

EL RETO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA INVASIÓN RUSA A UCRANIA: ENTRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

Esteban José Hernando Zamanillo
Coronel auditor

Enrique Hernando Delgado
Graduado en Derecho

Resumen:

El 24 de febrero de 2022, Vladimir Putin ordenó a las tropas de la Federación de Rusia ejecutar una operación militar especial e invadir Ucrania con el propósito de su desnazificación y desmilitarización, apelando, para ello, a la legítima defensa de los intereses de Rusia como país y del acometimiento genocida que sufre la población rusa que allí reside. Sin embargo, la comunidad internacional duda de la legalidad de la intervención y su desarrollo por la posible vulneración de determinados principios básicos del derecho internacional. Se reclama, en consecuencia, que el Estado agresor y sus dirigentes asuman la responsabilidad penal y de cualquier otro orden en la que pudieran haber incurrido. Y ello, pese a los problemas no solo de índole fáctica, sino formales, procesales y concurrentes.

Palabras clave: Operación militar especial, Ucrania, Putin, Responsabilidad penal.

Abstract:

On February 24, 2022, Vladimir Putin ordered the troops of the Russian Federation to carry out a special military operation and invade Ukraine for the purpose of its denazification and demilitarization, appealing, for this, to the legitimate defense of Russia's interests as a country and the genocidal attack suffered by the Russian population that resides there. However, the International Community doubts the legality of the intervention and its development due to the possible violation of certain basic principles of International Law. Consequently, it is claimed that the aggressor State and its leaders assume criminal responsibility, and, of any other order, in which they may have incurred. And this, despite the problems not only of a factual nature, but also formal, procedural and concurrent.

Keywords: Special military operation, Ukraine, Putin, Criminal responsibility.

Sumario

1 Introducción. 2 Invasión de Ucrania, ius ad bellum y derecho a la legítima defensa: 2.1 Precedentes: la invasión rusa de la península de Crimea en 2014 y el clima soberanista proruso del este de Ucrania; 2.2 Situación actual: 2.2.1. Inicio de la ocupación: 24 de febrero de 2022; 2.2.2 Rusia, ius ad bellum y legítima defensa. 3- La responsabilidad de los Estados: el Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: 3.1 Actuaciones ante el Tribunal Internacional de Justicia: 3.1.1 Análisis de la responsabilidad de Ucrania; 3.1.2 Análisis de la posible responsabilidad de la Federación de Rusia; 3.1.3 Un problema más: la ejecución y efectos de las resoluciones del Tribunal Internacional de Justicia; 3.2 La vía remota del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. 4 La Corte Penal Internacional, ius in bello y la responsabilidad de los individuos; 4.1 Crímenes previstos en el Estatuto de Roma, títulos de imputación y reglas de atribución de la competencia de la Corte: aproximación legal; 4.2 La Corte Penal Internacional y la guerra de Ucrania. 5 Las posibilidades de un tribunal especial: un tribunal nacional con jurisdicción universal, un tribunal nacional internacionalizado de carácter híbrido o un tribunal internacional puro ad hoc. 6 Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La operación militar especial ordenada directamente por el presidente de la Federación Rusa Vladimir Putin contra Ucrania el 24 de febrero de 2022 y su desarrollo en el terreno producen muchas inquietudes en el ámbito del derecho internacional.

El ataque armado, que no es nuevo, puesto que Rusia ya había invadido pacíficamente la península de Crimea en 2014, nos plantea un primer interrogante sobre la legalidad y legitimidad de esta ocupación. Si la misma vulnerase los principios recogidos en el derecho internacional, la cuestión debería someterse a investigación judicial con el fin de depurar la responsabilidad del Estado agresor o individual de sus dirigentes que pudiera corresponder.

Rusia justifica la invasión en el derecho a la legítima defensa previsto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, señalando que su objetivo ha sido el de desmilitarizar y desnazificar Ucrania y de defender a la población que se siente rusa, especialmente en la región del Dombás, del genocidio al que se les ha sometido por parte de Ucrania. Y, además, y por ello, se proclamaron y reconocieron la República Popular de Donetsk (DPR) y la República Popular de Luhansk (LPR).

Esa acusación de genocidio ha hecho reaccionar a Ucrania y ha sometido la controversia a la Corte Internacional de Justicia y solicita, en fecha del 26 de marzo de 2022, un pronunciamiento en el que se declare la falsedad de esa imputación en base a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y, por ende, las consecuencias de ello, es decir, la invasión militar.

El consiguiente inicio de las hostilidades entre ambos Estados y el modo en el que se está desarrollando el conflicto armado, con denuncias de existencia de atentados contra los derechos de los contendientes, Estados o individuos, y cuyos efectos alcanzan a bienes y personal civil, alimentan esa indefinición jurídica.

En cualquier caso, esa situación provocó que el fiscal de la Corte Penal Internacional, Karim Khan, el día 3 de marzo de 2022, incoase una investigación con el fin del esclarecimiento penal de los hechos derivados de las acusaciones contra Rusia de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que Ucrania puso de manifiesto ante la Fiscalía.

El viernes 17 de marzo de 2023, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, en el marco de esa investigación, dictó una orden de detención contra el presidente de la Federación Rusa, Vladimir Putin y contra Maria Alekseyevna Lvova-Belova, comisionada para los Derechos del Niño en la Oficina del Presidente de la Federación Rusa.

En los dos casos existen motivos razonables para creer que ambos tienen responsabilidad penal individual directa a la vista de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, junto con otros y a través de otros, por la presunta comisión de los crímenes de guerra de deportación ilegal de población, especialmente niños, y de traslado ilegal de población, niños, de las zonas ocupadas de Ucrania a la Federación Rusa y de hacerlo en el territorio ocupado de Ucrania, al menos desde el 24 de febrero de 2022.

Y, además, Putin es, también, presuntamente responsable de los mismos crímenes y en las mismas fechas y lugar por no haber ejercido un control adecuado sobre los subordinados civiles y militares que cometieron los actos, del mismo modo, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).

Rusia y sus dirigentes se defienden de estas acusaciones negando rotundamente los hechos y no reconociendo la competencia jurisdiccional de la Corte por no ser parte de su estatuto.

El presidente Putin, a mayor abundamiento, apela a su inmunidad de jurisdicción como jefe de Estado.

Todas estas complejas cuestiones en derecho Internacional serán objeto de análisis en el presente estudio.

2. INVASIÓN DE UCRANIA, *IUS AD BELLUM* Y DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA

2.1. PRECEDENTES: LA INVASIÓN RUSA DE LA PENÍNSULA DE CRIMEA EN 2014 Y EL CLIMA SOBERANISTA PRORRUSO DEL ESTE DE UCRANIA

El conflicto armado por el que atraviesan Rusia y Ucrania no comenzó realmente en febrero de 2022; es una sucesión de eventos políticos y sociales en el país que empezaron a producirse en 2013 con dispares resultados.

En noviembre de ese año, el entonces presidente ucraniano, Viktor Yanukovich, tendió su mano a la Federación Rusa y rechazó el acuerdo de asociación que le ofrecía la Unión Europea (UE).

El rechazo de la población a esta postura fue masivo, de modo que hubo protestas al efecto a lo largo de toda Ucrania, especialmente en la capital, Kiev, en un movimiento que se denominó «Euromaidán» y que culminó en un golpe de estado con el derrocamiento del presidente ucraniano. El principal efecto fue la búsqueda de una relación más estrecha con la UE y el evidente deterioro de la relación con Rusia, cuyas fuerzas militares, como reacción, ocuparon sin oposición la península de Crimea en marzo de ese año 2013, apoyándose a su vez a los separatistas en el este de Ucrania que buscaban la independencia de Ucrania.

La tendencia prorrusa en Ucrania, que se antoja definitiva en el desarrollo de estos acontecimientos, siempre presente en Crimea y en el Donbás, es compleja y con connotaciones históricas, culturales y étnicas que ha ido evolucionando largamente, habida cuenta de que en estas regiones

habitan una mayoría de rusohablantes y con fuertes lazos culturales e históricos con Rusia, a lo que se suma la existencia de tensiones étnicas y políticas entre la población ucraniana y la rusa.

La política de Ucrania hacia estas regiones tampoco ha sido beneficiosa, más bien excluyente, y se caracteriza por la discriminación y la marginación de la población prorrusa, lo que ha llevado a enfrentamientos entre ambas posiciones, muchas veces especialmente sangrientos, que han causado la muerte de miles de personas y el desplazamiento de cientos de miles de sus hogares.

Las acusaciones de que Rusia ha estado proporcionando apoyo militar a los separatistas, negado por el gobierno ruso, han supuesto definitivamente una mayor polarización y división de la sociedad ucraniana y han aumentado la desconfianza y hostilidad entre ambos Estados.

Pero, sin duda, la gran perjudicada de la situación en general ha sido Ucrania, que ha tenido que asumir la pérdida de territorios, la muerte y desplazamiento de personas, la inestabilidad económica y política y el debilitamiento de sus relaciones internacionales.

Hasta febrero de 2022, la situación de Ucrania continuó siendo difícil y muy delicada, sin solución de continuidad entre el gobierno ucraniano y los separatistas en desacuerdo sobre la solución al conflicto.

Y, aunque se han realizado esfuerzos para lograr una solución política, estos resultaron infructuosos.

Sirva como ejemplo el intento de acuerdo de paz en 2015, conocido como los Acuerdos de Minsk, con el que se buscaba establecer un alto al fuego y una resolución política del conflicto. Sin embargo, el acuerdo no ha sido plenamente implementado y la violencia en la región continuó.

La reacción de la comunidad internacional ante estos hechos ha sido siempre la de la condena a la actuación rusa, lo que facilita aún más una escalada en las tensiones entre Rusia y Ucrania.

2.2. SITUACIÓN ACTUAL

2.2.1. INICIO DE LA OCUPACIÓN: 24 DE FEBRERO DE 2022

En el inicio del año 2022, las relaciones entre Rusia y Ucrania devinieron más tensas, si cabe, hasta llegar a ser insostenibles, por lo que se produjeron numerosos episodios de provocaciones.

Los días 21 y 24 de febrero de 2022, el Presidente ruso, Vladimir Putin, en sendos discursos dirigidos a su nación, tras destacar el horror y genocidio que las comunidades rusas del Dombás estaban sufriendo por parte de Ucrania y con el ánimo de detener esa atrocidad, decidió reconocer inmediatamente la independencia y soberanía de la Repúblicas Populares de Donetsk y de Luhansk el primero de los días reseñados, así como tomar la decisión de ordenar la ejecución de una operación militar especial contra Ucrania el día 24, lo que efectivamente se produjo en esa misma fecha.

En su apoyo, el representante permanente de la Federación Rusa, Vassily Nebenzia, el día 23 de febrero de 2023, trasladó estas intenciones al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y lo hizo, según indicó, con el propósito de conseguir la desmilitarización y desnazificación de Ucrania.

Lo cierto es que la respuesta militar rusa, lejos de ser una acción limitada a los objetivos estrechos que se expresaban, ha pasado a ser un ataque total con el fin de la ocupación de Ucrania.

2.2.2. RUSIA *IUS AD BELLUM* Y LA LEGÍTIMA DEFENSA

Estos hechos y, concretamente, la operación militar abordada por la Federación Rusa han sido radicalmente condenados por la comunidad internacional, al entenderse que era constitutiva de una violación de las normas fundamentales e imperativas o de *ius cogens* del derecho internacional y por lo que debe responder.

No obstante, el presidente Putin en su discurso de fecha 24 de febrero argumentó, dentro de una línea no muy diferente a la utilizada por Rusia en la invasión de Crimea en 2014, que el recurso del uso de la fuerza armada en este caso lo fue en aras de la defensa de la población prorrusa oprimida que redundaba en los intereses de todo el país.

Se consideraba que esta posición carecía de claridad, de coherencia y, por supuesto, de rigor jurídico (Dib, 2022: 30), sin embargo, la apelación a la legítima defensa realizada por Putin para argumentar el uso de la fuerza en la intervención militar rusa a Ucrania había de ser tenida en cuenta y, además, fue formalizada en la carta del representante permanente de Rusia en Naciones Unidas el día 24 de febrero de 2022.

En un principio Rusia se cuestionaba, muy arriesgadamente, la esencia de Estado de Ucrania, partiendo de la consideración de que el actual gobierno ucraniano, presidido por Volodimir Zelenski, no es el legítimo, sino consecuencia de un golpe de estado contra el presidente Yanukovich en 2014 (Sánchez Acosta, 2023: 3).

Pero lo fundamental es que Ucrania para Rusia aparecía como una amenaza que debía erradicarse en aras de la autodefensa y de la necesidad humana (Cavandoli y Wilson, 2022: 387).

Rusia es parte de la Carta de las Naciones Unidas y, por ende, está obligada a cumplir con el marco legal y los requisitos y principios directores del uso de la fuerza o *ius ad bellum*, entre ellos, lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, que impone la prohibición general del uso de la fuerza.

Ciertamente, tal prohibición tiene dos excepciones: la primera es la de una autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 de la Carta, y la segunda es la del uso de la legítima defensa, individual o colectiva, prevista en el artículo 51 del mismo texto.

Desde luego, el órgano de seguridad de Naciones Unidas no se ha pronunciado sobre esa debida autorización, por la concurrencia de un bloqueo evidente de alcanzar consenso unánime sobre el asunto al ser Rusia un miembro permanente del mismo.

Tampoco parece convencer el recurso a la legítima defensa que esgrimió la Federación Rusa, tanto individual como colectiva e incluso anticipatoria, por supuestamente haber sido víctima de un ataque armado proveniente de Ucrania contra Crimea y la zona Dombás, ni constituir un futurible y probable objetivo de ataques que debería responder decisivamente.

Lo cierto, es que el uso de la fuerza por parte de Rusia ha servido para cometer una agresión a un Estado soberano e independiente, sin haberse recibido una previa por parte de Ucrania.

Por último y sin más detenimiento, queda hacer mención, como hace Acosta Sánchez, a que, en estos sucesos, ha podido conculcarse el principio de no intervención o prohibición de intromisión en los asuntos internos de otro Estado, previsto en el artículo 2.7 de la propia Carta de Naciones Unidas, con desarrollo posterior (Sánchez Acosta 2023: 5-6).

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS: EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. ACTUACIONES ANTE EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La Carta de las Naciones Unidas define la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas que funciona-

rá de conformidad con el estatuto anexo, que especifica que cada miembro se compromete voluntariamente a cumplir la decisión de la Corte en todo litigio en el que sea parte.

El Estatuto de la Corte, además, establece que solo los Estados podrán ser parte en los casos que esta conozca, de forma que su competencia se extienda a todos los litigios que las partes les sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

3.1.1. Análisis de la responsabilidad de Ucrania

Con fecha del 26 de marzo de 2022, el gobierno ucraniano presentó ante el secretario de la Corte Internacional de Justicia solicitud de apertura procedimiento de institución contra la Federación Rusa.

A la misma se han ido adhiriendo poco a poco prácticamente todos los países miembros de las Naciones Unidas, vía artículo 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que permite a los demás Estados partes de la Convención intervenir en el procedimiento y con la obligación de asumir el dictamen.

La pretensión de esta demanda ha sido que este órgano jurisdiccional procediese a investigar la disputa generada entre Ucrania y la Federación Rusa relacionada con la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Y es que, según las autoridades ucranianas, Rusia ha afirmado, falsamente y sin ningún tipo de prueba, que Ucrania ha realizado actos de genocidio contra la población prorrusa en las provincias de Lugansk y Donesk, por lo que, en el ánimo de detener esa atrocidad y previa comunicación al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, primero, Rusia declaró la independencia de las Repúblicas Populares de Donetsk y de Luhansk y, en segundo término, su principal mandatario ordenó ejecutar una operación militar contra Ucrania.

En consecuencia, Ucrania reclamaba que se reconociese por el Tribunal la falsedad de las imputaciones rusas de la presunta comisión de actos de genocidio y se rechazase, por basarse en las mismas, el reconocimiento de la independencia de Donetsk y Lugansk y la intervención militar. Además, solicitó la adopción de medidas cautelares para evitar nuevos episodios, así como la reparación total de los daños causados.

Se recordaba que tanto Ucrania como la Federación de Rusia son miembros de Naciones Unidas y, ambos países, partes de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Rusia, por su parte, no reconocía la jurisdicción del Tribunal puesto que el concepto de genocidio tiene su base en el derecho consuetudinario y nacional y, por tanto, en este caso, no se produciría una violación de la Convención.

Miguel A. Acosta Sánchez expresa que lo más relevante de la demanda interpuesta por Ucrania era la solicitud de adopción de medidas provisionales con el objetivo de alcanzar el cese del uso de fuerza armada y acción militar en Ucrania y retirada de fuerzas militares rusas de territorio ucraniano (Sánchez Acosta, 2023: 11).

En nuestro parecer, y examinada la reclamación, Ucrania ha planteado un juego procesal que resulta jurídicamente muy atractivo y que posiblemente traiga —y, de hecho, ha traído— consecuencias que van más allá de su propia pretensión inicial.

Observamos que Ucrania inicialmente perseguía que el Tribunal Internacional de Justicia declarase que la independencia de las zonas del Dombas y la operación militar eran fruto de una acusación falsa de genocidio de Rusia contra Ucrania, por tanto y si así fuera, no se reconociesen como conforme a derecho y, también, se efectuase la reparación de daños correspondiente. Para ello y mientras tanto, se reclamaba que se instase a Rusia a adoptar medidas para que la situación no volviera a repetirse.

En el marco del Caso 182, abierto por el Tribunal de Justicia con fecha 16 de marzo de ese año, se estableció, por unanimidad, el cese de cualquier acción que pueda agravar o extender la disputa o hacerla más difícil de resolver.

Pero también y, es lo más interesante, Ucrania consiguió que, además, el Tribunal acordase, en este caso por mayoría, que la Federación Rusa suspendiera de forma cautelar e inmediatamente las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero de 2022.

La existencia de posiciones encontradas entre los miembros del Tribunal plasmadas en opiniones separadas no debería hacer variar el resultado de la resolución, pero sí es indicativo de que se advierte que estos magistrados tenían dudas, si es que no eran contrarios, de que el litigio se fundamente, como dice Rusia, en la interpretación y aplicación de la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y, por ende, la dejaría sin competencia.

En cualquier caso, es un hecho que Rusia no ha acatado estas medidas y continúa con la ocupación sin cesar las agresiones al pueblo ucraniano.

3.1.2. De la posible responsabilidad de la Federación de Rusia

Estos hechos y, concretamente la operación militar abordada por la Federación Rusa, han sido radicalmente condenados por la comunidad internacional, al entenderse que era constitutiva de una violación de las normas fundamentales e imperativas o de *ius cogens* del derecho internacional y por la que debe responder.

En la solicitud de apertura procedimiento de institución formulada por Ucrania contra la Federación Rusa, ciertamente, no se producía una acusación formal de la comisión de genocidio por parte de esta nación y, por lo tanto, tal aspecto no sería objeto, *ab initio*, de pronunciamiento del órgano judicial.

Sin embargo, el Tribunal, en su motivada resolución y por mayoría simple, exigía que Rusia, como medida cautelar, suspendiera inmediatamente las operaciones militares iniciadas en febrero de 2022 y, del mismo modo, se asegurase de que las unidades armadas militares o irregulares dirigidas o apoyadas por ese país, así como las organizaciones y personas sujetas a su control o dirección, no tomaran medidas para promover las mismas.

También se ha indicado que Rusia no ha cumplido con el requerimiento, pero lo que nos llama la atención y nos interesa es el análisis de la posibilidad jurídica de si esta decisión de adoptar la medida cautelar de la Corte Internacional de Justicia, de hacer cesar las hostilidades por Rusia, implicaba de algún modo que se enjuiciase la reprochabilidad de esa intervención y, lo que es más, que se investigase la comisión de un presunto acto de genocidio ruso en Ucrania.

Desde luego, el pronunciamiento de la Corte existió y era relativo al cese de las hostilidades, en el que se ha valorado un uso ilegal de la fuerza armada por parte de la Federación Rusa (López Martín, 2022: 233).

Si es así, también cabría en derecho resolver si, en aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio de 9 de marzo de 1948 —que ha de hacerse de buena fe de acuerdo con el artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas—, la Federación Rusa había incurrido en una de las situaciones de genocidio previsto en el artículo 2 de la Convención.

La cuestión es enormemente complicada puesto que, en puridad, como la pretensión no se ha especificado, no debería ser objeto de la *litis*, por lo que la Corte de Justicia debería adoptar la postura de *non liquet*.

Claro está, ello sin perjuicio de una nueva demanda al respecto.

Asumiendo que tanto Rusia como Ucrania son parte tanto de la Carta de las Naciones Unidas como de la Convención de 1948, la Corte se podría

declarar competente. Así lo ha hecho en el caso anterior; y ello a pesar de ciertas dificultades técnicas y en la consideración de entender los hechos como una continuación o una nueva disputa entre ambos países acerca de la interpretación, aplicación y cumplimiento de esa convención, lo que, además, debería entenderse aplicable al resto de partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, vía artículo 63 del mismo.

No obstante, difícil parece, en opinión de Ana Gemma López Martín (2022: 231), que pudiera haberse perfeccionado un delito de genocidio en tan poco tiempo y con las hostilidades en pleno desarrollo, pero la posibilidad está abierta.

3.1.3. Un problema más: la ejecución y efectos de las resoluciones del Tribunal Internacional de Justicia

Al igual que el acuerdo de medidas cautelares, las resoluciones que pudiera adoptar la Corte Internacional de Justicia de forma definitiva en los asuntos que le son sometidos, desde luego, son jurídicamente vinculantes para el Estado al que se le imponen, puesto que cada miembro, como dice la Carta de las Naciones Unidas, se compromete voluntariamente a cumplir la decisión de ese órgano en todo el litigio en el que sea parte, como así se establece en la jurisprudencia de la propia Corte.

Pero también es cierto que, aun y todo, las dificultades para ejecutar los fallos de este Tribunal son evidentes. De hecho, Rusia no está cumpliendo con las que hasta ahora se han ido acordando.

Estas resoluciones lo son de carácter declarativo sin que se prevea en su estatuto un sistema de ejecución más allá de lo dispuesto en el artículo 94.

En este precepto, se recoge la posibilidad de que, si un Estado no cumple con las mismas, podría recurrir al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas quien, a su vez, podría hacer recomendaciones o dictar medidas.

Y ahora nos encontramos con el mismo problema: la Federación Rusa es miembro permanente del Consejo de Seguridad, lo que convierte esta opción en inviable a todos los efectos.

3.2. LA VÍA REMOTA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al margen de la posibilidad de interponer demandas individuales por vulneración de los derechos fundamentales ante el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos por mor del artículo 34 del Convenio de Roma, para la cual se exige el agotamiento de la vía nacional, cabría la vía de presentarse ante el mismo una demanda interestatal de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la misma norma.

De hecho, este tribunal ya conoce de cinco procedimientos en los que se trata de depurar las posibles violaciones de derechos humanos de Rusia en la zona ucraniana de Crimea y el Dombás desde 2014 a 2021, en los que se han adoptado medidas provisionales en resolución dictada en fecha 1 de marzo de 2022, para que este país se abstenga de realizar ataques militares contra civiles y bienes con ese carácter.

Estos procedimientos ya radicados no abarcan los hechos atinentes a la nueva invasión que se vienen produciendo desde febrero de 2022, por lo que solo quedaría abierta la realidad de una nueva demanda.

En nuestra opinión, tal opción no sería admitida por el Tribunal por dos razones fundamentales: la primera es que la Federación Rusa ya no es miembro del Consejo de Europa, al que pertenece el Tribunal, y la segunda es por la concurrencia de la circunstancia de que el conflicto armado está ahora en pleno desarrollo en una fase activa, para lo que ya existe un precedente en la intervención armada de fuerzas paramilitares apoyadas por Rusia en las regiones de Abjasia y Osetia del Sur con violación de derechos humanos (López Martín, 2022: 238).

4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *IUS IN BELLO* Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS INDIVIDUOS

4.1. CRÍMENES PREVISTOS EN EL ESTATUTO DE ROMA, TÍTULOS DE IMPUTACIÓN Y REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE: APROXIMACIÓN LEGAL

El ECPI tipifica como crímenes de su competencia los denominados *core crimes of International Criminal Law* —o crímenes centrales, en castellano—, que son aquellos considerados como los de más gravedad y mayor trascendencia para la comunidad internacional: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

Para su definición, habrá de atenderse a la conceptualización de los propios preceptos en cada caso y a los llamados elementos de los crímenes, que servirán de interpretación y aplicación al juzgador.

En el artículo 6 del Estatuto, se definen las conductas que pueden ser constitutivas del delito de genocidio, que se darán con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Son delitos de lesa humanidad, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7.1 ECPI y con las precisiones del párrafo segundo, las conductas en el mismo tipificadas que se realicen como consecuencia de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Los crímenes de guerra están conceptuados en el artículo 8 ECPI y se atribuye la competencia de la Corte cuando se hubieran perpetrado siguiendo una política o plan de Estado de comisión de estos crímenes a gran escala con conductas atentatorias contra el derecho internacional humanitario.

Este tipo, muy similar al de lesa humanidad, se diferencia del mismo porque su comisión debe producirse durante el desarrollo de un conflicto bélico ya sea internacional como no internacional.

El crimen de agresión, finalmente, fue incluido en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma, tras su revisión en la Conferencia al efecto en Kampala (Uganda) en 2010, en la que se decidió adoptar una serie de enmiendas: además de la tipificación del delito, la del establecimiento del procedimiento a seguir por la Corte a efectos de ejercer la competencia.

Se trata de un tipo de crimen que supone la vulneración de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, caracterizado por la planificación, reparación y la ejecución del uso de fuerza armada contra la soberanía nacional de un Estado, así como su integridad territorial e independencia política. Engloba, además, la invasión, mediante ocupación militar, así como la anexión en bloque, bloqueo de puertos de un Estado y sus costas.

El delito parece de aplicación única y exclusiva a líderes políticos o militares, y no a soldados o combatientes, que sean responsables directos de la actuación de los subordinados y que ejerciten un control directo y efectivo de los mismos, muy propio de la responsabilidad indirecta del superior jerárquico, militar o civil establecida en el artículo 28 ECPI, que estará debidamente probada, como ya veremos.

También tendremos oportunidad de observar, del mismo modo, cómo este crimen tiene un régimen jurisdiccional de reglas propias a la vista del ECPI.

Por otro lado, en segundo lugar, corresponde examinar los títulos de imputación que se acogen en el Estatuto de Roma. Por una parte, se prevé el de la responsabilidad individual directa y, luego, el de la responsabilidad

del superior jerárquico por omisión en relación los delitos cometidos por los subordinados, también llamada indirecta.

El artículo 25 del Estatuto de Roma determina la responsabilidad penal de los individuos y castiga a los que cometan los crímenes competencia de la Corte por sí solos, con otros o por conducto de otros aunque no sean responsables; a los que ordenen o induzcan la comisión del delito, consumado o en grado de tentativa; a los cómplices o encubridores o colaboradores, incluso proveedores de medios, y a los que contribuyan de cualquier otro modo a la comisión de los hechos en grupo.

El artículo 28 del Estatuto se refiere a la responsabilidad penal internacional individual del jefe militar —o del que actúe como tal—, o civil, pero de una forma indirecta; es decir, sin necesidad de haber cometido los hechos.

Este precepto tiene su causa en la jurisprudencia generada por los distintos tribunales que se encargaron de perseguir los delitos internacionales en los sucesivos conflictos armados —juicios de Núremberg y Tokio— y, fundamentalmente, en las sentencias dictadas por los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda, lo que contribuyó a la redacción del artículo 86 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, de 8 de junio de 1977. Así, se consiguió codificar, por primera vez, la responsabilidad por omisión de los deberes de mando y educación del jefe militar del derecho internacional humanitario y la actuación frente a violaciones.

La cristalización positiva de esta responsabilidad en el ECPI es importante dada la posición que ocupa el jefe militar y habida cuenta de que sus decisiones tienen repercusión sobre la población civil no solo en tiempos de paz, sino también en tiempos de guerra.

Se define la responsabilidad del superior jerárquico como una responsabilidad *sui géneris* que requiere, como elemento objetivo o en términos del derecho anglosajón *actus reus*, determinar que se ha producido la comisión de uno de los crímenes que son competencia de la Corte y que han sido cometidos por una o varias personas subordinadas a las órdenes de un superior civil o militar. En el caso del superior militar, es necesario referenciar su grado dentro de la escala militar y acreditar que, efectivamente, está ejerciendo dichas funciones en base a la existencia de una relación jerárquica entre la persona que, efectivamente, comete los hechos delictivos e imputables y la persona que ha dado las órdenes para la comisión de dichos hechos. Ello, sin perjuicio de que la relación sea directa o indirecta,

formal o informal; es decir, que entre la posición de acusado y el autor de los hechos pueden mediar varios escalafones o grados.

El acusado, en cualquier caso, ha de ser comandante militar, o autoridad en los supuestos civiles, y con control efectivo sobre el subordinado autor de los hechos, cuestión de hecho para cuya determinación se precisan unos indicadores que tanto los tribunales *ad hoc* como la propia Corte Penal Internacional se han esforzado en identificar: cargo del presunto responsable y capacidad real de hacer cumplir órdenes.

Otro aspecto por considerar es que, para la percepción de este título de imputación, se precisa la concurrencia también de un elemento subjetivo o *mens rea*, es decir, un dolo o intención.

Se exige tener conocimiento de los hechos o hacer caso omiso de información, que puede proceder de informes de terceros, que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos y ello aunque no exista un conocimiento directo del subordinado, autor de los hechos.

Debe apreciarse ahora la constatación de ese control efectivo antes dicho entre superior y subordinados, de modo que, conforme a las circunstancias del momento, aquel debió haber sabido y no adoptó las medidas necesarias para la prevención de los hechos o hubiese hecho caso omiso, de manera deliberada, de la información provista indicando los hechos criminales.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el superior pudo fallar en la adopción de medidas razonables y necesarias para prevenir la comisión de los crímenes, atenuarlos o remitirlos a las autoridades competentes.

La aplicación de ese artículo 28 del ECPI ha propiciado diferente jurisprudencia que ha pretendido aclarar e interpretar conceptos, aunque está en constante evolución. Podemos destacar el paradigmático Caso Bemba Gombo, en cuya sentencia dictada en el año 2016 se estableció que «las responsabilidades impuestas por DIH de prevención y represión de crímenes se vincula al potencial daño irreparable que puede ocasionar el no cumplir adecuadamente con dichas responsabilidades».

En tercer y último término, y antes del análisis de aplicación de estas reglas procesales al caso del conflicto entre la Federación Rusa y Ucrania, corresponde describir los mecanismos de atribución de competencia de la Corte Penal Internacional y que así se definen en su Estatuto.

Dispone el artículo 13 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que el ejercicio de su competencia se hará, en primer lugar, porque un Estado parte, o uno que ha aceptado la misma, según se dispone en el artículo 12, denuncia al fiscal la presunta comisión de unos hechos constitutivos de

alguno de los crímenes sometidos a su jurisdicción con la posibilidad de especificar, de conformidad con el artículo 14, las circunstancias pertinentes así como presentar la documentación oportuna de la que pudiera valerse en términos probatorios.

De cualquier modo, el fiscal de la Corte podrá iniciar una investigación de oficio, en el modo y manera que se prevé en el artículo 15 ECPI y de acuerdo al procedimiento especificado en el artículo 53.

La tercera posibilidad de actuación de la Corte Penal Internacional se prescribe en el artículo 13 del Estatuto de Roma, donde se permite que sea el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el que remita los hechos al fiscal de la Corte Penal Internacional, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Si bien lo expuesto son los requisitos para que los órganos de la Corte, Fiscal y Sala de Cuestiones Preliminares puedan iniciar actuaciones judiciales respecto de todos los delitos competencia de su jurisdicción, el crimen de agresión, por su especialidad, precisa, además, unas normas específicas procedimentales que se especifican en los artículos 15 bis y ter del ECPI.

De este modo, la Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión resultante de un acto de agresión cometido por un Estado parte, salvo que ese Estado parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia. Si se trata de un Estado no parte, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando este sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.

A pesar de lo anterior, si el fiscal llegara a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate y lo comunicará al secretario general de las Naciones Unidas adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

4.2. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA GUERRA EN UCRANIA

La realidad de la situación es que, en fecha 3 de marzo de 2022, el fiscal de la Corte Penal Internacional, el señor Karim Khan, decidió iniciar de oficio una investigación para depurar los posibles hechos criminales, especialmente crímenes de lesa humanidad y de guerra, cometidos por la Federación Rusa y por sus máximos responsables en la invasión militar a Ucrania.

En el marco de la investigación, el propio Khan se desplazó a Ucrania, a la localidad de Bucha, en las proximidades de Kiev, escenario en el que aparecieron 20 cadáveres el día 2 de abril de 2022 y, con posterioridad, en mayo de ese año, ordenó el envío de un equipo de 42 expertos investigadores a Ucrania.

El resultado de la investigación propició que el 17 de marzo de 2023 la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional dictase una orden de detención contra el presidente de la Federación Rusa, Vladimir Putin, y contra Maria Alekseyevna Lvova-Belova, comisionada para los Derechos del Niños en la Oficina del Presidente de la Federación Rusa, habida cuenta de que hay motivos razonables para creer que ambos tienen responsabilidad penal individual directa, junto con otros o a través de otros (artículo 25 (3)(a) del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998), (i) por la presunta comisión de los crímenes de guerra de deportación ilegal de población (niños) y de traslado ilegal de población (niños) de las zonas ocupadas de Ucrania a la Federación Rusa en virtud de los artículos 8 (2) (a)(vii) y 8 (2)(b)(viii) del Estatuto de Roma; y de hacerlo en el territorio ocupado de Ucrania, al menos desde el 24 de febrero de 2022. Y, además, el presidente Putin es, también, presuntamente responsable de los mismos crímenes y en las mismas fechas y lugar (ii) por no haber ejercido un control adecuado sobre los subordinados civiles y militares que cometieron los actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 ECPI.

La comisionada está acusada de participar en un plan del Gobierno de la Federación Rusa concebido para deportar a la fuerza a miles de menores ucranianos para después recluirllos en campos de reeducación política, hasta el punto de que, con ocasión de una reunión con el presidente Putin, Lvova-Belova se mostró orgullosa de la adopción de un menor de 15 años originario del Dombás, hoy uno de los territorios ocupados. La Universidad de Yale asegura en informe al efecto que Rusia ha creado 43 campos de reeducación política, en los que se encuentran reclusos más de 6000 menores que proceden de los territorios ocupados.

Y, respecto del presidente Putin, la Corte Penal Internacional entiende que es presuntamente responsable de crímenes de guerra consistentes en la deportación y traslado ilegal de población de las áreas ocupadas de Ucrania a Rusia iniciados tras la invasión militar de este país a aquel el 24 de febrero de 2022. Y lo es por una atribución directa o indirecta, en este caso, por no haber ejercido un control adecuado sobre los subordinados civiles y militares que cometieron los actos, o permitieron su comisión y que estaban bajo su autoridad y control efectivos.

Ya sabemos que Rusia y sus máximas autoridades políticas y militares niegan rotundamente los hechos y, además, se resisten a reconocer la competencia jurisdiccional de la Corte por no ser parte de su estatuto.

El presidente Putin argumenta, también, que tiene inmunidad dada su condición de jefe de Estado.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, vistos los crímenes que resultan ser competencia de la Corte —genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión— y examinados los títulos de imputación y las reglas de atribución de la competencia jurisdiccional, es complejo que el alto tribunal pueda enjuiciar al presidente de la Federación Rusa.

Y es que, según lo dispuesto en el ECPI, para atribuir competencia a la Corte, es absolutamente necesario que los hechos presuntamente delictivos sean cometidos en el territorio de cada Estado parte o por sus nacionales, salvo que, más allá de la resolución al efecto del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, un Estado no parte decida someterse a su jurisdicción por mor del artículo 12.3 del Estatuto.

A pesar de que Rusia firmó el Estatuto de Roma el 13 de septiembre de 2000, el día 16 de noviembre de 2016 decidió retirar la misma al optar por no ratificar su adhesión al texto. Como argumentación expresó que, lamentablemente, la Corte no ha justificado las esperanzas puestas en ella y no se ha convertido en un órgano de justicia internacional independiente y de prestigio. La postura del tribunal ante los hechos producidos en el conflicto de Georgia en agosto de 2008 y la consideración de que la Corte entendía que la situación que atravesaba la península de Crimea desde 2014 era un conflicto bélico internacional y la posibilidad de que, en un futuro, se le pudiesen exigir responsabilidades penales en su marco hicieron que se tomase esta decisión.

Ucrania, por su parte, no ha firmado ni ratificado el ECPI, pero sí que ha reconocido y solicitado la intervención de la Fiscalía de la CPI en dos ocasiones como exige el artículo 12.3 para determinar su competencia.

La primera declaración se produjo el 9 de abril de 2014, con el fin de que se investigasen los crímenes de su competencia que se pudieran haber producido entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014 con ocasión de las revueltas de Maidán, en las que la población ucraniana realizó protestas en la Plaza de la Independencia de Kiev (Ucrania) contra la política prorrusa del entonces presidente ucraniano Viktor Yanukovich, para reclamar la formalización de un acuerdo de diferente índole con la Unión Europea. Cuando Petro Poroshenko resultó ser ganador de las elecciones, acusó directamente al asesor de Putin, Vladislav Surkov, de haber

dirigido ataques policiales contra la población civil que causaron un centenar de muertos.

En el mes de marzo de 2014, después de que distintas manifestaciones sociales fueran reprimidas policial y militarmente con el pretexto de garantizar seguridad, Rusia ocupó la península de Crimea, lo que dio lugar a la segunda declaración en fecha 8 de septiembre de 2015, lo que hizo que se ampliara indefinidamente el periodo de investigación. A partir de esta fecha, Ucrania se comprometió a firmar un acuerdo con la Unión Europea e incluso a modificar su Constitución para permitir esta posibilidad, lo que aún no se ha concretado formalmente.

Por tanto, con estas dos declaraciones, Ucrania acepta la competencia de la Corte Penal Internacional para que investigue judicialmente los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, no así de genocidio ni de agresión, y, en su caso, sea capaz de responsabilizar penalmente al presidente Putin.

Es cierto que se requiere, así lo especifica el artículo 13 ECPI, que la jurisdicción en este caso sea activada, bien a través de formulación de los Estados parte, a través del Consejo de Seguridad o por medio de la actuación de oficio de la Fiscalía del Tribunal, que ha resultado la más recurrente.

El fiscal Khan, al compartir esta tesis, radicó diligencias de investigación el día 2 de marzo de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 ECPI —referenciado anteriormente—, con el principal objetivo de obtener pruebas y cuyo éxito de actuación se pone en relación con la cooperación de buena fe de todos los actores. De estas actuaciones parte la orden de detención a la que hemos hecho alusión con anterioridad.

La decisión de Khan, es importante decirlo, se basaba en las actuaciones que al respecto hizo su antecesora, Fatou Bensouda, que ya inició averiguaciones el 25 de abril de 2014, en las que concluyó que había fundamento suficiente para suponer la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad en la anexión de Crimea por parte de la Federación de Rusia.

Es requisito *sine qua non*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 ECPI, que las investigaciones iniciadas por la Fiscalía precisen la aprobación de la Sala de Cuestiones Preliminares o, al menos, respaldo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o de los Estados, como ha sido el caso, desde el primero, Lituania, el 2 de marzo de 2023 hasta llegar a los 41 actuales.

Desde luego, la investigación radicada y la orden de detención se basan en la presunta comisión por parte, entre otros, de Vladimir Putin de críme-

nes de lesa humanidad y crímenes de guerra, para los que existen muy pocos precedentes, sin perjuicio de realizar una exhaustiva labor probatoria.

Razones fácticas y de concurrencia de los requisitos exigidos por el tipo hacen inviable la apreciación de un delito de genocidio.

En cuanto al crimen de agresión, que, sin duda, se ha podido producir tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia, existen razones —esta vez de razón jurídica— para comprender que este tipo solo sería investigable si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas así lo ratificase, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 ter, pero el derecho de veto ruso anula la pretensión, o si el Estado agresor y el agredido fueran ambos firmantes del Estatuto de Roma, como especifica el artículo 15 bis.

En términos de imputación, de acuerdo con la orden de detención cursada, hay motivos razonables para creer que Vladimir Putin tiene responsabilidad penal individual, directamente a la luz del artículo 25 ECPI, por los delitos de lesa humanidad y de guerra, por haber cometido los actos directamente junto con otros y/o a través de otros y, también, bajo los auspicios del artículo 28 ECPI, por no haber ejercido un control adecuado sobre los subordinados civiles y militares que cometieron los actos.

La tarea no es fácil porque, por si fuera poco, hay otros países como los Estados Unidos que se oponen a la intervención de la Corte en Ucrania y no están por la labor de facilitar pruebas acreditativas de lo que está sucediendo, al entender que, quizás, en futuro podría afectarles negativamente.

Quedan dos cuestiones por abordar en el análisis que nos ocupa: una es la de la posibilidad de un juicio *in absentia* y la otra, la cuestión de la inmunidad de Putin como jefe del Estado.

De acuerdo con el artículo 63 del ECPI y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 61 y 83, un juicio con el procesado ausente es imposible, con lo que se hace necesario que, una vez recabadas todas las pruebas, los presuntos responsables sean detenidos y puestos a disposición de la Corte, lo cual parece bastante difícil, puesto que ello pasa por salir del país de origen y el presidente Putin no lo va a hacer y, si lo hiciese, la gestión policial se antoja harto difícil.

Por otro lado, el Estatuto de la CPI no contempla supuestos de inmunidades en favor de jefes de Estado, presidentes o cargos relevantes políticos, como es el caso de Putin. En concreto, el artículo 27 prevé que todas las personas van a estar sujetas a la aplicación del Estatuto sin distinción y con independencia de que se trate de un cargo oficial.

En definitiva, no estarán exentos de responsabilidad criminal ni supondrá apreciación de atenuantes que supongan la reducción de la pena en favor de jefes de Estado o miembros de gobiernos o parlamentos, re-

presentantes o funcionarios de Gobierno. A mayor abundamiento, serán irrelevantes, a efectos de aplicación o imposición de responsabilidad penal internacional, a la luz del Estatuto, las normas de producción interna o internacional en materia de procedimiento o inmunidad en función del cargo.

Esta cuestión debe ponerse en relación con el principio de colaboración, al menos de los Estados parte, y si, en su virtud, tienen obligación de dar cumplimiento a la orden de detención cursada por la Corte. La respuesta, en nuestra opinión, debe de ser afirmativa y no solo para los Estados parte, sino que también es de obligado cumplimiento por los Estados no parte, puesto que la inmunidad a la que se apela no opera en el ámbito internacional.

5. LAS POSIBILIDADES DE UN TRIBUNAL ESPECIAL: UN TRIBUNAL NACIONAL CON JURISDICCIÓN UNIVERSAL, UN TRIBUNAL NACIONAL INTERNACIONALIZADO DE CARÁCTER HÍBRIDO O UN TRIBUNAL INTERNACIONAL PURO *AD HOC*

La realidad, como hemos tenido ocasión de ver, es que la Corte Penal Internacional tiene una capacidad de actuación verdaderamente limitada para la persecución de los delitos de su competencia.

Y lo es especialmente en la investigación del crimen de agresión que, como requisito de procedibilidad para investigar a sus máximos responsables, precisa que los Estados en conflicto, agresor y víctima, sean parte del Estatuto, a la vista de lo dispuesto en el artículo 15 bis apartado 5.

Salvo el caso de los juicios de Núremberg, no se conocen más precedentes de condenas por este crimen, dada la dificultad técnico-jurídica para ello y, todo, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional de tipificarlo como tal delito en el ECPI en Kampala en 2010.

Por estas circunstancias, y, en el ánimo de evitar la impunidad, se ha planteado la posibilidad de crear distintos tribunales de carácter especial o *ad hoc*, nacionales, híbridos o internacionales, que asuman ese reto jurisdiccional en el conflicto armado Rusia-Ucrania. La tarea no es fácil.

La vía de la aplicación de la jurisdicción universal por tribunales nacionales no parece muy recurrente por las dificultades para perseguir a los posibles responsables, pero, desde luego, los tribunales ucranianos, *motu proprio*, podrían juzgar a los autores de los crímenes que, previstos en el Estatuto de la Corte, también estén tipificados en la legislación penal interna.

Y así ha sido en el caso del enjuiciamiento del soldado ruso Vadim Shishimarin, al que, en mayo de 2022, un tribunal ucraniano condenó a la pena de prisión perpetua por la comisión de unos hechos en los que disparó y mató a un hombre de 62 años, que fueron calificados como un crimen de guerra de homicidio (doloso) de civiles, contemplado en el artículo 438, párr. 2 del Código Penal Ucraniano. El proceso deja muchas incógnitas de índole técnica relativas a la imparcialidad de las investigaciones y a una instrucción judicial con muchos sesgos (Ambos, 2022).

La opción de la instauración de tribunales nacionales híbridos, con inspiración en un tribunal de la misma naturaleza que juzgó a los líderes de los jemeres rojos en Camboya y que se integrarían por magistrados ucranianos e internacionales, es igualmente difícil, pese al apoyo de los Estados Unidos, pues deben enfrentarse a la problemática de la efectividad para llevarla a cabo y otras cuestiones como el de la inmunidad de los posibles responsables que luego analizaremos.

En los años 90, se crearon los tribunales específicos de carácter internacional para enjuiciar los *crímenes centrales* que se pudieron cometer en la ex Yugoslavia y Ruanda; y se hizo por sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En el conflicto que nos ocupa analizar, resultaría muy complicado llevar a cabo este proyecto por el derecho de veto que Rusia tiene en el Consejo de Seguridad, aunque la Resolución 377 (V) de la Asamblea General de Naciones Unidas acoge un *iter* de acción alternativa para el caso de bloqueo del Consejo de Seguridad, con arreglo al mandato de la Carta de las Naciones Unidas. Las puertas a la creación del órgano judicial de tal naturaleza están abiertas.

Es muy interesante, desde el punto de vista jurídico, el análisis de la posición de la Unión Europea al respecto, al haber manifestado su apuesta por establecer este tipo de tribunal especializado para juzgar los crímenes que pudiera haber cometido Rusia en el acto de invasión de Ucrania —genocidio, lesa humanidad, delitos de guerra y por la agresión a Ucrania— con la estructuración de un mecanismo de cooperación con la Corte Penal Internacional que complementaría posibles vacíos legales.

En la resolución del Parlamento Europeo de enero de 2023, se recuerda que, a raíz de dos declaraciones *ad hoc* de Ucrania, la Corte Penal Internacional tiene competencia para investigar los crímenes de guerra, contra la humanidad y el genocidio cometidos en territorio de Ucrania desde noviembre de 2013.

Aclara que no tiene competencia para enjuiciar el delito de agresión, puesto que los países afectados no son firmantes del Estatuto de Roma, y

concluye que la creación de un tribunal especial *ad hoc* sobre el crimen de agresión, por violación clara e indiscutible de la Carta de las Naciones Unidas por parte de la Federación Rusa, no solo no afectaría a la competencia de la propia Corte, sino que complementaría esfuerzos de investigación de la Corte y su fiscal, que ya ha comenzado a actuar.

Dicho lo anterior, se plantea la cuestión de la legitimidad de estos tribunales especiales, derivada de su carácter excepcional y su naturaleza *ex post facto*.

En nuestra opinión, la principal razón de ser de los mismos debería comenzar por el hecho de que las Naciones Unidas, particularmente su Asamblea General, se pronunciasen al respecto mediante la adopción de una resolución que no genere ninguna obligación, sin perjuicio de su cristalización como derecho consuetudinario a través de la *opinio iuris*. En ella, bien se instaría a las propias Naciones Unidas y a Ucrania a celebrar un tratado bilateral, como ocurrió con el Tribunal Especial para Sierra Leona, aunque luego fue el Consejo de Seguridad quien otorgó ese poder al secretario general, o bien se instaría a la jurisdicción territorial de Ucrania que delegaría en ese tribunal especial, con atención al problema antes anunciado de las inmunidades de los jefes de Estado.

El Tribunal Internacional de Justicia estima que la inmunidad de los jefes de Estado no sería apreciable ante la exigencia de responsabilidad penal de un tribunal internacional, pero existen presiones políticas de las grandes potencias que obligan a todo lo contrario.

En términos del derecho de cooperación, la problemática podría minimizarse, sin eliminarse, si en la resolución de la Asamblea general se contemplase una exclusión de inmunidad de acuerdo con el artículo 27 del ECPI, eso sí, una vez que los máximos responsables no tuvieran una posición de poder.

Al margen de lo dicho, también se plantean dudas sobre cómo debería establecerse la cooperación de los tribunales especiales creados con la Corte Penal Internacional.

Inicialmente, de acuerdo con lo expuesto, correspondería a la Corte investigar *ratione materiae* todos aquellos delitos que no sean el de agresión, cuya competencia sería del tribunal especial, pero la realidad se impondría y se tornaría más complejo en investigaciones paralelas y superpuestas que plantearían serias dudas de coordinación y preferencia.

El último obstáculo es el de la organización y financiación o, lo que es lo mismo, definición del personal integrante, especialmente jueces y fiscales, plazos de creación, sede y la dotación económica que les permitiría subsistir, no derivada de las Naciones Unidas por los países que forman

parte de ella sino, está claro, de aportaciones voluntarias, recurso difícil de obtener.

6. CONCLUSIONES

1. La intervención militar de la Federación de Rusia a Ucrania, que tuvo lugar en febrero de 2022 pero cuyo origen data de finales de 2013, no ha resultado ser una acción limitada a los objetivos estrechos que el presidente Putin estableció en desmilitarización y desnazificación del territorio de ese país, sino que ha constituido realmente un ataque total con el fin de la ocupación de Ucrania, que transgrede lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. No sirve, desde el punto de vista del derecho internacional, la llamada a la legítima defensa de sus intereses de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas ante un más que improbable objetivo de ataques a los que debería responder decisivamente.
2. ¡En esta situación se precisa la intervención de la comunidad internacional, que ha rechazado casi de forma unánime la agresión rusa, pero, además, se estima que deben existir consecuencias de todo tipo. De forma especial, se exige la intervención de los tribunales internacionales.
3. Así lo requirió Ucrania, que reclamó al Tribunal Internacional de Justicia de Naciones Unidas que declarase que la independencia de las zonas del Dombas y la operación militar son fruto de una acusación falsa de genocidio de Rusia contra Ucrania y que se efectúe la reparación de daños correspondiente, instando, inicialmente, a que se adopten medidas para que la situación no vuelva a repetirse.
4. También tenía esperanza Ucrania, sin necesidad de interponer nueva demanda, de que, en el presente asunto la Corte, se pudiera declarar competente, al entender que a quien había que exigir responsabilidad por la comisión del presunto crimen de genocidio por incumplimiento de la Convención al efecto era a Rusia.
5. Se consiguió que el Tribunal accediese, que acordó, por unanimidad, el cese de cualquier acción que pueda agravar o extender la disputa o hacerla más difícil de resolver y, mayoritariamente, exigió que la Federación Rusa suspendiera de forma cautelar e inmediatamente las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero de 2022, con nula eficacia en la práctica.

6. La intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no parece muy real porque Rusia no pertenece al Consejo de Europa y el conflicto armado está en pleno desarrollo.
7. V Sin duda, el presidente de la Federación Rusa tiene una responsabilidad penal individual por los delitos competencia de la Corte Penal Internacional, tanto por comisión directa como por no ejercer control efectivo sobre los subordinados.
8. En nuestra opinión, en la denominada operación militar de Rusia en Ucrania concurre un obvio crimen de agresión, pero las dificultades técnicas hacen que su recorrido procesal más que inviable, al requerirse, en todo caso, o bien intervención del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o que los hechos se cometan por nacionales de los Estados partes o en el ámbito de su territorio.
9. Aunque los actores, Rusia y Ucrania, no forman parte del ECPI, este último país ha reclamado su intervención, al reconocer implícitamente su competencia y permitir, en consecuencia, su actuación para enjuiciar, al menos, los crímenes de lesa humanidad y de guerra; lo cual, a la vista de lo acontecido, ha prosperado, de modo que se han iniciado actuaciones fiscales y se ha dictaminado orden de detención judicial por esos motivos.
10. Sin embargo, es cierto que distintas circunstancias de cuño técnico hacen que el proceso tenga una repercusión mediática pero no recorrido judicial
11. La creación de un tribunal especial en Ucrania *ad hoc* de la naturaleza que sea —nacional, híbrido o internacional— para asumir competencias jurisdiccionales en la investigación del crimen de agresión y colaborar con la Corte Penal Internacional, encargada de asumir la depuración de los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, resulta factible y, a la vez, sumamente difícil por cuestiones puras de legitimidad o respeto a la inmunidad de los máximos responsables de los Estados y por aspectos puramente prácticos como los económicos o de infraestructura, que hacen que fuese aconsejable utilizar la estructura de la Corte respaldada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, incluso al barajar la posibilidad de aumentar su presupuesto.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung.
- . (2022). La persecución penal en Ucrania de crímenes internacionales ¿Equitativa, independiente e imparcial? *Almacén de Derecho*. 1 junio 2022. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://almacendederecho.org/la-persecucion-penal-en-ucrania-de-crimenes-internacionales-equitativa-independiente-e-imparcial>
- . (2023). ¿Un Tribunal Especial para Ucrania con problemas de legitimidad? *Almacén de Derecho*. 26 enero 2023. [Consulta: 2024]. Disponible en: <https://almacendederecho.org/un-tribunal-especial-para-ucrania-con-problemas-de-legitimidad>
- CAVANDOLI, S. (2022). Distorting Fundamental Norms of International Law to Resurrect the Soviet Union: The International Law Context of Russia's Invasion of Ukraine. *Netherlands International Law Review*. Pp. 385-410.
- DIB, M. (2022). Military Aggression against Ukraine: Russia Rhetoric and the International Legal Framework. *European Liberal Forum Papers. ELF Policy Paper*. 17.
- GARROCHO SALCEDO, A. M. (2016). *La responsabilidad del Superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Pamplona, Aranzadi.
- KISS, A. (s.f.). La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional. *ZIS*. 1/2016.
- KREß, C. (2022). *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*. Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher, pp 1-41.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G. (2022). La respuesta judicial para determinar la responsabilidad internacional de la Federación Rusa por las violaciones de normas cometidas en la invasión de Ucrania. *Revista Española de Derecho Militar*. 11, pp. 213-241.
- SÁNCHEZ ACOSTA, M. A. (2023). La guerra en Ucrania: algunas notas de derecho internacional y derecho europeo. *Boletín IEEE*. 29, pp. 817-838