgment at Nuremberg: A New History of the International Military Tribunal after World War II*, Nueva York, Oxford University Press, 2020, pp. 7, 20 y 35–43. También es importante señalar que Rusia tuvo una gran ingerencia en el desarrollo de las leyes de la guerra a finales del siglo XIX y principios del XX, lo que contrasta con su posición actual, véase Riepl, Michael, *Russian Contributions to International Humanitarian Law. A Contrastive Analysis of Russia’s Historical Role and its Current Practice*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.

²⁵ Para un relato detallado, véase McDougall, Carrie, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

²⁶ Para un análisis detallado, véase Kreß, Claus, “The State Conduct Element”, en Kreß, Claus y Barriga, Stefan (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 412 y ss.

²⁷ *Ibidem*, pp. 507–537.

Así, ha dado cumplimiento, de manera poco ortodoxa, con el requisito de presentación de informes, consagrado en la segunda frase del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Rusia invocó su derecho a la legítima defensa adjuntando un discurso pronunciado por el presidente Putin el 24 de febrero de 2022 en una breve carta enviada al Consejo de Seguridad.²⁸ Este discurso es bastante largo,²⁹ pero tan carente de sustancia en términos de derecho internacional que ni siquiera es posible decir con certeza razonable si Rusia invocó el derecho a la legítima defensa de manera individual, colectivo o ambos. Como sea, ni los requisitos para poder ejercer la legítima defensa individual, ni la colectiva, estaban presentes el 24 de febrero de 2022, ni se han actualizado en algún momento posterior.

En su discurso, el presidente de Rusia pasó mucho tiempo articulando un sentimiento ruso de amenaza, supuestamente planteado por Ucrania.³⁰ Sin embargo, el presidente Putin no se acerca, ni siquiera un poco, a presentar un caso viable para acreditar la existencia de un ataque armado inminente por parte de Ucrania en contra de Rusia. Ergo, no es necesario entrar en el complejo debate jurídico sobre el ejercicio preventivo de la legítima defensa en el derecho internacional vigente para concluir que Rusia no estaba en condiciones de invocar su ejercicio individual como una justificación para usar la fuerza.³¹

En el mismo sentido, Rusia tampoco tenía un derecho a la legítima defensa colectiva. La razón más obvia, entre muchas otras, es que sólo los Estados afectados pueden solicitar

²⁸ Carta fechada el 24 de febrero, dirigida al secretario general por el representante permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas, documento S/2022/154.

²⁹ Nußberger, Angelika, "Tabubruch mit Ansage...", *cit.*, pp. 52-58.

³⁰ *Ibidem*, p. 61.

³¹ Friman, Johanna, *Revisiting the Concept of Defence in the Jus ad Bellum: The Dual Face of Defence*, Portland, Hart Publishing, 2017; Schiffbauer, Björn, *Vorbeugende Selbstverteidigung im Völkerrecht. Eine Systematische Ermittlung des Gegenwärtigen Friedenssicherungsrechtlichen Besitzstandes aus Völkerrechtsdogmatisch und Praxisanalytischer Sicht*, Berlín, Duncker and Humblot, 2012. Para un resumen breve del debate, véase Kreß, Claus, "On the Principle of Non-Use of Force in Current International Law", *Just Security*, 30 de septiembre de 2019.

la intervención de terceros Estados en el ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva, y ni Donetsk ni Lugansk califican como tales. El hecho de que el presidente Putin reconociera a las dos llamadas repúblicas populares como “Estados” el 21 de febrero de 2022,³² no conduce a la creación de nuevos Estados de conformidad con el derecho internacional. Más bien, al reclamar la condición de Estado para sus dos regímenes títeres, Rusia ignoró la integridad territorial de Ucrania.³³

Por el contrario, sólo habría existido base para un debate serio si una parte de la población civil al este de Ucrania hubiese sido sometida previamente a violaciones sistemáticas de sus derechos humanos más básicos. Entonces, pero sólo entonces, la cuestión de si el derecho internacional actual, en un caso tan extremo, reconoce un derecho a una “secesión-remedio” mediante el uso de la fuerza y, con ello, un derecho a buscar asistencia militar externa en el ejercicio de este derecho. Estas cuestiones, que surgieron en el caso de Kosovo, siguen siendo muy controversiales.³⁴

Consecuentemente, en su discurso del 24 de febrero de 2022, el presidente Putin trató de evocar un paralelismo con el caso de Kosovo, acusando a Ucrania de cometer genocidio en la región este de su territorio.³⁵ Pero Rusia, a pesar de haber tenido la posibilidad de fundamentar esta acusación antes del 24 de febrero de 2022,³⁶ no hizo ningún intento serio

³² Discurso de Putin del 21 de febrero de 2022, reproducido en *Osteuropa*, vol. 72, 2022, pp. 119 y ss.

³³ “Statement by Members of the International Law Association Committee on the Use of Force”, *Just Security*, 4 de marzo de 2022.

³⁴ La Corte Internacional de Justicia ha aludido, pero ha dejado abierta la cuestión de la “secesión-remedio”, véase Corte Internacional de Justicia, “Opinión sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo”, I.C.J. Reports 2010, párrs. 82-83; también véase Nußberger, Angelika, “Tabubruch mit Ansage...”, *cit.*, p. 59.

³⁵ *Ibidem*, pp. 57-59; Melikov, Anna, *Die Interpretation des Völkerrechtlichen Gewaltverbots und Möglicher Ausnahmen-Russische Doktrin und Praxis*, Berlín, Duncker & Humblot, 2021, pp. 226-228.

³⁶ Para las diversas vías disponibles para Rusia, véase Tomuschat, Christian, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

para ello. De hecho, todos los informes disponibles de observadores internacionales sobre los acontecimientos en esta región revelan que no habría sido posible tal fundamentación. Como es bien sabido, Ucrania reaccionó e instauró procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia, solicitando que la propia Corte declarara que la acusación de genocidio por parte de Rusia era infundada. Como medidas provisionales, la Corte decidió que, por el momento, Rusia debía suspender completamente su uso de la fuerza en Ucrania.³⁷

Por otro lado, Rusia tampoco invocó el derecho de la llamada intervención humanitaria, bajo la cual se permite el uso unilateral de la fuerza. Según la opinión predominante en la doctrina internacional, ese derecho no existe ni siquiera en caso de una catástrofe humanitaria inminente ni como último recurso después de un veto en el Consejo de Seguridad.³⁸ Si bien existen razones para debatir esta opinión, no es necesario hacerlo en este momento, pues para el caso del uso de la fuerza por parte de Rusia en contra de Ucrania, no había ningún elemento que pudiera suponer la existencia de una catástrofe humanitaria o la inminencia de una en la región este de Ucrania.³⁹

³⁷ Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a las acusaciones de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Ucrania vs. Federación de Rusia)*, orden del 16 de marzo de 2022.

³⁸ Para la opinión predominante, véase Rodley, Nigel, "Humanitarian Intervention", en Weller, Marc (ed.), *op. cit.*

³⁹ Tomuschat, Christian, *op. cit.* p. 39.

Las implicaciones de la continua violación a la prohibición del uso de la fuerza por parte de Rusia

Rusia ha violado constantemente la prohibición del uso de la fuerza en contra de Ucrania, si bien esto comenzó en 2014, desde el 24 de febrero de 2022 esta violación ha aumentado dramáticamente, tanto en su intensidad como en su alcance. Imágenes de las terribles consecuencias de esta constante violación para el pueblo de Ucrania nos llegan a diario a través de los medios de comunicación. Además de las consecuencias para el Estado atacado y a su población, la conducta de Rusia también pone en riesgo la estabilidad de la norma internacional vulnerada.

Esto es así ya que, en este caso, la prohibición del uso de la fuerza se ve fundamentalmente cuestionada por la conducta de un miembro permanente del Consejo de Seguridad quién, conforme al artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. En tales circunstancias, existe un peligro particular de que la prohibición del uso de la fuerza se erosione.

Esto trae a colación una vez más el período entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial. Después de 1928, como ya se mencionó, la nueva prohibición de la guerra ganó inmediatamente una amplia aceptación; sin embargo, debe señalarse que después de la pri-

mera gran crisis, resultado de la invasión japonesa a la Manchuria china en 1931,⁴⁰ la reciente prohibición de la guerra se vio sometida a una gran presión con la guerra de agresión de Italia contra Abisinia en 1935.⁴¹ Según Herfried Münkler, un renombrado politólogo, hubiese sido necesaria una reacción internacional firme después de la invasión italiana para salvar a la aún joven prohibición de la guerra de una pérdida de autoridad.⁴² Esta fue también la opinión del defensor alemán en los juicios de Nuremberg contra los mayores criminales de guerra alemanes, Hermann Jahrreiß, un profesor de derecho internacional de Colonia, quien alegó en nombre de toda la defensa —y posiblemente inspirado por Carl Schmitt— que, para 1939, la prohibición de la guerra había perdido su fuerza vinculante debido a la falta de determinación de los Estados para sancionar las violaciones a esa prohibición, mismas que se habían producido en los años anteriores al inicio de las guerras de agresión de Alemania.⁴³

De manera similar, Münkler opina que la prohibición actual del uso de la fuerza ya mostraba signos de erosión antes del 24 de febrero de 2022, dado que aquellos que pudieron hacerlo —como Estados Unidos y China— carecían de voluntad, y aquellos que querían hacerlo —como los Estados europeos— carecían la capacidad para proteger activamente la

⁴⁰ En este caso, incluyendo el problema con el concepto de “guerra” al que dio lugar, véase Lauterpacht, Hersch, “Resort to War” and the Interpretation of the Covenant During the Manchurian Dispute”, *The American Journal of International Law*, vol. 28, 1934, pp. 34 y ss.

⁴¹ Hathaway y Shapiro *op cit.*, pp. 172-174; Wright, Quincy, “The Test of Aggression in the Italo-Ethiopian War”, *The American Journal of International Law*, vol. 30, 1936, pp. 45 y ss.

⁴² Münkler, Herfried, „Das Scheitern der Pariser Friedensordnung. Ein Lehrstück zur Verrechtlichung der internationalen Politik”, en Kreß, Claus (ed.), *Paris 1919-1920: Frieden durch Recht?*, Berlín, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021, p. 85.

⁴³ Juicio de los principales criminales de guerra alemanes ante el Tribunal Internacional Militar, Nuremberg, 14 de noviembre de 1945-1 de octubre de 1946, publicado en Nuremberg, 1948, Texto oficial en alemán, vol. 17, p. 517; para más detalles, véase Hathaway y Shapiro, *op. cit.*, pp. 285-290; Kreß, Claus “Hans Kelsen, Hermann Jahrreiß, Carl Schmitt und die Frage von Krieg und Frieden im Völkerrecht”, en Prütting, Hanns (ed.), *Festschrift 100 Jahre. Rechtswissenschaftliche Fakultät Universität Köln 1919–2019*, Alemania, Otto Schmidt, 2020, pp. 94 y ss.

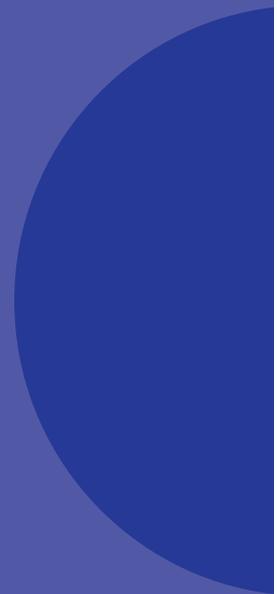
prohibición del uso de la fuerza. Según Münkler, un cambio hacia un *Großraumordnung*, es decir, un orden jurídico internacional marcado por varias esferas de influencia bajo el dominio de una potencia superior se había hecho aparente. En un orden jurídico internacional como este, que resulta comparativamente “delgado o débil”, la prohibición del uso de la fuerza solo aplicaría entre las esferas de influencia, más no dentro de las mismas.⁴⁴ No es descabellado ver el pensamiento estratégico del presidente Putin a través de la lente de esta doctrina del *Großraum*⁴⁵ de una manera que recuerda la visión de Schmitts.⁴⁶ Después del 24 de febrero, Münkler llevó su análisis previo al punto de afirmar: “Ya no se hablará más de una validez global de los valores universales”.⁴⁷

⁴⁴ Münkler, *op. cit.*, p. 91. Sobre alusiones anteriores a las “esferas de influencia” en la práctica de los Estados sobre la prohibición del uso de fuerza, véase Marxsen, Christian *Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch*, Alemania, Mohr Siebeck, 2021, pp. 283-317.

⁴⁵ Para una perspectiva histórica más amplia, véase Koenen, Gerd, “Russland gründlich entzaubert vom Ende eines deutschen Komplexes”, *Osteuropa*, vol. 72, 2022, p. 24.

⁴⁶ Schmitt, Carl, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, 4a. ed., Alemania, Duncker y Humblot, 1941.

⁴⁷ El original dice: “Von einer globalen Geltung universeller Werte wird nicht mehr die Rede sein”. Münkler, Herfried, “Mit politischer Romantik ist niemandem geholfen Postheroische Gesellschaften müssen im Krieg vor allem die Nerven bewahren”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 de marzo de 2022, p. 9.



Consecuencias jurídicas de la violación por parte de Rusia a la prohibición del uso de la fuerza y las reacciones hasta ahora

Münkler subestima la resiliencia de la prohibición del uso de la fuerza en virtud del derecho internacional;⁴⁸ sin embargo, acierta en señalar que actualmente no sólo está en juego el futuro de Ucrania,⁴⁹ sino también el valor autoritativo de la propia prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional. Lamentablemente, violaciones pasadas a la prohibición del uso de la fuerza por Estados “occidentales” han contribuido a la gravedad del desafío actual, destacando el uso ilegal de la fuerza contra Iraq en 2003, esto a pesar de la diferencia general del contexto por parte de Estados Unidos y del Reino Unido, quienes también son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.⁵⁰

El Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas

Por la gravedad de lo anterior, era de vital importancia que desde el interior de la Organización de las Naciones Unidas se mandara una señal fuerte y clara en contra de la violación a la prohibición del uso de la fuerza por parte de la Federación de Rusia. El camino para lograrlo

⁴⁸ Para una primera respuesta a Münkler, véase Kreß, Claus, “Wird das Gewaltverbot gestärkt?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24 de marzo de 2022, p. 7; véase también, Marxsen, *op. cit.*, p. 316.

⁴⁹ Marxen, *op. cit.*, pp. 192-194; Marxsen habla sobre la utilidad de un análisis jurídico de las opiniones proporcionadas por las ciencias políticas.

⁵⁰ Sobre los desafíos más recientes y previos al 24 de febrero de 2022, véase Kreß, Claus, “On the Principle of Non-Use of Force...”, *op. cit.*

era a través del Consejo de Seguridad. Así, el 25 de febrero de 2022 se sometió a votación del Consejo de Seguridad un proyecto de resolución en el que se condenaban las acciones de Rusia:⁵¹ una clara mayoría de 11 miembros del Consejo respaldó este proyecto.⁵² México expuso su posición con particular claridad: “Estamos ante la invasión de un país soberano por parte de otro, lo que representa una flagrante violación al artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y constituye, además, una agresión”.⁵³ China, India y Emiratos Árabes Unidos se abstuvieron; la adopción de la resolución fracasó, como se esperaba, debido a un veto por parte de Rusia.⁵⁴ Noruega fue particularmente franco en su crítica a este veto que claramente perseguía intereses propios: “Un veto emitido por el agresor socava el propósito del Consejo. Las acciones de Rusia afectan directamente a la esencia de la Carta de las Naciones Unidas. Además, en el espíritu de la Carta, como parte en una controversia, Rusia debería haberse abstenido de votar sobre el proyecto de resolución”.⁵⁵

No obstante, nadie en el Consejo de Seguridad ha abordado explícitamente el tema,⁵⁶ recientemente expresado en un escrito académico, de que un veto podría ser legalmente nulo debido a su uso abusivo.⁵⁷ En cambio, el Consejo ha seguido una práctica que se remonta a

⁵¹ Proyecto de resolución sobre la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania en violación de la Carta de las Naciones Unidas, S/2022/155, 25 de febrero de 2022.

⁵² Sesión número 8979 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, discutiendo la Carta con fecha del 28 de febrero de 2014 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Ucrania ante las Naciones Unidas, S/PV.8979, 25 de febrero de 2022, p. 6.

⁵³ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁶ Véase particularmente, Trahan, Jennifer, *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022. Específicamente, respecto al veto Ruso en relación a la guerra en Ucrania, véase Trahan, Jennifer, “Aggression and the Veto”, *Opinio Juris*, 28 de febrero de 2022.

⁵⁷ Sobre la historia de las negociaciones del artículo 27 (3) de la Carta de las Naciones Unidas, véase, Russell, *op. cit.* pp. 531-533 y 944-966; más recientemente Krisch, Nico “The Security Council and the Great Powers”, en

la Guerra de Corea⁵⁸ y, por onceava vez, convocó una sesión especial de emergencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁵⁹ Tal decisión procesal no puede ser vetada.⁶⁰ La Asamblea General adoptó su primera resolución bajo la fórmula Unión pro paz⁶¹ en el curso de su undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia —el 1 de marzo de 2022— por una clara mayoría de dos tercios, con 141 votos a favor, 5 en contra y 35 abstenciones.⁶² En esta resolución, el uso de la fuerza por parte de Rusia se caracteriza como una agresión, de conformidad con el proyecto presentado en el Consejo de Seguridad.⁶³ Si bien la resolución no es jurídicamente vinculante, a través de ella la comunidad internacional ha enviado —y esto es así incluso con 35 abstenciones—⁶⁴ una fuerte señal contra la atroz violación por parte de Rusia a la prohibición del uso de la fuerza.⁶⁵ En su sexta resolución adoptada, la Asamblea General

Lowe, Vaughan *et al.* (eds.), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 135–137. Cabe destacar que poco después del veto de Rusia, la Asamblea General adoptó una resolución obligándose a celebrar un debate sobre la cuestión, señalando que el miembro que emitió el veto debería ser el primero en intervenir. Véase la Resolución aprobada por la Asamblea General el 26 de abril de 2022, sobre el mandato permanente para que se celebre un debate de la Asamblea General cuando se ejerza el derecho de veto en el Consejo de Seguridad, documento A/RES/76/262, 28 de abril de 2022, párrafos operativos 1 y 2.

⁵⁸ Stueck, William, “The United Nations, the Security Council, and the Korean War”, en Lowe, Vaughan *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 265 y ss.

⁵⁹ Resolución 2623 (2022) adoptada por el Consejo de Seguridad en su 8980 sesión, celebrada el 27 de febrero de 2022, S/RES/2623 (2022), 27 de febrero de 2022.

⁶⁰ Véase el artículo 27.2 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁶¹ Para más detalles sobre este punto a la luz de la práctica anterior, véase Zaum, Dominik, “The Uniting for Peace Resolution”, en Lowe, Vaughan *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 154 y ss.

⁶² Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la agresión contra Ucrania, A/ES-11/L.1, 1 de marzo de 2022.

⁶³ *Ibidem*, p. 3, párr. 2.

⁶⁴ 12 Estados eligieron no votar.

⁶⁵ Walter, Christian, “Der Ukraine-Krieg und das wertebasierte Völkerrecht”, *JuristenZeitung*, vol. 77, núm. 10, 2022, p. 475.

reiteró su exigencia de que la Federación de Rusia “retire de inmediato, por completo y sin condiciones todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente”, y pidió que cesen las hostilidades.⁶⁶

Apoyo militar a Ucrania por parte de terceros Estados

La resolución de la Asamblea General fue una señal fuerte, pero que por sí misma es de naturaleza puramente verbal. En contraste, la vulneración a la norma por parte de Rusia se manifiesta de nuevo día a día con más usos de la fuerza. Por tanto, es importante que el trasfondo de la resolución de la Asamblea General no se haya mantenido únicamente como un poderoso mensaje de texto, al contrario, la resolución ha aclarado, con la autoridad especial de este órgano, el fundamento jurídico sobre el cual pueden basarse las reacciones posteriores de otros Estados. En vista de las consideraciones anteriores, esas reacciones son de considerable importancia no sólo para el futuro de Ucrania, sino también para el respeto de la misma prohibición del uso de la fuerza por parte de otros gobiernos en los próximos años. Las reacciones en cuestión incluyen todo el espectro de sanciones no militares. No me extenderé sobre dichas sanciones en este estudio,⁶⁷ sino que me enfocaré en las cuestiones jurídicas relacionadas con la asistencia militar que un número significativo de Estados están prestando a Ucrania. Para los efectos de este estudio, dirigiré mi atención inmediata al caso de Alemania (ya que el documento se basa en un discurso dirigido a una audiencia jurídica alemana), pero, por supuesto, los principios jurídicos subyacentes también son aplicables a otros Estados.

⁶⁶ Resolución adoptada por la Asamblea General el 23 de febrero de 2023, sobre los principios de la Carta de las Naciones Unidas en los que se basa una paz general, justa y duradera en Ucrania, documento A/RES/ES-11/6, 2 de marzo de 2023, párrafo operativo 5.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 478.

Deseo comenzar con una observación preliminar: Alemania tiene derecho a acudir en auxilio de Ucrania usando sus propias fuerzas armadas en ejercicio del derecho de la legítima defensa colectiva, y de hecho —dentro de los límites de la necesidad y la proporcionalidad— ese uso lícito de la fuerza podría llevarse a cabo inclusive dentro del territorio ruso. Por su parte, si Rusia reaccionara a un ejercicio legal del derecho de la legítima defensa colectiva por parte de Alemania, respondiendo con el uso de la fuerza contra objetivos alemanes, esto constituiría una nueva violación rusa a la prohibición del uso de la fuerza.

Si bien esta consideración legal debería ser realmente evidente, lo enfatizo en la forma de esta hipótesis porque muchos políticos alemanes parecían perderlo de vista. En cambio, el debate político alemán se centró en la necesidad de evitar “entrar a la guerra”, es decir, en términos jurídicos, convertirse en una parte del conflicto armado internacional entre la Federación de Rusia y Ucrania.⁶⁸ En ese sentido, el público alemán podría fácilmente ser inducido al error al creer que Alemania actuaría en contra del derecho internacional si se convirtiera en una parte del conflicto armado internacional con la Federación de Rusia y que este último Estado tendría derecho a utilizar la fuerza contra Alemania en respuesta (dejando de lado por un momento la inquietante realidad de que el gobierno ruso ya ha demostrado que está dispuesto a usar la fuerza armada incluso cuando no tiene derecho a hacerlo).

En este punto, debe precisarse que el debate político alemán adolecía de una falta de distinción rigurosa entre el derecho internacional sobre el uso de la fuerza y el derecho internacional de los conflictos armados: obviamente, el derecho internacional de los conflictos armados se aplicaría por igual a Alemania y a Rusia si el primero se convirtiera en parte en el conflicto armado internacional ya referido, lo cual también es cierto si surgiera un conflicto armado internacional de otro modo entre alemanes y rusos. Esto implicaría, por ejemplo, que un soldado ruso que participe en las hostilidades gozaría del privilegio de combatiente y, por

⁶⁸ Para un análisis del debate político en Alemania, véase Bubrowski, Helene, “Wo liegt die Grenze zum Kriegseintritt Deutschlands?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 de mayo de 2022.

tanto, no cometería un crimen de guerra si atacara un objetivo militar alemán, considerando claramente que no debe haber daños civiles excesivos como resultado de ese ataque. Sin embargo, el principio de la justa aplicación del derecho de los conflictos armados internacionales⁶⁹ dejaría completamente intacta la obligación de Rusia de acatar la prohibición del uso de la fuerza. Por tanto, las razones por las que Alemania se rehúsa a utilizar directamente la fuerza en defensa de Ucrania no son de naturaleza *jurídica*, sino *política*, y tanto la honestidad intelectual y política requieren que se diga sin ambigüedades, reconociendo al mismo tiempo la gravedad de la situación en cuestión.

Habiendo hecho esta observación, deseo pasar ahora a la cuestión jurídica más complicada, es decir, a cómo debe explicarse precisamente la legalidad de la asistencia militar de Alemania a Ucrania a través del apoyo logístico y el suministro de armas, dentro del marco jurídico del derecho internacional.

En este aspecto, cabe señalar que Alemania ha decidido no informar sobre su apoyo al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas invocando el derecho de legítima defensa como lo ha hecho en otras ocasiones.⁷⁰ En relación a lo anterior, la segunda frase del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas establece que “Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad”. En todo caso, el requisito de informar al Consejo de Seguridad también se aplicará en caso de ejercer el derecho a la legítima defensa colectiva.⁷¹ Por su parte, el gobierno

⁶⁹ O’Connell, Mary, “Historical Development and Legal Basis”, en Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 4a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2021, p. 20.

⁷⁰ En contraste, véase la notificación de Alemania sobre legítima defensa colectiva a favor de los Estados atacados por el llamado Estado Islámico en la Carta dirigida al presidente del Consejo de Seguridad, por parte de la Misión Permanente de Alemania ante las Naciones Unidas, documento S/2015/946, 10 de diciembre de 2015.

⁷¹ Corte Internacional de Justicia, 1986, *Caso relativo a actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. los Estados Unidos de América)*, I.C.J. Reports 1986, párr. 200.

alemán ha expresado la opinión de que su suministro de armas a Ucrania no implica un ejercicio del derecho de Alemania a la legítima defensa colectiva.⁷²

Esto lleva a la siguiente pregunta ¿en qué momento el apoyo al uso de la fuerza por otro Estado equivale a un uso de la fuerza por el mismo Estado que brinda dicho apoyo? Porque tan pronto como un Estado utilice la fuerza, debe estar en posibilidades de invocar una excepción a la prohibición del uso de la fuerza; sin embargo, si un Estado se limita a ayudar a otro Estado en el uso de la fuerza, esta asistencia es lícita sin necesidad de invocar una excepción, siempre que el propio uso de la fuerza respaldado sea lícito, es decir, sea en ejercicio del derecho de legítima defensa.

La delimitación en cuestión no es muy clara. En su primera sentencia histórica sobre la prohibición del uso de la fuerza en el *caso Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia caracterizó el suministro de armas de Estados Unidos a los rebeldes Contra, quienes entablaron un conflicto armado no internacional en Nicaragua y contra el mismo Estado, como un uso de la fuerza por parte de Estados Unidos.⁷³ En tales casos, a menudo se hace referencia a un uso *indirecto* de la fuerza. En el *caso Nicaragua*, sin embargo, era el de una entrega de armas por un Estado a actores no estatales. Por otro lado, la práctica en cuanto al apoyo militar interestatal ha sido más mesurada al calificar la conducta de los Estados que brindan apoyo como un uso indirecto de la fuerza, lo que se reafirma en el contexto de la guerra de Ucrania.⁷⁴ Por tanto,

⁷² Según Susanne Bauman, la secretaria de Asuntos Exteriores de Alemania, la situación jurídica es la siguiente: el gobierno federal y sus aliados están apoyando a Ucrania mediante el suministro de armas para el ejercicio de su derecho de legítima defensa en contra de Rusia y su guerra de agresión. Esta asistencia no pasa el umbral de un ejercicio del derecho colectivo de legítima defensa.

⁷³ Corte Internacional de Justicia, *caso de Nicaragua*, *cit.*, párr. 228; Kreß, Claus, “The International Court of Justice...”, *cit.*, p. 574.

⁷⁴ Esto se refleja con particular claridad a partir de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 24 de octubre de 1970, sobre la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas,

es legalmente acertado caracterizar el apoyo que Alemania actualmente brinda a Ucrania como apoyo y asistencia legal para el ejercicio de su derecho de legítima defensa.

Sin embargo, esto no resuelve la cuestión relativa a que Alemania debe adherirse al requisito de presentación de informes previsto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Esto es así porque también hay que preguntarse si el apoyo y la asistencia militar de Alemania a Ucrania son compatibles con la Ley de Neutralidad.⁷⁵ Esta cuestión se plantea precisamente por el hecho de que Alemania *no* se ha convertido, como resultado de su asistencia militar a Ucrania, en parte del conflicto armado internacional.⁷⁶ Consecuentemente, esto podría significar que Alemania está obligada por la Ley de Neutralidad a *no* suministrar armas a ninguna de las partes en el conflicto.⁷⁷

Si este fuera el caso, Alemania necesitaría una excepción especial sobre la cual fundamentar su conducta, al incumplir con sus deberes de neutralidad. La excepción más directa en cuestión parecería ser el derecho de legítima defensa colectiva, el cual justificará, incluso, el uso de las fuerzas armadas alemanas en defensa de Ucrania (visto desde la perspectiva estrecha del artículo 51), entonces, *a fortiori*, el mismo derecho de legítima defensa colectiva debería proporcionar a Alemania una excepción de su deber *prima facie* derivado de la Ley de Neutralidad, a fin de poder proporcionar armas a Ucrania para que este se defienda. Sin embargo,

documento A/RES/2625 (XXV). En ella, se discute el uso indirecto de la fuerza, en forma de apoyo a actores no estatales, lo cual no tiene contraparte en los casos de asistencia militar inter-estatal.

⁷⁵ Sobre la Ley de Neutralidad, véase Bothe, Michael "The Law of Neutrality", en Dieter, Fleck (ed.), *op. cit.*, pp. 602 y ss.

⁷⁶ Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, "Rechtsfragen der militärischen Unterstützung der Ukraine durch NATO-Staaten zwischen Neutralität und Konfliktteilnahme", WD 2 - 3000 - 019/22, p. 4; también véase Wentker, Alexander, "At War: When do States Supporting Ukraine become Parties to the Conflict and What Would that Mean?", *EJIL:Talk!*, 14 de marzo de 2022.

⁷⁷ Para una visión general de las cuestiones relevantes, véase Von Heinegg, Wolff Heintschel, "Neutrality in the War against Ukraine", *Articles of War*, 1 de marzo de 2022.

tal argumento no es compatible con la decisión de Alemania de no informar al Consejo de Seguridad sobre las medidas tomadas en ejercicio del derecho a la legítima defensa colectiva, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas,⁷⁸ pues se retornaría al requisito de la presentación de informes.

Alternativamente, podría considerarse la posibilidad de caracterizar las entregas de armas por parte de Alemania como una contramedida colectiva (o represalia) a fin de superar el obstáculo jurídico *prima facie* resultante de la Ley de Neutralidad. Sin embargo, la existencia de un derecho general a adoptar contramedidas colectivas, en caso de una violación a una obligación *erga omnes* es muy controversial,⁷⁹ pero podría argumentarse que debería existir tal derecho, al menos en el caso de la prohibición del uso de la fuerza, cuando una violación permite ejercer el derecho a usar la fuerza colectivamente. Por tanto, este argumento no incluiría una referencia directa al derecho de legítima defensa colectiva, sino que le atribuiría un “efecto irradiador” a este derecho, permitiendo el ejercicio del derecho conexo a adoptar contramedidas colectivas. Este es, sin duda, un argumento que valdría la pena considerar de cerca.

Empero, en última instancia, no hay necesidad de fundamentar la conducta de Alemania en el derecho de ejercer la legítima defensa colectiva o de adoptar contramedidas colectivas. De hecho, hay una forma más directa de mostrar por qué la entrega de armas

⁷⁸ Uno podría considerar una línea de razonamiento al efecto de que el Consejo de Seguridad no deba ser notificado sobre todo ejercicio del derecho de la legítima defensa colectiva, sino únicamente de aquellos que involucren el uso de fuerza por el Estado que reporta. Sin embargo, sería difícil encuadrar dicho argumento con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁷⁹ En el contexto de su labor sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión de Derecho Internacional ha dejado abierta la pregunta sobre si terceros Estados que no se ven directamente afectados por una violación a una obligación de carácter *erga omnes* tienen el derecho de adoptar contramedidas; el artículo 54 de dichos artículos está redactado como un compromiso dilatorio que ha sido acompañado por la mención de que el estado del derecho internacional consuetudinario es “incierto”. Véase, Comisión de Derecho Internacional, “Texto del proyecto y artículos con sus comentarios”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 2001.

de Alemania a Ucrania no viola su deber de neutralidad.⁸⁰ En el derecho internacional contemporáneo, el requisito tradicional en virtud de la Ley de Neutralidad, el de abstenerse de prestar asistencia militar, no es aplicable a la víctima de la agresión que ha optado por ejercer su derecho a la legítima defensa individual. La razón de esto es la siguiente: la prohibición estrictamente simétrica del apoyo militar a los beligerantes bajo la ley clásica de neutralidad surgió incluso antes de la prohibición de la guerra en 1928, es decir, en un momento en que el derecho internacional no contenía una prohibición comprensiva y, en cambio, tenía la ambición mucho más modesta de limitar el sufrimiento en la guerra a través de las leyes de la guerra, el *ius in bello*. Dentro de este universo jurídico, la Ley de Neutralidad estaba situada en la interfaz entre el derecho de la guerra y el derecho de la paz. Su función era proporcionar un incentivo normativo contra una ampliación del teatro bélico. Inclusive, resulta bastante incierto si la Ley de Neutralidad sigue sirviendo un propósito útil, considerando el *ius contra bellum* existente.⁸¹

Sin embargo, no se profundizará más sobre la utilidad de la Ley de Neutralidad a fin de poder seguir con el propósito de la discusión actual, ya que no cabe duda razonable de que el viejo objetivo de dicha ley, a saber, el confinamiento territorial de las hostilidades, ya no puede pretender una prioridad primordial, pues el derecho internacional ha evolucionado de manera que incluye un *ius contra bellum*.

⁸⁰ Talmon, Stefan, "The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: The Case of Ukraine", *Bonn Research Papers on Public International Law*, núm. 20/2022, 6 de abril de 2022, pp. 8-20; Hathaway, Oona y Shapiro, Scott, "Supplying Arms to Ukraine is not an Act of War", *Just Security*, 12 de marzo de 2022; Goodman, Ryan y Hathaway, Oona, "Why China Giving Military Aid to Russia Would Violate International Law", *Just Security*, 17 de marzo de 2022.

⁸¹ De conformidad con la opinión predominante, este es el caso; véase Von Heinegg, Wolff Heintschel, "Wider die Mär vom Tod des Neutralitätsrechts", en Fischer, Horst *et al.* (eds.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz—Festschrift für Dieter Fleck*, Alemania, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 221 y ss. Sobre el debate actual, véase Pedrozo, Raul (Pete), "Ukraine Symposium. Is the Law of Neutrality Dead?", *Articles of War*, 31 de mayo de 2022.

El cambio normativo fundamental fue claramente apreciado en 1932 por el entonces secretario de Estado de Estados Unidos, Henry Stimson. Se refirió a los Estados que violan la, entonces nueva, Ley contra la Guerra, y dijo: “Ya no trazamos un círculo a su alrededor ni los tratamos con el formalismo del código del duelista. En cambio, los denunciamos como infractores a la ley”.⁸²

El objetivo principal del derecho internacional contemporáneo en materia de paz y seguridad es el de prevenir el estallido de la guerra y, en caso de un ataque armado ilícito, proteger a la víctima de ese ataque. Dentro de esta lógica, debe haber un gran interés en garantizar que su piedra angular, la prohibición del uso de la fuerza, no esté sujeta a erosión. Todas estas consideraciones están a favor de eliminar la obligación tradicional de neutralidad de no entregar armas en beneficio de un Estado que ejerza su derecho de legítima defensa individual. Esta situación jurídica normativamente coherente debe lograrse mediante una integración sistemática de la prohibición del uso de la fuerza en la Ley de Neutralidad previamente establecida, sustituyendo, al menos parcialmente, a esta última.

Con respecto a la postura de Alemania sobre la guerra de Ucrania, se habla ampliamente de “no beligerancia”, en lugar de neutralidad.⁸³ El término “no beligerancia” se remonta a la posición que Estados Unidos tomó (por un tiempo) durante la Segunda Guerra Mundial antes de entrar en ella.⁸⁴ Durante este período de tiempo, Gran Bretaña recibió un apoyo masivo, pero justo por debajo del umbral necesario para entrar en la guerra. También en ese caso se planteó la cuestión de la compatibilidad con la Ley de Neutralidad. El entonces fiscal general de Estados Unidos, Robert Jackson, quién había buscado el consejo de Hersch Lauterpacht, justificó, esencialmente, la legalidad de la conducta de su país, de la misma manera en que se ha explicado en este estudio la legalidad de la asistencia militar de Alemania a Ucrania.

⁸² Stimson, Henry L., “The Pact of Paris: Three Years of Development”, *Foreign Affairs*, vol. 11, núm. 1, 1932.

⁸³ Véase, por ejemplo, Walter, *op. cit.*, p. 478.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Hathaway, Oona y Shapiro, Scott, *The Internationalist...*, *cit.*, pp. 168–179.

Sin embargo, cabe destacar que las consideraciones jurídicas pertinentes no se desprenden del término “no beligerancia”. Uno puede, por supuesto, usar el término, pero en tal caso, este concepto no hace más que articular el resultado de un argumento legal en lugar de darle forma. Para terminar con esta parte del análisis, cabe mencionar que la ley que Estados Unidos aprobó en apoyo de Gran Bretaña durante la Segunda Guerra Mundial se llamó “Ley de Préstamo y Arriendo”. Por su parte, la ley del 9 de mayo de 2022 sobre asistencia militar a Ucrania se denomina “Ley de Préstamo y Arriendo para la Defensa de la Democracia de Ucrania”.⁸⁵ La historia tiene una larga memoria.

Cuestiones de responsabilidad por virtud del derecho internacional

En cuanto a las consecuencias jurídicas que se examinarán en este apartado, actualmente no se tiene claridad si estas tendrán efectos prácticos en el futuro. Las dos principales cuestiones jurídicas son la responsabilidad internacional de la Federación de Rusia por la agresión, así como la responsabilidad penal individual de los dirigentes rusos que resulten responsables por el crimen de agresión.

Responsabilidad internacional de la Federación de Rusia

Los tratados de paz celebrados en París, después de la Primera Guerra Mundial, marcan la transición jurídica de la práctica de pagar un tributo de guerra a cargo del Estado derrotado, al surgimiento de una obligación internacional de otorgar reparaciones por parte del Estado agresor, aclarando que en la Conferencia de Paz, de París, esta transición comenzó

⁸⁵ Ley de Préstamo y Arriendo para la Defensa de la Democracia de Ucrania, Ley Pública 117–118, 136 STAT 1184, 9 de mayo de 2022.

parcialmente *avant la lettre*.⁸⁶ Desde entonces, la práctica de los Estados en esta cuestión se ha limitado a los casos de guerra de agresión de Alemania en la Segunda Guerra Mundial, la invasión de Iraq a Kuwait en 1990; así como las guerras entre Eritrea y Etiopía, y entre Uganda y la República Democrática del Congo, estas últimas a finales del siglo pasado.⁸⁷ Aunque la práctica no es muy densa, confirma suficientemente que en el derecho internacional consuetudinario existe la obligación de reparación por parte de un Estado que viola la prohibición del uso de la fuerza.⁸⁸

La cuestión jurídica más compleja consiste en determinar el alcance preciso del deber de reparación en cuestión. No debe ser motivo de duda el hecho de que Ucrania tiene el derecho a reclamar los gastos incurridos como resultado de su ejercicio del derecho de legítima defensa, en la medida en que lo haya llevado a cabo de conformidad con el derecho internacional humanitario.⁸⁹ No está tan claro si otros Estados pueden reclamar también los gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia militar prestada a Ucrania. La Comisión de Indemnización creada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para resolver las reclamaciones tras la agresión de Iraq contra Kuwait rechazó la elegibilidad de los costos de guerra incurridos por los aliados en el curso de su operación militar para repeler la agresión iraquí, pero sin dar ninguna razón legal para ello.⁹⁰

Otra cuestión jurídica de gran dificultad es si los países que han aceptado refugiados de Ucrania pueden reclamar una indemnización por los fondos públicos utilizados para el aloja-

⁸⁶ Günnewig, Elisabeth, *Schadensersatz wegen der Verletzung des Gewaltverbotes als Element eines ius Exponere Bellum*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019, pp. 75–134.

⁸⁷ Esta práctica es descrita por Günnewig en su texto citado. También véase, Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*. Sentencia del 9 de febrero de 2022.

⁸⁸ Günnewig, *op. cit.*, p. 415.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 386.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 264 y 389.

miento de esas personas.⁹¹ Cabe señalar que en la práctica subsecuente a la invasión ilegal de Kuwait por Iraq pueden identificarse indicios que apuntan en la dirección de esa posibilidad.⁹² Sin embargo, también debe considerarse que otras normas jurídicas internacionales primarias de conducta, distintas de la prohibición del uso de la fuerza, proporcionan a otros Estados una base jurídica para la indemnización en cuestión.⁹³

De conformidad con las consideraciones previas, la Asamblea General, en su quinta resolución adoptada bajo la fórmula Unión pro paz, durante el undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia, reconoció que

...la Federación de Rusia... debe asumir las consecuencias jurídicas de todos los hechos internacionalmente ilícitos que cometa, en particular la reparación por todo perjuicio, incluidos los daños, que se deriven de tales hechos [y] la necesidad de que se establezca, en cooperación con Ucrania, un mecanismo internacional para la reparación de los daños, las pérdidas y los perjuicios que se deriven de los hechos internacionalmente ilícitos que cometa la Federación de Rusia en Ucrania o contra Ucrania.

⁹¹ Tomuschat, *op. cit.*, p. 41.

⁹² Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, Informe y recomendaciones formuladas por el grupo de comisionados relativo a la primera serie de reclamaciones por parte de gobiernos y organizaciones internacionales, documento S/AC.26/1997/6, 18 de diciembre de 1997, p. 23.

⁹³ Véase por ejemplo, Tomuschat, Christian, "State Responsibility and the Country of Origin", en Gowlland-Debbas, Vera (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Legal Issues*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996; Garry, Hannah R., "The Right to Compensation and Refugee Flows: A Preventative Mechanism in International Law?", *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, 1998, pp. 103-106; Czaplirński, Wladyslaw y Šturma, Pavel, "La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 40, 1994, pp. 160-162; Bergsmo, Morten y Akhavan, Payam, "The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States", *Nordic Journal of International Law*, vol. 3, 1989; Lee, Luke T., "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *The American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 553-560.

...

[Se recomienda] que los Estados Miembros, en cooperación con Ucrania, creen un registro internacional de daños para registrar, en forma documental, pruebas e información sobre alegaciones en relación con los daños, las pérdidas y los perjuicios causados a todas las personas físicas y jurídicas afectadas, así como al Estado de Ucrania, por los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por la Federación de Rusia en Ucrania o contra Ucrania, así como para promover y coordinar la recopilación de pruebas.⁹⁴

Responsabilidad penal individual

Mientras que la obligación de reparar se centra en los intereses del Estado lesionado, la responsabilidad penal individual está mayormente enfocada a estabilizar la norma primaria de conducta internacional que fue violada, esto según Robert Jackson, de quien ya hablamos un poco antes y expresó enfáticamente esta política en su papel de fiscal general de Estados Unidos en el histórico juicio de Nuremberg en contra los principales criminales de guerra de Alemania. Hermann Jahrreiß, de quién también hablamos anteriormente, invocó como defensa el colapso completo de la prohibición de la guerra a raíz de la Guerra de Abisinia; luego el propio Jackson atestiguó la resistencia de la prohibición de la guerra, pero al mismo tiempo la necesidad urgente de su reafirmación después de haber sido desafiada de manera fundamental. Él exclamó:

El paso definitivo para evitar guerras periódicas, que son inevitables en un sistema de anarquía internacional, es hacer que los agentes del Estado sean responsables

⁹⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General el 14 de noviembre de 2022 sobre la promoción de vías de recurso y reparaciones por la agresión contra Ucrania, documento A/RES/ES-11/5, 15 de noviembre de 2022, párrs. 2, 3, y 4.

ante la ley. Y permítanme dejar en claro que, si bien esto se aplica primero contra los agresores alemanes, la ley incluye, y si ha de servir a un propósito útil debe condenar, la agresión de otras naciones, incluyendo aquellas que ahora se sientan aquí juzgando.⁹⁵

“Incluyendo a aquellas que ahora se sientan aquí juzgando”. Palabras que fueron el final de este mensaje que resuena particularmente fuerte en vista de la actual guerra de agresión rusa en contra de Ucrania. Como parte de los desafíos y tribulaciones del desarrollo histórico del derecho penal internacional, no solo Rusia, sino también, y no con menor relevancia, Estados Unidos, han contribuido al hecho de que el cumplimiento de la promesa de Nuremberg ahora presente dificultades fácticas y jurídicas para el caso de la guerra en Ucrania.

Desde la perspectiva del derecho penal internacional, hay una cuestión sobre la cual no hay la menor duda: el presidente Putin está bajo sospecha de haber cometido un crimen de agresión.⁹⁶ Esto se debe a que el uso de la fuerza por parte de Rusia contra Ucrania constituye un acto de agresión que, por sus características, gravedad y escala, constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 8 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, por el momento, la Corte está impedida para ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión, la cual se activó apenas el 17 de julio de 2018,⁹⁷ debido a

⁹⁵ Véase Schabas, William, *The Trial of Major German War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany*, Nueva York, Hein & Co., 2001, p. 45.

⁹⁶ Para ver dos modelos de cargos hipotéticos, véase Goodman, Ryan y Hamilton, Rebecca, “Model Indictment for Crime of Aggression against Ukraine: Prosecutor v. Vladimir Putin”, *Just Security*, 14 de marzo de 2022; Open Society Justice Initiative, *Model Indictment for the Crime of Aggression Committed against Ukraine*, mayo de 2022.

⁹⁷ El último paso requerido para esto fue la adopción de la resolución de activación (Res. ICC-ASP/16/Res.5) por la Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional el 14 de diciembre de 2017; también véase Kreß, Claus “On the Activation of ICC’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, 2018.

que la Federación de Rusia aún no se ha adherido al Estatuto de Roma, y en caso de un acto de agresión por parte de un Estado que no es parte en el Estatuto, la Corte solo puede actuar si el Consejo de Seguridad le remite la situación en cuestión.⁹⁸

Durante las negociaciones, Estados Unidos fue uno de los Estados que insistieron en un régimen de jurisdicción más restrictivo para el crimen de agresión, en comparación al que existe para los otros crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción.⁹⁹ Otra lamentable ironía de la historia del derecho penal internacional es que Francia y Gran Bretaña, que fueron los primeros en solicitar enérgicamente la criminalización internacional de la guerra de agresión después de la Primera Guerra Mundial, ahora son los dos Estados parte más escépticos de la Corte Penal Internacional en la actualidad.¹⁰⁰ Sin embargo, la historia del derecho penal internacional no carece de giros sorprendentes y los avances significativos se han cristalizado con mayor frecuencia en coyunturas históricas. Por tanto, no es de extrañar que actualmente estemos presenciando una intensificación del debate internacional sobre el establecimiento de un Tribunal Internacional Especial para el crimen de agresión¹⁰¹ que pueda cerrar la brecha jurisdiccional en el caso de la agresión actual de Rusia,

⁹⁸ Véase el artículo 15 bis, párrafos 4 y 5, del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Para la declaración de mérito por parte del fiscal de la Corte, véase el *Statement of the ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine*, del 25 de febrero de 2022.

⁹⁹ Kreß, Claus y Von Holzendorff, Leonie, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 5, 2010, pp. 1194–1199, 1201–1204, 1207–1210 y 1215.

¹⁰⁰ Kreß, Claus, "On the Activation of the ICC's Jurisdiction...", *cit.* pp. 276–285.

¹⁰¹ Justo antes de completar el trabajo de este artículo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa notó con interés la propuesta de Ucrania para establecer un tribunal penal especial *ad hoc* para el crimen de agresión en su contra, véase, Consejo de Europa, "Consequences of the Aggression of the Russian Federation against Ukraine", C/M/Del/Dec(2022)/1442/2.3, 15 de septiembre de 2022; en cuanto a previas expresiones con apoyo de asambleas parlamentarias, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, "Consequences of the Russian Federation's Continued Aggression against Ukraine: Role and Response of the Council of Europe", Res. 2433(2022); Parlamento Europeo, "The Fight against Impunity for War Crimes in Ukraine", resolución del 19 de mayo de 2022, P9_TA(2022)0218; Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, Parliamentary

lo cual ocurre en paralelo con propuestas y llamados a mejoras del Estatuto de la Corte Penal Internacional a fin de armonizar más las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la misma sobre el crimen de agresión, dotándola de una orientación universal.¹⁰²

Tratado de paz o cese de hostilidades

Al momento de escribir este artículo resulta incierto si la guerra terminará con la negociación de la paz. Este análisis legal pretende dejar abierta la cuestión sobre si la conclusión de la guerra a través de un tratado de paz con el gobierno ruso sigue siendo un objetivo políticamente viable, o si no se debe perseguir nada más que un alto el fuego mientras el presidente Putin esté en el poder.¹⁰³ En cambio, el objetivo de esta discusión se centra en los obstáculos que surgirían en el caso de que se celebre un tratado de paz, pues estos están estrechamente relacionados con la prohibición del uso de la fuerza.

De conformidad con el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado cuya celebración haya sido obtenida mediante la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios del derecho internacional incorporados en la Carta de

Assembly, Resolution on the Russian Federation's War of Aggression Against Ukraine and its People, and its Threat to Security Across the Region, 29 Session Annual, Birmingham, 2-6 de julio de 2022. Para análisis académicos, véase Dannenbaum, Tom, "Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia's Aggression against Ukraine", *Just Security*, 10 de marzo de 2022; Hathaway, Oona, "A Crime in Search of a Court. How to Hold Russia Accountable", *Foreign Affairs*, 19 de mayo de 2022; Ukraine Task Force of the Global Accountability Network, Proposal for a Resolution by the United Nations General Assembly & Accompanying Proposal for a Statute of a Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression, 7 de septiembre de 2022.

¹⁰² Kreß, Claus; Hobe, Stephan y Nußberger, Angelika, "The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to Fill the Gaps in the International Legal System", *Just Security*, 23 de enero de 2023.

¹⁰³ Véase Graf Kielmansegg, Peter, "Putins Krieg", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de abril de 2022, p. 7.

las Naciones Unidas es nulo,¹⁰⁴ además, esto refleja derecho internacional consuetudinario.¹⁰⁵ En consecuencia, cualquier ganancia territorial en favor de Rusia del territorio de Ucrania no podría ser válida con base en un tratado de paz, mientras las fuerzas armadas rusas ocupen militarmente dichos territorios, o si la reanudación de las hostilidades se cierne sobre Ucrania como la espada de Damocles. La única posibilidad que podría considerarse para superar la limitación planteada por el artículo 52 de la Convención de Viena sería una resolución adoptada por el Consejo de Seguridad, en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que avale un tratado de paz. Empero, considerando la gran importancia de la prohibición del uso de la fuerza, la aprobación de una resolución como ésta sería un paso sumamente precario en términos de política internacional.

Sin embargo, se puede argumentar que tal curso de acción estaría dentro de las facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, toda vez que el artículo 52 de la Convención de Viena no parece formar parte del derecho internacional perentorio, o *ius cogens*, el cual es vinculante también para el Consejo de Seguridad cuando actúa en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Consecuentemente, podría decirse que el Consejo de Seguridad estaría facultado, dentro del marco normativo que le otorga amplios poderes discrecionales, para adherirse a una posible solicitud formulada por Ucrania para firmar un tratado de paz con Rusia que incluya concesiones territoriales al agresor; ello, a fin de evitar un mayor número de víctimas.

A esta conclusión tentativa se arribó crucialmente advirtiendo que el Consejo de Seguridad podría “adherirse a una posible solicitud formulada por Ucrania” ¿Podría el Consejo ir un paso más allá y ordenar el cese de las hostilidades, incluso en contra de los deseos de Ucrania, tal vez por temor a que la guerra escale incontrolablemente en más territorios? En

¹⁰⁴ Así lo expresa Kirsten Schmalenbach, en Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2a. ed., Alemania, Springer, 2018.

¹⁰⁵ *Idem*.

cualquier caso, el Consejo tendría prohibido entregar una parte del territorio nacional ucraniano al agresor ruso, al menos de conformidad con el contexto fáctico que persiste al momento de redactar este artículo. Lo anterior resulta evidente debido a la función “policial” del Consejo de Seguridad, la cual está dirigida a prevenir el peligro, mas no incluye la solución permanente de disputas territoriales.

Asimismo, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, todo Estado tiene el deber de no reconocer la adquisición de territorio por la fuerza. En este punto, el legado de Henry Stimson resuena nuevamente, ya que el citado deber surgió de la llamada Doctrina Stimson, que el entonces secretario de Estado de Estados Unidos anunció después del primer desafío real a la prohibición de la guerra, es decir, la invasión de Japón a la Manchuria China en 1931.¹⁰⁶

Consecuentemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuarta resolución adoptada bajo la fórmula Unión pro paz, durante el undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia, reafirmó:

...el principio del derecho internacional consuetudinario... de que no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza [y exhortó] a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados de las Naciones Unidas a que no reconozcan ninguna modificación del estatuto de alguna de las regiones ucranianas de Donetsk, Khersón, Luhansk o Zaporizhzhia o de todas ellas que haga la Federación de Rusia, y a que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Hathaway y Shapiro, *The internationalists...*, cit., pp. 166–168.

¹⁰⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General del 7 de abril de 2022, sobre la integridad territorial de Ucrania: defensa de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, documento A/RES/ES-11/4, 13 de octubre de 2022, párrafo 2 del preámbulo y párrafo operativo 4.

Hay mucho que decir para otorgarle el carácter perentorio a esta obligación de no reconocimiento respecto a la adquisición de territorios como resultado de un acto de agresión.¹⁰⁸ Si este es el caso, el deber de no reconocer las adquisiciones de territorio como resultado de un acto de agresión tampoco puede ser ignorado por el Consejo de Seguridad.

Esto deja sin resolver la cuestión sobre si el Consejo de Seguridad estaría facultado para indicar tanto a la Federación de Rusia como a Ucrania, a que firmen un acuerdo de cese al fuego vinculante para ambos, congelando temporalmente cualquier ganancia territorial que en ese momento ostente Rusia, pero manteniendo abierta cualquier disputa sobre el estatus de los territorios.

No obstante, una orden de esta índole por parte del Consejo de Seguridad restringiría gravemente el derecho a la legítima defensa de Ucrania. Esto cobra mayor relevancia ya que, de conformidad con el derecho internacional vigente, se podría argumentar que un acuerdo de cese de hostilidades, como el aquí planteado, obtendría una protección en virtud de la propia prohibición del uso de la fuerza después de que haya transcurrido cierto tiempo.¹⁰⁹ En ese sentido, ¿podría el Consejo de Seguridad restringir el derecho de Ucrania a ejercer su derecho a la legítima defensa de esta manera, a pesar de que este derecho se describe en la Carta de las Naciones Unidas como un derecho inmanente de cada Estado? La primera frase del artículo 51 de la Carta establece lo siguiente sobre la relación entre el derecho a la legítima defensa y la facultad del Consejo de adoptar medidas de seguridad colectivas:

¹⁰⁸ Comisión de Derecho Internacional, *Normas imperativas de derecho internacional...*, cit. El párrafo 2 de la conclusión 19 sobre las normas imperativas de derecho internacional parece dejar la pregunta abierta.

¹⁰⁹ Este punto se volvió relevante en la guerra de 2020 entre Azerbaiyán y Armenia por Nagorno-Karabaj, al respecto véase Ruys, Tom y Rodríguez Silvestre, Felipe, "Military Action to Recover Occupied Land: Lawful Self-Defense or Prohibited Use of Force? The 2020 Nagorno-Karabakh Conflict Revisited", *International Law Studies*, vol. 97, 2021, p. 682.

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, *hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales*" (sin cursivas en el original, son para añadir énfasis).

¿El concepto de "paz y seguridad internacionales" debería entenderse de tal manera que las medidas adoptadas para servir a este objetivo puedan entrar en conflicto con el ejercicio del derecho a la legítima defensa? Una discusión más exhaustiva a esta pregunta fue presentada por Nico Krisch. Él argumenta que la Carta de las Naciones Unidas no adopta una posición específica respecto a esta pregunta, y deduce que nada impide que el Consejo de Seguridad subordine el derecho de los Estados a ejercer efectivamente una legítima defensa, al interés de la comunidad internacional en evitar que un conflicto armado escale.¹¹⁰ El análisis de Krisch es muy circunspecto,¹¹¹ pero su conclusión es dudosa. Sin embargo, se puede estar de acuerdo con él en un punto: asumiendo que el Consejo de Seguridad tiene esta facultad, ni siquiera debería considerar usarla, excepto en casos extremos. Ello, ya que cualquier otra aproximación, en las adecuadas palabras de Krisch, puede resultar en una política de apaciguamiento como norma, alentando a los agresores y debilitando considerablemente la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional.¹¹²

¹¹⁰ Krisch, Nico, *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, Alemania, Springer, 2001, pp. 395–397; también véase Graf Kielmansegg, Sebastian, "An der Nahtstelle der Friedensordnung—Bedeutung und Grenzen des Selbstverteidigungsrechts im System der kollektiven Sicherheit", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 50, 2012, p. 298. Sebastian le atribuye un mayor peso al derecho de la legítima defensa en comparación con Krisch.

¹¹¹ Krisch, Nico, *Selbstverteidigung...*, *cit.*, pp. 243–272.

¹¹² *Ibidem*, p. 397.

Observaciones finales

Hersch Lauterpacht alguna vez señaló que, en atención al encuentro, frecuente y particularmente tenso y no mediado entre la norma y el poder, el derecho internacional se encuentra en un punto de fuga del derecho.¹¹³ En ese sentido, la prohibición del uso de la fuerza, el derecho a la legítima defensa y el sistema de seguridad colectiva contemplado en la Carta de las Naciones Unidas se encuentran en un punto de fuga del propio derecho internacional.¹¹⁴ La guerra de agresión en Ucrania, desatada por un Estado permanente con derecho de veto y que además es una potencia nuclear, demuestran la realidad de lo anterior. Sin embargo, al mismo tiempo, la prohibición del uso de la fuerza, recordando a Kelsen, es indispensable para tener un orden jurídico universal que proteja a todos los Estados, con independencia de

¹¹³ Lauterpacht, Hersch, "The Problem of Revision of the Law of War", *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, p. 382.

¹¹⁴ El mismo Lauterpacht solo había arribado a esta conclusión respecto al *ius in bello*; sus famosas palabras dicen que "Si el derecho internacional es, en cierto modo, el punto de fuga del derecho, el derecho de la guerra está, quizá aún más patentemente, en el punto de fuga del derecho internacional". Sin embargo, solo debe recordarse la frase del exsecretario de Estado Dean Acheson, durante la crisis de los misiles en Cuba, para reconocer que la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional, en conjunto con el derecho internacional de los conflictos armados, se encuentra en un punto de fuga del derecho internacional en el sentido del texto. Acheson señaló que "el poder, la posición y el prestigio de Estados Unidos había sido desafiada por otro Estado, y que la ley simplemente no aborda dichas cuestiones de poder absoluto, poder que deriva de fuentes de soberanía". Wright, Quincy; Chayes, Abram y Acheson, Dean, "The Cuban Quarantine", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 57, 1963, p. 14.

su fuerza. Por ello, en el frágil panorama actual, es necesario estabilizar los límites legales y políticos que la prohibición del uso de la fuerza demarca para el ejercicio del poder del Estado en sus relaciones internacionales. De lo contrario, existiría un riesgo real —y en esa medida la predicción de Münkler debería tomarse como una advertencia seria— de que el orden jurídico internacional pudiera sufrir un cambio hacia un *Großraumordnung* que de alguna manera recuerde el pensamiento de Schmitt. En todo estudio jurídico no se puede más que discutir para aclarar los límites de la norma, y una vez definidos, determinar los instrumentos disponibles para fortalecer ese límite. Sin embargo, el uso de estos instrumentos queda en las manos de los políticos.

En este punto, me permito una breve reflexión final en términos de la política jurídica internacional.

Ucrania ha tomado la decisión de defender su estatus como Estado, su integridad territorial y su modo de vida. Por supuesto, si hubiese tomado una decisión distinta, el derecho internacional habría proporcionado los instrumentos requeridos para afirmar la validez de la prohibición del uso de la fuerza y reclamar su violación. No obstante, lo cierto es que Ucrania, al defenderse valientemente, también le presta al mundo entero un servicio en la medida en que contribuye a la resiliencia de la prohibición del uso de la fuerza en estos momentos críticos. La situación se mantiene dramática, tanto para Ucrania como para el futuro de la prohibición del uso de la fuerza. Rusia continúa su guerra de agresión con una fuerza brutal. China e India mantienen una posición pasiva en lugar de adoptar una posición firme al lado de Ucrania y en defensa del derecho internacional vigente. Por otro lado, si bien la comunidad internacional no ha estado a la altura de todas las esperanzas legítimas de Ucrania para recibir apoyo en su admirable lucha, la asistencia brindada a este, especialmente en atención a la formidable amenaza que representa el agresor, ha ido más allá de un nivel meramente simbólico.

Tal vez se pueda decir, con toda cautela, que el apoyo prestado por los Estados liberales —aunque, como lamenta decir este autor en su papel de ciudadano alemán, claramente después de demasiadas vacilaciones por parte de Alemania— finalmente se haya acercado a esa “valentía prudente”, la cual se ha identificado como la postura más adecuada en estas circunstancias.¹¹⁵ Esto, en conjunto con la valentía excepcional mostrada por los ucranianos, es razón suficiente para no dejar que la confianza se desvanezca y, en cambio, actuar con firmeza. Con respecto a mi gobierno alemán, esto incluye la esperanza de que pronto disipe cualquier duda y siga adelante con su promesa de prestar asistencia militar a Ucrania. No se debe sentenciar a muerte a Ucrania ni a sus fronteras internacionalmente reconocidas, ni a la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional universalmente vinculante.¹¹⁶

¹¹⁵ El término fue acuñado por Graf Kielmansegg, *op. cit.*

¹¹⁶ La “Sentencia de Muerte” por la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional ha sido abordada en ocasiones previas. Comenzando por el ensayo de Franck, Thomas M., “Who Killed Article 2 (4)? Or: Changing Rules Governing the Use of Force by States”, *American Journal of International Law*, vol. 64, núm. 5, 1970, p. 809. El hecho de que el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas siempre haya sobrevivido debe ser una fuente de esperanza en nuestra actualidad.



Bibliohemerografía

- BERGSMO, Morten y AKHAVAN, Payam, “The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 3, 1989.
- BOTHE, Michael, “The Law of Neutrality”, en FLECK, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 4a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2021.
- BUBROWSKI, Helene, “Wo liegt die Grenze zum Kriegseintritt Deutschlands?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 de mayo de 2022.
- CZAPLIŃSKI, Wladyslaw y ŠTURMA, Pavel, “La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 40, 1994.
- DANNENBAUM, Tom, “Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia’s Aggression against Ukraine”, *Just Security*, 10 de marzo de 2022.
- DE HOOGH, André, “Jus Cogens and the Use of Armed Force”, en Weller, Marc, (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2015.
- DÖRR, Oliver y SCHMALENBACH, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2a. ed., Alemania, Springer, 2018.
- DÖRR, Oliver, “Use of Force, Prohibition of”, en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, vol. VIII, 2012.

- FRANCK, Thomas M., "Who Killed Article 2 (4)? Or: Changing Rules Governing the Use of Force by States", *American Journal of International Law*, vol. 64, núm. 5, 1970.
- FRIMAN, Johanna, *Revisiting the Concept of Defence in the Jus ad Bellum: The Dual Face of Defence*, Portland, Hart Publishing, 2017.
- GARRY, Hannah R., "The Right to Compensation and Refugee Flows: A Preventative Mechanism in International Law?", *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, 1998.
- GOODMAN, Ryan y HAMILTON, Rebecca, "Model Indictment for Crime of Aggression against Ukraine: Prosecutor v. Vladimir Putin", *Just Security*, 14 de marzo de 2022.
- GOODMAN, Ryan y HATHAWAY, Oona, "Why China Giving Military Aid to Russia Would Violate International Law", *Just Security*, 17 de marzo de 2022.
- GRAF KIELMANSEGG, Peter, "Putins Krieg", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de abril de 2022.
- GRAF KIELMANSEGG, Sebastian, "An der Nahtstelle der Friedensordnung—Bedeutung und Grenzen des Selbstverteidigungsrechts im System der kollektiven Sicherheit", *Archiv des Völkerrechts*, vol. 50, 2012.
- GREEN, James, "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force", *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, 2011.
- GREEN, James *et al.*, "Russia's Attack on Ukraine and the *Jus Ad Bellum*", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 9, núm. 1, 2022.
- GÜNNEWIG, Elisabeth, *Schadensersatz wegen der Verletzung des Gewaltverbotes als Element eines ius Exponer Bellum*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.
- HATHAWAY, Oona y SHAPIRO, Scott, "Supplying Arms to Ukraine is not an Act of War", *Just Security*, 12 de marzo de 2022.
- HATHAWAY, Oona y SHAPIRO, Scott, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, Nueva York, Simon & Schuster, 2017.

- HATHAWAY, Oona, "A Crime in Search of a Court. How to Hold Russia Accountable", *Foreign Affairs*, 19 de mayo de 2022.
- HATHAWAY, Oona, "International Law Goes to War in Ukraine: The Legal Pushback to Russia's Invasion", *Foreign Affairs*, 15 de marzo de 2022.
- HIRSCH, Francine, *Soviet Judgment at Nuremberg: A New History of the International Military Tribunal after World War II*, Nueva York, Oxford University Press, 2020.
- KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925*, Alemania, Mohr Siebeck, 2019.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1945.
- KOENEN, Gerd, "Russland gründlich entzaubert vom Ende eines deutschen Komplexes", *Osteuropa*, vol. 72, 2022.
- KRESS, Claus, "Hans Kelsen, Hermann Jahrreiß, Carl Schmitt und die Frage von Krieg und Frieden im Völkerrecht", en PRÜTTING, Hanns (ed.), *Festschrift 100 Jahre. Rechtswissenschaftliche Fakultät Universität Köln 1919–2019*, Alemania, Otto Schmidt, 2020.
- KRESS, Claus, "On the Activation of ICC's Jurisdiction over the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, 2018.
- KRESS, Claus, "Shakespeares «Heinrich V» und das Recht des Krieges", *Juristen Zeitung*, Alemania, vol. 69, núm. 23, 2014.
- KRESS, Claus y Tams, Christian, "Dichtung und Wahrheit: Was ist dran an Moskaus Argumentationsversuchen im Ukraine-Konflikt", *Internationale Politik*, mayo-junio de 2014.
- KRESS, Claus, "On the Principle of Non-Use of Force in Current International Law", *Just Security*, 30 de septiembre de 2019.

- KRESS, Claus, "The International Court of Justice and the «Principle of Non-Use of Force»", en WELLER, Marc (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- KRESS, Claus, "The Peacemaking Process After the Great War and the Origins of International Criminal Law *Stricto Sensu*", *German Yearbook of International Law*, vol. 62, 2019.
- KRESS, Claus, "The State Conduct Element", en KRESS, Claus y BARRIGA, Stefan (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- KRESS, Claus, "Wird das Gewaltverbot gestärkt?", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24 de marzo de 2022.
- KRESS, Claus y VON HOLZENDORFF, Leonie, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 5, 2010.
- Kreß, Claus; HOBE, Stephan y NUSSBERGER, Angelika, "The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to Fill the Gaps in the International Legal System", *Just Security*, 23 de enero de 2023.
- KRESS, Claus, "Aggression", en GEISS, Robin y MELZER, Nils (eds.), *The Oxford Handbook of the International Law of Global Security*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- KRISCH, Nico, "The Security Council and the Great Powers", en LOWE, Vaughan *et al.* (eds.), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- KRISCH, Nico, "Introduction to Chapter VII: The General Framework", en SIMMA, Bruno *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 3a. ed., vol. II, Oxford University Press, 2012.
- KRISCH, Nico, *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, Alemania, Springer, 2001.

- LAUTERPACHT, Hersch, “«Resort to War» and the Interpretation of the Covenant During the Manchurian Dispute”, *The American Journal of International Law*, vol. 28, 1934.
- LAUTERPACHT, Hersch, “The Problem of Revision of the Law of War”, *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952.
- LEE, Luke T., “The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum”, *The American Journal of International Law*, vol. 80, 1986.
- LESAFFER, Randall, “Too Much History: From War as Sanction to the Sanctioning of War”, en WELLER, Marc (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- LUCHTERHANDT, Otto, “Die Vereinbarungen von Minsk über den Konflikt in der Ostukraine (Donbass) aus völkerrechtlicher Sicht”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 57, 2019.
- MARXSEN, Christian, *Völkerrechtsordnung und Völkerrechtsbruch*, Alemania, Mohr Siebeck, 2021.
- McDOUGALL, Carrie, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- MELIKOV, Anna, *Die Interpretation des Völkerrechtlichen Gewaltverbots und Möglicher Ausnahmen-Russische Doktrin und Praxis*, Berlín, Duncker & Humblot, 2021.
- MÜNKLER, Herfried, “Das Scheitern der Pariser Friedensordnung. Ein Lehrstück zur Verrechtlichung der internationalen Politik”, en KRESS, Claus (ed.), *Paris 1919-1920: Frieden durch Recht?*, Berlín, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
- MÜNKLER, Herfried, “Mit politischer Romantik ist niemandem geholfen Postheroische Gesellschaften müssen im Krieg vor allem die Nerven bewahren”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 de marzo de 2022.

- NUSSBERGER, Angelika, "Russia", en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VIII, Oxford University Press, 2012.
- NUSSBERGER, Angelika, "Tabubruch mit Ansage: Putins Krieg und das Recht", *Osteuropa*, vol. 72, 2022.
- O'CONNELL, Mary, "Historical Development and Legal Basis", en FLECK, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 4a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2021.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Model Indictment for the Crime of Aggression Committed against Ukraine*, mayo de 2022.
- PEDROZO, Raul (Pete), "Ukraine Symposium. Is the Law of Neutrality Dead?", *Articles of War*, 31 de mayo de 2022.
- "Propuesta para enmendar el artículo 15 bis del Estatuto de Roma sobre el crimen de agresión", *Parlamentarios para la Acción Global*.
- RIEPL, Michael, *Russian Contributions to International Humanitarian Law. A Contrastive Analysis of Russia's Historical Role and its Current Practice*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.
- RODLEY, Nigel, "Humanitarian Intervention", en WELLER, Marc (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- RUSSELL, Ruth, *A History of the United Nations Charter: The Role of the United States Charter 1940-1945*, Brookings Institution Press, 1958.
- RUYS, Tom y RODRIGUEZ SILVESTRE, Felipe, "Military Action to Recover Occupied Land: Lawful Self-Defense or Prohibited Use of Force? The 2020 Nagorno-Karabakh Conflict Revisited", *International Law Studies*, vol. 97, 2021.
- RUYS, Tom, *"Armed Attack" and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, 2010.

- Ruys, Tom, "From *passé simple* to *futur imparfait*? A response to Verdebout", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 2, núm.1, 2015.
- SCHABAS, William, *The Trial of Major German War Criminals by the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany*, Nueva York, Hein & Co., 2001.
- SCHABAS, William, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- SCHIFFBAUER, Björn, *Vorbeugende Selbstverteidigung im Völkerrecht. Eine Systematische Ermittlung des Gegenwärtigen Friedenssicherungsrechtlichen Besitzstandes aus Völkerrechtsdogmatisch und Praxisanalytischer Sicht*, Berlín, Duncker and Humblot, 2012.
- SCHMITT, Carl, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, 4a. ed., Alemania, Duncker y Humblot, 1941.
- SELLARS, Kristen, "*Crimes against Peace*" and *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- "Statement by Members of the International Law Association Committee on the Use of Force", *Just Security*, 4 de marzo de 2022.
- STIMSON, Henry L., "The Pact of Paris: Three Years of Development", *Foreign Affairs*, vol. 11, núm. 1, 1932
- STUECK, William, "The United Nations, the Security Council, and the Korean War", en Lowe, Vaughan *et al.* (eds.), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- TALMON, Stefan, "The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: The Case of Ukraine", *Bonn Research Papers on Public International Law*, núm. 20/2022, 6 de abril de 2022.

- TOMUSCHAT, Christian, "Russlands Überfall auf die Ukraine Der Krieg und die Grundfragen des Rechts", *Osteuropa*, vol. 72, 2022.
- TOMUSCHAT, Christian, "State Responsibility and the Country of Origin", en GOWLLAND-DEBBAS, Vera (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Legal Issues*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- TRAHAN, Jennifer, "Aggression and the Veto", *Opinio Juris*, 28 de febrero de 2022.
- TRAHAN, Jennifer, *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- VERDEBOUT, Agatha, "The Contemporary Discourse on the Use of Force in the Nineteenth Century: A Diachronic and Critical Analysis", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 1, núm. 2, 2014.
- VERDEBOUT, Agatha, *Rewriting Histories of the Use of Force: The Narrative of "Indifference"*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- VON BERNSTORFF, Jochen, "The Use of Force in International Law before World War I: On Imperial Ordering and the Ontology of the Nation-State", *European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2018.
- VON HEINEGG, Wolff Heintschel, "Neutrality in the War against Ukraine", *Articles of War*, 1 de marzo de 2022.
- VON HEINEGG, Wolff Heintschel, "Wider die Mär vom Tod des Neutralitätsrechts", en FISCHER, Horst et al. (eds.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz—Festschrift für Dieter Fleck*, Alemania, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- WALTER, Christian, "Der Ukraine-Krieg und das wertebasierte Völkerrecht", *JuristenZeitung*, vol. 77, núm. 10, 2022.

- WENTKER, Alexander, "At War: When do States Supporting Ukraine become Parties to the Conflict and What Would that Mean?", *EJIL:Talk!*, 14 de marzo de 2022.
- WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE DEUTSCHER BUNDESTAG, "Rechtsfragen der militärischen Unterstützung der Ukraine durch NATO-Staaten zwischen Neutralität und Konfliktteilnahme", WD 2-3000-019/22, 2022.
- WRIGHT, Quincy, "The Test of Aggression in the Italo-Ethiopian War", *The American Journal of International Law*, vol. 30, 1936.
- WRIGHT, Quincy; CHAYES, Abram y ACHESON, Dean, "The Cuban Quarantine", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 57, 1963.
- ZAUM, Dominik, "The Uniting for Peace Resolution", en LOWE, Vaughan *et al.* (eds.), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

Documentos oficiales

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Texto del proyecto y artículos con sus comentarios", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 2001.
- COMISIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES DE LA GUERRA Y LA APLICACIÓN DE SANCIONES, "Reporte presentado a la Conferencia de Paz Preliminar, 29 de marzo de 1919", *American Journal of International Law*, vol. 14, 1920.
- "Discurso de Putin de 21 de febrero de 2022", reproducido en *Osteuropa*, vol. 72, 2022.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Tratado de Amistad, Cooperación y Asociación entre Ucrania y la Federación de Rusia, Colección de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 3007, 117, 31 de Mayo de 1997.

TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR (NUREMBERG), “Judgment and Sentences of 1 October 1946”, *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947.

UKRAINE TASK FORCE OF THE GLOBAL ACCOUNTABILITY NETWORK, Proposal for a Resolution by the United Nations General Assembly & Accompanying Proposal for a Statute of a Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression, 7 de septiembre de 2022.

Acerca del autor

CLAUS KREB es profesor de Derecho Penal Internacional y de Derecho Internacional Público en la Universidad de Colonia, Alemania. Es director del Instituto de Derecho Internacional en materia de Paz y Seguridad. Cuenta con más de 150 publicaciones relacionadas con el derecho internacional del uso de la fuerza, el derecho internacional de los conflictos armados y el derecho penal internacional. Laboró en el Ministerio Federal de Justicia de Alemania en materias de derecho penal e internacional. Formó parte de la delegación alemana encargada de las negociaciones relacionadas con la Corte Penal Internacional a partir de 1998. En 2019 fue nombrado juez *ad hoc* en la Corte Internacional de Justicia en el caso de la aplicación de la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio (*caso Gambia vs. Myanmar*).

