

Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales y Corte Penal Internacional

Russian Aggression against Ukraine, International Crimes and International Criminal Court

M^a Dolores BOLLO AROCENA

Profesora Titular de Derecho Internacional Público.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
mariadolores.bollo@ehu.eus
<https://orcid.org/0000-0002-8311-5596>

RECIBIDO: 11 DE ENERO DE 2023 / ACEPTADO: 14 DE FEBRERO DE 2023

Resumen: Pronto se cumplirá un año de la injustificada agresión rusa contra Ucrania. Es por ello tiempo de analizar los patrones de conducta que están teniendo lugar desde su inicio para proceder así a su calificación jurídica con el fin último de buscar la vía para depurar responsabilidades de tipo penal. En este sentido, el trabajo pretende abordar las posibilidades, los retos y desafíos que presenta el Estatuto de la Corte Penal Internacional para enjuiciar a los responsables de los crímenes que están teniendo lugar, abordando en particular, los problemas derivados de la tan traída y llevada inmunidad de jurisdicción penal de determinados órganos del Estado.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Crímenes Internacionales, Crimen de Agresión, Crimen de guerra, Crimen contra la Humanidad, Genocidio, Inmunidad, Ucrania, Federación de Rusia.

Abstract: It will soon be one year since the unjustified Russian aggression against Ukraine. That is why it is time to analyze the patterns of conduct that are taking place in order to proceed to their legal qualification with the ultimate goal of finding a way to purify criminal responsibilities. In this sense, the article aims to address the possibilities and challenges offered by the Statute of the International Criminal Court to prosecute those responsible for the crimes that are taking place, addressing in particular, the problems derived from the immunity from criminal jurisdiction of certain State bodies.

Keywords: International Criminal Court, International Crimes, Crime of Aggression, War Crimes, Crimes against Humanity, Genocide, Immunity, Ukraine, Russian Federation.

Sumario. I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. CRÍMENES COMETIDOS CON OCASIÓN DE LA AGRESIÓN RUSA A UCRA-
NIA. II.1. El crimen de agresión. 2.2 Crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. II.2.1. Consideraciones genera-
les. 2.2.2 Vulneraciones del Derecho de La Haya. II.2.3 Vulneraciones del Derecho de Ginebra. II.3. Genocidio. III. POSI-
BILIDADES DE INTERVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. III.1. Competencia y admisibilidad de la situación
por la CPI. III.1.1 Competencia. III.1.2. Admisibilidad. III.2. Viabilidad del enjuiciamiento del presidente Vladimir Putin por la
CPI: a vueltas con la inmunidad. IV. REFLEXIONES FINALES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108253RB-C31, *Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad*, cuya investigadora principal es la Prof^a. Ana M^a Salinas de Frías. Todas las páginas web citadas en el presente estudio han sido consultadas por última vez el 10 de enero de 2023.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El día 24 de febrero de 2022, el Ejército de la Federación de Rusia dio comienzo a su agresión contra Ucrania, en violación manifiesta de los principios más esenciales sobre los que se asienta el orden jurídico internacional¹: principios de prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, integridad territorial del Estado, no intervención en asuntos internos, arreglo pacífico de controversias, igualdad soberana... Más de diez meses después, la ofensiva rusa continúa, aunque el retroceso de sus posiciones parece en estos momentos una realidad².

Aún a riesgo de que pueda resultar una afirmación un tanto naif en las actuales circunstancias, consideramos más necesario que nunca decir alto y claro que no todo está permitido en la guerra. Los conflictos armados se encuentran sometidos también al imperio del Derecho, y más concretamente al denominado Derecho Internacional Humanitario, presidido, entre otros, por principios como los de proporcionalidad, discriminación –distinción básica entre objetivo civil y militar– o humanidad –contenido en la conocida cláusula Martens–.

Es cierto que la manipulación informativa está a la orden del día, por lo que resulta ciertamente complicado hacer afirmaciones incontrovertibles sobre los hechos que están teniendo lugar. Aún con esa precaución, consideramos que en el curso de la agresión rusa a Ucrania se están produciendo graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, tal y como lo acreditan informes oficiales de distinta procedencia cuya seriedad y rigurosidad están fuera de toda duda, por lo que serán utilizados con el objeto de determinar los hechos en presencia a los efectos de analizar, en primer lugar, la calificación jurídica que merecen las conductas que están teniendo lugar sobre suelo ucraniano, para pasar a reflexionar, en segundo término, en torno al papel que puede desempeñar la Corte Penal Internacional, y más concretamente aspectos relacionados con la competencia y la admisibilidad de

¹ Véase la Declaración de los miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) sobre la agresión rusa en Ucrania, <https://www.aepdiri.org/index.php/declaracion-ucrania>

² Para tener una visión de conjunto de las implicaciones de la agresión rusa a Ucrania, véase PONS RAFOLS, X., «La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho Internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 43, 2022, pp. 11 y ss., <https://doi.org/10.17103/reei.43.08>

la situación ante ella, para concluir, finalmente, analizando los problemas que pueden derivarse del juego de la inmunidad de jurisdicción penal de los más altos responsables de todo lo que acontece. Aunque a día de hoy son 123 los Estados parte en el Estatuto de Roma, y Ucrania no se encuentra entre ese elenco de Estados que se han obligado por el texto que permitió poner en pie la Corte Penal Internacional, el 25 de febrero de 2014, con ocasión de los hechos ocurridos en lo que se dieron en denominar las protestas del Euromaidán –como respuesta a la decisión del gobierno de no firmar finalmente el acuerdo de Asociación con la Unión Europea–, que culminaron con la huida del Presidente Victor Yanukovich, Ucrania emitió la primera declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte conforme al sistema previsto en el artículo 12.3 del Estatuto de Roma³. La decisión fue adoptada por la Rada Suprema (Parlamento de Ucrania), y transmitida después al Secretario de la Corte por la Embajada de Ucrania en Países Bajos⁴, hecho corroborado a renglón seguido por el Ministro de Asuntos Exteriores. Esa declaración reconocía la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para conocer de los actos cometidos entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014. Se trataba, por tanto, de una declaración que reconocía la jurisdicción sobre hechos ocurridos antes de la formulación de la misma, pero cometidos en un lapso temporal muy concreto y limitado.

El 25 de mayo de 2014 se celebraron en Ucrania nuevas elecciones en las que resultó elegido Petró Poroshenko. Bajo su presidencia, el día 8 de septiembre de 2015 Ucrania emitió una segunda declaración de conformidad con el artículo 12.3 del Estatuto, tras obtener la autorización del Parlamento ucraniano (4 de febrero de 2015). La declaración fue remitida a la Secretaría de la Corte Penal Internacional por el Ministro de Asuntos Exteriores⁵, reconociendo la competencia de la Corte para conocer de los hechos ocurridos desde el 20 de febrero de 2014 en adelante, en esta ocasión sin fijar un límite final, razón por la cual puede afirmarse sin forzar en absoluto las cosas que la

³ Para ver un trabajo sobre el alcance del artículo 12.3 del Estatuto de Roma, BOLLO AROCENA, M.D., «La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (art. 12. 3 del ECPI): de la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 31, 2016, 30 pp., <https://doi.org/10.17103/reei.31.03>

⁴ <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>

⁵ https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine

Corte podría llegar a ser competente respecto de los crímenes que se están cometiendo en estos momentos sobre suelo ucraniano.

Si bien la literalidad del artículo 12.3 pudiera plantear dudas sobre la posibilidad del Estado que la emite de elegir los crímenes cuya competencia se acepta, como si de una aceptación a la carta se tratara –recordemos que la disposición se refiere a la posibilidad del Estado no parte de «consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate»–, el artículo 44 del Reglamento de Procedimiento y Prueba⁶, aprobado con posterioridad, dispone que «cuando un Estado presente al Secretario, o le comunique su intención de presentarle una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 (...), el Secretario informará al Estado en cuestión de que la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la situación».

Ello supone, en el caso de la declaración emitida por Ucrania, que reconoce la competencia de la Corte respecto de cualquier crimen de los recogidos en el artículo 5 que pudieran haberse cometido. La pregunta que cabe formular es la siguiente: ¿es posible entender que las declaraciones realizadas por Ucrania en 2014 y 2015, incluyen el reconocimiento de la competencia de la CPI para conocer del crimen de agresión? Ateniéndonos a lo señalado por la literalidad del artículo 44 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, el Estado que emite la declaración lo hace respecto de los crímenes mencionados en el artículo 5, entre los que se encuentra, recordémoslo, el crimen al que nos estamos refiriendo. Dice también que se reconoce la competencia respecto de los crímenes a que corresponda la situación. Podría pensarse que cuando Ucrania formuló su segunda declaración ya se había producido la anexión de Crimea, por lo que «la situación» también podía alcanzar al crimen de agresión. Sin embargo, como decíamos, la activación de la competencia respecto del citado crimen no había tenido lugar aún, por lo que la Corte Penal Internacional no podía y no puede ejercer la jurisdicción sobre tales hechos⁷.

⁶ Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.A, https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-SPA.pdf

⁷ En diciembre de 2017 la 16^a Asamblea de los Estados Parte adoptó por consenso la Resolución ICC-ASP/16/Res.53, denominada «Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión», en la que se acordó que ello tendría lugar a partir del 17 de julio de 2018, en las condiciones establecidas en el Estatuto.

La situación hoy presenta algunas alteraciones. El 17 de julio de 2018 quedó activada la competencia de la Corte respecto de la agresión, por lo que se hace necesario reflexionar en torno a la cuestión de si la declaración emitida en 2015 podría alcanzar también a este crimen, tal cual resultó definido en el artículo 8 bis del Estatuto⁸. Claro que, para ello habrá que analizar en las próximas páginas, en primer lugar, si el 24 de febrero se dio comienzo a la comisión de un acto de agresión en los términos previstos en el Estatuto y, en segundo lugar, si se dan las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción en este supuesto, que, como veremos, no son las mismas que las previstas para el caso de los otros tres crímenes de la competencia de la Corte.

II. CRÍMENES COMETIDOS CON OCASIÓN DE LA AGRESIÓN RUSA A UCRANIA

La Corte Penal Internacional tiene competencia para conocer, siempre en las condiciones establecidas en su Estatuto, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, crimen de genocidio y el crimen de agresión⁹. Analicemos cuál es el estado de cosas en relación con las conductas cometidas en la guerra de Ucrania

II.1. *El crimen de agresión*

Tal y como pusieron de relieve los jueces del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, la guerra de agresión es a menudo «the wellspring of most other international crimes»¹⁰, de ahí que optemos por comenzar

⁸ Y es que, si hoy día son 123 los Estados parte en el Estatuto, solo 43 han aceptado la enmienda. Por lo tanto, hay alrededor de 90 Estados que no han aceptado el artículo 8bis del Estatuto.

⁹ Tal y como se puso de relieve en el informe elaborado por la Comisión Internacional de Investigación creada por el Consejo de Derechos Humanos, la amplia ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (123 Estados) permitiría afirmar que las definiciones de los crímenes contenidas en el Estatuto forman parte del derecho internacional consuetudinario: *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, A/77/533, 18 de octubre de 2022*, parágr. 18, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/637/77/PDF/N2263777.pdf?OpenElement>

¹⁰ *Ad Hoc Committee on the establishment of an International Criminal Court, Comments received pursuant to paragraph 4 of General Assembly Resolution 49/53 on the establishment of an International Criminal Court*, Report of the Secretary General, 20 de marzo de 1995, UN Doc. A/AC.244/1, p. 26.

el estudio de los crímenes cometidos en Ucrania por el crimen de agresión, pues es el crimen a partir del cual se han desencadenado todos los que han venido después.

Si bien en la Conferencia de Roma celebrada en julio de 1998 las delegaciones de los distintos Estados no fueron capaces de definir el crimen ahora analizado, después de importantes debates y de un trabajo ímprobo, la agresión fue definida en Kampala, en el año 2010, en el artículo 8bis del Estatuto, tomando para ello como base la emblemática Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Dos elementos deben estar presentes para afirmar la existencia de un crimen de agresión por el que exigir responsabilidad individual: por un lado, «quien lleva a cabo el acto debe estar en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado». Es, por tanto, un crimen «de los poderosos, los dirigentes, los poderes fácticos» o, dicho de otro modo, «le crime de la crème de la crème»¹¹, tal y como señaló el Prof. Remiro Brotóns; por otro, debe tratarse de un acto que «por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas». Por lo tanto, debe tratarse de un supuesto de los que podemos denominar de uso de la fuerza no acorde con los propósitos y principios de la Carta.

En modo alguno podemos compartir la visión rusa de que la «operación especial» responde al ejercicio de la legítima defensa, una legítima defensa basada en un inexistente derecho a intervenir militarmente para proteger a los ciudadanos rusos de las pretendidas repúblicas independientes de Donetsk y Lugansk –reconocidas unos días antes de manera contraria al derecho internacional– de un discutible crimen de genocidio, como más adelante tendremos ocasión de analizar¹². Esta afirmación no impide que se puedan valorar y en su caso juzgar los hechos que en esos territorios hayan podido tener lugar y de los que puedan ser responsables las fuerzas armadas y más generalmente las

¹¹ REMIRO BROTONS, A., «De la seguridad, el lenguaje y otras calamidades», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2012*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 21-108, en particular p. 60. Para tener una visión de la opinión del autor sobre el crimen de agresión, *vid.* ALCAIDE FERNANDEZ, J., «El crimen de agresión y las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional», en *Principios y justicia en el derecho internacional: Libro Homenaje al Prof. Antonio Remiro Brotóns*, Dykinson, 2018, pp. 339-349.

¹² Para ahondar en las justificaciones esgrimidas por Rusia y su base jurídica, véase PUREZA, J.M., y ALCAIDE-FERNÁNDEZ, J., «La guerra de Ucrania: ¿qué (des)orden antecede a qué nuevo (des) orden?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44, 2022, <https://doi.org/10.17103/rei.44.10>

autoridades ucranianas¹³, pero que en ningún caso avalarían una intervención militar como la iniciada el 24 de febrero, ni aún tratándose de un verdadero genocidio¹⁴. Si, como decíamos, el artículo 8bis exige que se trate de actos de considerable gravedad, y nos centramos en el listado recogido en su apartado 2, lo cierto es que Rusia ha llevado a cabo prácticamente todos, si no todos, los actos que aparecen en la lista señalada, con la complicidad de su vecino Estado de Bielorrusia.

En primer lugar, se ha producido una invasión, un ataque por las fuerzas armadas rusas del territorio de Ucrania; en segundo lugar, se han producido y se siguen produciendo bombardeos por parte de las fuerzas armadas rusas contra el territorio del Estado ucraniano; en tercer lugar, se ha producido el bloqueo de los puertos y de las costas del Estado de Ucrania, con el propósito de impedir el acceso de este país al Mar Negro; en cuarto lugar, induda-

¹³ La anterior Fiscal de la CPI, la Sra. Fatou Bensouda, había iniciado investigaciones preliminares en relación con hechos ocurridos antes del 24 de febrero de 2022, en particular, en relación con hechos ocurridos en Crimea y en el Dombás. La Fiscal se refirió en sus conclusiones a los hechos ocurridos en Crimea –hechos que calificó como crímenes de guerra, cometidos en el marco de un conflicto internacional, y crímenes contra la humanidad–, y hechos ocurridos en el Este de Ucrania en la Región del Dombás, en las provincias de Donetsk y Lugansk –en este caso los calificó como crímenes de guerra, pero sin concretar si habían sido cometidos en el marco de un conflicto armado interno o internacional, pues ello dependerá de las conclusiones que se extraigan sobre el grado de intervención ruso sobre el territorio, siguiendo la línea marcada por el TPIY en el caso Tadic–. La Fiscalía consideró acreditada la muerte de 3000 personas y la existencia de miles de heridos, producidos por ambas partes, tanto por los proindependentistas rusos como por parte de Ucrania. En estas circunstancias, la Fiscal había evaluado la situación y había declarado, a nuestro juicio adecuadamente, la admisibilidad de la situación, en términos de complementariedad y gravedad. Evidentemente los hechos tenían una gravedad significativa (actos que, por su escala, naturaleza, impacto y modo de comisión, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, muestran la gravedad), y en términos de complementariedad, ya que a nivel doméstico, tanto Ucrania como la Federación Rusa mantenían, según señalaba la Fiscal, una actitud pasiva en el sentido de no haber dado pasos tangibles, concretos y progresivos en la investigación de los hechos. Por lo tanto, también la Corte podrá evaluar y en su caso juzgar los hechos ocurridos antes del inicio de la agresión, sea cual sea el bando al que pertenezcan los autores. Véase, *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine*, 11 de diciembre de 2020, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>

¹⁴ Para ver algunos estudios sobre el contenido y alcance de la responsabilidad de proteger: GUTIÉRREZ ESPADA, C. y HORTAL CERVELL, M.J., *Nacimiento, auge y decadencia de la responsabilidad de proteger*, Comares, 2014; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2017; LÓPEZ JAOISTE, E., «La crisis libia desde la perspectiva de la responsabilidad de proteger», *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 27, 2011, pp. 109-152; SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La responsabilidad de proteger: ¿un concepto fracasado?», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 16, 2017, pp. 321-350.

blemente se están produciendo ataques contra las fuerzas armadas terrestres, navales y aéreas, e incluso contra la flota mercante de terceros Estados; en quinto lugar, Rusia ha enviado bandas armadas, grupos irregulares e incluso mercenarios para que lleven actos de fuerza contra Ucrania, actos de gravedad plenamente equiparable a los actos referidos hasta el momento¹⁵. Por su parte, Bielorrusia ha puesto su territorio a disposición del Estado ruso, y ha permitido que sea utilizado para perpetrar el acto de agresión contra Ucrania por el flanco norte del país. En definitiva, no tenemos dudas de la existencia de un claro acto de agresión por parte de Rusia.

II.2. *Crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad*

II.2.1. Consideraciones generales

Los medios de comunicación nos muestran cada día y desde hace ya más de diez meses el desastre humano que se deriva de la guerra. Pero más allá de las valiosas informaciones periodísticas, desde distintos organismos y desde distintas ONGs se han elaborado informes cuya seriedad y rigurosidad están fuera de toda duda, como señalábamos anteriormente, y que vienen a avalar las graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos que están teniendo lugar en Ucrania. Mención especial merecen los informes elaborados en el marco del Mecanismo de Moscú de la OSCE que fue invocado por Ucrania y apoyado por 45 Estados. Ello dio lugar al nombramiento de una misión de tres expertos –Wolfgang Benedek, Veronika Bílková y Marco Sassòli– quienes desplegados sobre el terreno durante tres semanas en dos secuencias temporales distintas (entre el 15 de marzo y el 5 de abril, en la primera ocasión, y entre el 5 de abril y el 25 de junio, en la segunda) elaboraron sendos informes que atestiguan las violaciones a las que nos estábamos refiriendo¹⁶. Desgraciadamente, muchas cosas han

¹⁵ Cfr. artículo 8 bis, párrafo 2, letras a) a g).

¹⁶ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022*, OSCE, ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, 13 de abril de 2022 (OSCE I), <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>; *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, OSCE, ODIHR.GAL/36/22/Corr.1, 14 de julio de 2022 (OSCE II), <https://reliefweb.int/report/ukraine/report-violations-international-humanitarian-and-human-rights-law-war-crimes-and-crimes-against-humanity-committed-ukraine-1-april-25-june-2022>

ocurrido con posterioridad a la finalización del segundo informe, para lo que nos resultan particularmente interesantes otros informes, como el elaborado por la Comisión internacional independiente de investigación creada por el Consejo de Derechos Humanos –y al frente de la cual se encontraban Erik Mose, Jasminka Dzumhur y Pablo de Greiff¹⁷, o por ONGs como *Amnistía Internacional* o *Human Rights Watch*, entre otras.

Como señalábamos anteriormente, aun cuando Rusia sigue negándose a utilizar el término guerra y emplea en su lugar la expresión «operación especial», es una obviedad que existe un conflicto armado entre Estados, por lo que el Derecho Internacional Humanitario resulta de aplicación en este contexto, particularmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, pues tanto Rusia como Ucrania son parte de los citados tratados, y porque gran parte del Derecho denominado de Ginebra es derecho consuetudinario. Igualmente, resultan de aplicación las Leyes y usos de la Guerra o Derecho de La Haya, parcialmente considerado derecho consuetudinario y contenido en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 así como en otros tratados posteriores de los que no siempre Rusia es parte, por lo que salvo que tengan la consideración de derecho consuetudinario no le resultarían de aplicación¹⁸.

Por su parte, los crímenes contra la humanidad, que como es bien sabido aparecieron por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (art. 6, letra c)¹⁹, fueron incluidos con posterioridad en la Resolución 95 (I), de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946²⁰, así como en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por

¹⁷ La Comisión fue creada en la Resolución 49/1, de 4 de marzo de 2022 del Consejo de Derechos Humanos. El informe se centra en hechos ocurridos en la zona de Kiev, Chernihov, Járkov y Sumy entre finales de febrero y principios de marzo, *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, op. cit.*, p. 5: «It focuses on incidents selected based on the gravity of the allegations, their significance in demonstrating patterns of alleged violations, the access to victims, witnesses and supporting documentation, and the incidents geographic locations».

¹⁸ Para ver los Tratados de los que son parte cada uno de los Estados –Ucrania y Rusia–, cfr. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp>

¹⁹ El texto del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg puede consultarse en http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66

²⁰ Resolución de la AGNU 95.I de 11 de diciembre de 1946 sobre confirmación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos* (ORIHUELA CALATAYUD, E. [ed.], Mc Graw Hill, 1998, p. 665).

las sentencias del Tribunal de Nuremberg aprobados por CDI en 1950²¹, o más tarde en otros textos como los Estatutos de los TPIY²² (art. 5) y TPIR²³ (art. 4), hasta llegar al Estatuto de la CPI²⁴ (art. 7) y más allá de él hasta el Proyecto de artículos aprobado en segunda lectura por la CDI sobre la prevención y sanción de los crímenes contra la humanidad en 2019²⁵.

En esencia, y tomando como referencia el artículo 7 del Estatuto de Roma, un crimen contra la humanidad requiere de la presencia de un marco o contexto general –caracterizado por la existencia de un ataque masivo o sistemático, dirigido contra la población civil, realizado por el autor con conocimiento de su participación en el mismo, y siempre respondiendo a una política determinada–, en el que se cometen crímenes como podría ser el asesinato, la tortura, la persecución, o los delitos de componente sexual, entre otros, conductas todas ellas presentes desgraciadamente en Ucrania. A nuestro juicio, a la vista de los elementos que se acaban de señalar, no cabe duda de que en la guerra de Ucrania se están cometiendo crímenes contra la humanidad

Crímenes de guerra y contra la humanidad no se excluyen mutuamente, de modo que un único acto puede ser considerado simultáneamente crimen de guerra y crimen contra la humanidad²⁶, pues, en ocasiones, solo así se completa el desvalor de la acción realizada, tal y como se desprende de la juris-

²¹ Comisión de Derecho Internacional. Principios de Derecho Internacional consagrados por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg (1950), *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos* (ORIHUELA CALATAYUD, E. [ed.]), *op. cit.*, p. 666.

²² Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

²³ Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

²⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544.

²⁵ Comisión de Derecho Internacional, «Proyecto de artículos sobre la prevención y sanción de los crímenes contra la humanidad, con comentarios (2019)», adoptado en su 71^a sesión, en 2019, y presentado a la Asamblea General como parte del Informe NU doc. A/74/10, parágr. 54. Para ver un trabajo reciente sobre el citado Proyecto, CAPELLÁ I ROIG, M. «Los retos y dilemas de un tratado sobre prevención y castigo de los crímenes contra la humanidad en el siglo XXI», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n^o 44, 2022, <https://doi.org/10.17103/reei.44.12>

²⁶ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, *op. cit.*, p. 14. En el mismo sentido autores clásicos como MEYROWITZ, H., *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'Humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle*, Paris, 1960, p. 284.

prudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia²⁷. No obstante, ni Ucrania ni Rusia han incorporado la figura de los crímenes contra la humanidad en su ordenamiento interno, por lo que si tales conductas fueran enjuiciadas internamente los tribunales deberían recurrir a tipos delictivos de derecho común, como es el caso del asesinato, la violación o la tortura, por poner solo algunos ejemplos, lo que podría dar problemas en términos de aplicación del principio de complementariedad²⁸.

Han sido y siguen siendo muchos los crímenes que a diario se cometen en la guerra de Ucrania. Nuestro propósito no es hacer una disección de todos y cada uno de los incidentes ocurridos, pues sería una tarea imposible. Sin embargo, lo que sí podemos es establecer categorías de comportamientos, que, con perfiles más o menos similares, se están repitiendo a lo largo de los meses, con el fin de proceder a su calificación jurídica y valorar, más tarde, la posibilidad de que tales comportamientos sean sometidos a la justicia internacional.

II.2.2. Vulneraciones de las leyes y los usos de la guerra

Los ataques contra infraestructuras civiles de distinto orden están siendo uno de los signos distintivos de la guerra. No hay más que ver las imágenes de destrucción y desolación que presentan numerosas ciudades y aldeas ucranianas, objeto de ofensivas indiscriminadas y claro reflejo de un patrón de conducta por parte de Rusia que ha pretendido, a la vista de los resultados, causar el mayor daño posible al país. Ello supone la violación del artículo 8.2.b).v) del Estatuto, consistente en atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares²⁹. Pero veamos con mayor detenimiento distintas categorías de ataques.

²⁷ Para ver la práctica y el razonamiento seguido en distintos asuntos por el TPIY, cfr. BOLLO AROCENA, M.D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao, 2004, pp. 250 a 261

²⁸ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, op. cit., p. 13.

²⁹ Un ejemplo paradigmático lo constituye Mariúpol, ciudad portuaria al sur del país –con una población de 430.000 habitantes antes del inicio de la guerra– sometida al ataque de las fuerzas rusas desde el 2 de marzo de 2022. La población civil quedó atrapada en la ciudad, sin acceso a electricidad, al agua, a la comida o a las medicinas. Rusia anunció la toma de la ciudad el 16 de mayo tras conseguir controlar la acería en la que se encontraba el batallón Azov, que defendía el último bastión de la ciudad, la propia acería, y a un importante número de civiles que no habían conseguido abandonar la ciudad, pues las fuerzas rusas impedían constantemente su evacuación,

En primer lugar, cabría mencionar los ataques dirigidos contra cientos de *hospitales*, también *ambulancias*, en distintas ciudades de Ucrania –y, en consecuencia, el ataque sufrido por *personas heridas o enfermas*, así como el *propio personal sanitario*– que distintos informes oficiales han podido atestiguar³⁰. La Organización Mundial de la Salud había documentado para el 17 de mayo de 2022, 226 ataques contra tales objetivos desde el inicio de la guerra³¹. Ello constituye un crimen de guerra, tipificado en el artículo 8.2.b) xxiv) del Estatuto de Roma, también los apartados ii) y iv) de esa misma disposición, en lo que se refiere a ataques dirigidos contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional.

En segundo lugar, están siendo constantes los ataques realizados contra bienes que forman parte del *patrimonio cultural*, así como a *lugares de culto*, que no han perdido la protección que el Derecho Internacional Humanitario les ofrece, por no tratarse de objetivos militares³². La UNESCO había confirmado en el mes de julio los graves daños causados a 70 centros religiosos, 12 museos, 30 edificios históricos, 15 monumentos, 18 edificios dedicados a actividades culturales y 7 bibliotecas, sin que exista constancia hasta la fecha de que se haya producido la destrucción de ningún bien que forme parte del patrimonio común de la humanidad³³. Algunas fuentes indican igualmente que más de 2000 objetos de arte han sido tomados como botín por escuadrones rusos

o cuando la permitían, en muchas ocasiones era para proceder a trasladarlos de manera forzosa a territorio ruso o controlado por Rusia, en violación del derecho internacional humanitario, como luego veremos. La ciudad ha quedado prácticamente derruida.

³⁰ Así ha quedado acreditado por el informe preparado por Associate Press o por Médecins Sans Frontières, Médecins sans Frontières (MSF), *Ukraine: Data and patient accounts reveal consistent indiscriminate attacks against civilian*, 22 June 2022, <https://www.msf.org/data-and-patient-accounts-reveal-indiscriminate-attacks-against-civilians-ukraine-war>

³¹ Sobre los ataques concretos, Véase, *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, *op. cit.*, p. 42. En el mismo sentido, *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania*, *op. cit.*, parágr. 41.

³² Hay quien ha visto en la destrucción del patrimonio cultural un serio indicio de estar cometiéndose un genocidio, valoración que, al menos en estos momentos, no compartimos: «An independent Legal Analysis of the Russian Federation's Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Protect», New Lines Institute for Strategy and Policy y Raoul Wallenberg Centre for Human Rights, mayo 2022, <https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/Spanish-Package-1-1.pdf>

³³ «Unesco warns of attacks on more than 150 cultural spaces in Ukraine», en <https://newsrnd.com/life/2022-06-25-unesco-warns-of-attacks-on-more-than-150-cultural-spaces-in-ukraine.r1e1CrDEcc.html>

específicamente dedicados a ello, con el fin de ponerlos después a la venta en el mercado negro en Rusia³⁴. Estaríamos en presencia del crimen de guerra consistente en dirigir intencionadamente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares, previsto en los artículos 8.2.a). iv) y 8.2.b).ii) del Estatuto, o el de dirigir intencionadamente ataques contra edificios dedicados a la religión las artes las ciencias, o la beneficencia, los monumentos históricos, contenido en el artículo 8.2.b) ix).

En tercer lugar, como expresión del horror que supone una guerra, resultan especialmente dolorosos los ataques a *jardines de infancia, colegios, y centros universitarios*, en definitiva, *lugares dedicados a la enseñanza* como objetivos directos desde el inicio de la agresión, tal y como ha podido ser documentado por organizaciones como *Amnistía Internacional*³⁵ o *Save the Children*³⁶. El Ministerio de Educación ucraniano apuntaba en junio de 2022 el ataque contra más de 1800 colegios, lo que supone no solo un peligro para la integridad de los niños y niñas sino la privación de su derecho básico a recibir educación³⁷. Del modo de proceder se desprende una clara intención de destruir tales bienes, sin que puedan considerarse meros «daños colaterales», pues incluso los colegios están siendo utilizados como centros de operaciones o como lugares dedicados al confinamiento de civiles, e incluso a la tortura³⁸. Ello constituye una violación del artículo 8.2.b).ii) del Estatuto de Roma, por tratarse de ataques intencionales contra bienes que no son objetivos militares, y del 8.2.b).ix) en lo referente al ataque intencional contra edificios dedicados a la educación.

³⁴ MULLINS, Ch., «Ukraine's heritage is under direct attack: why Russia is looting the country's museums», *The Guardian*, 2 de junio de 2022, <https://www.theguardian.com/artanddesign/2022/may/27/ukraine-russia-looting-museums>.

³⁵ *Amnesty International*, «Ukraine: Cluster munitions kill child and two other civilians taking shelter at a preschool», 27 de febrero 2022, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/02/ukraine-cluster-munitions-kill-child-and-two-other-civilians-taking-shelter-at-a-preschool/>; Associated Press, «In possible war crimes, Russia has destroyed or damaged at least 57 Ukrainian schools», 17 de mayo de 2022, <https://www.ny1.com/nyc/all-boroughs/international/2022/05/17/in-possible-war-crimes--russia-has-destroyed-or-damaged-57-ukrainian-schools>

³⁶ *Save the Children*, «Ukraine: twice as many schools attacked in the past 100 days as during the first 7 years of conflict», 2 de junio de 2022, <https://www.savethechildren.net/news/ukraine-twice-many-schools-attacked-past-100-days-during-first-7-years-conflict>; Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, A/77/533, 18 de octubre de 2022, parágr. 54.

³⁷ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, op. cit., pp. 46-48.

³⁸ *Ibid.*, p. 48; *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania*, op. cit., parágr. 42.

En cuarto lugar, cabe mencionar los ataques que de forma esporádica están recibiendo distintas centrales nucleares del país, como es el caso de la *central nuclear de Zaporiyia y sus alrededores*³⁹, si bien Rusia acusa a Ucrania de ser la responsable de los mismos. Con independencia de la autoría, lo cierto es que el Derecho Internacional Humanitario establece que está terminantemente prohibido lanzar ataques contra obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, algo que está siendo incumplido de forma temeraria en este caso. Y es que el artículo 51 del Protocolo I advierte claramente que «las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques, las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar en consecuencia pérdidas importantes en la población civil». Los episodios de ataque a la central nuclear más grande de Europa –y que antes del inicio de la agresión proporcionaba una quinta parte de la electricidad necesaria al país–, aunque también a otras centrales como la de Pivdennoukrainska, cercana a la ciudad de Nikolayev, o la de Chernobil, constituyen una verdadera amenaza que puede llegar a producir efectos devastadores, aunque no sean intencionados sino el resultado de un «error de cálculo». Ello podría constituir un crimen de guerra del artículo 8.2.b) iv) del Estatuto por tratarse de un ataque que puede causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, daños manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta que se vaya a obtener con el ataque.

En esta misma línea, en los últimos tiempos el presidente Zelenski acusa a Rusia de tener la intención de atacar la *central hidroeléctrica de Kajovka*, alimentada por una presa situada en medio del río Dnieper, para lo cual, siempre según el Presidente ucraniano, Rusia habría colocado ya numerosos explosivos estratégicos en la presa. De llegar a producirse un escenario como el descrito, el caos y la destrucción que podría generar a su paso alcanzaría unas dimensiones devastadoras, y constituiría, lógicamente, una violación de la disposición anteriormente mencionada, pero también un crimen contra la humanidad. Es cierto que también Ucrania ha utilizado la estrategia de la apertura de presas con el fin de inundar determinadas áreas e impedir así el avance de las tropas

³⁹ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, op. cit., pp. 42-43. Referencias a ataques posteriores vienen apareciendo en la prensa de forma constante: COLÁS, X., «La ONU alerta de nuevos ataques a la central de Zaporiyia: ¡estáis jugando con fuego!», *El País*, 20 de noviembre de 2022.

rusas. Sin embargo, es evidente que, en estos casos, la liberación del agua de las presas, realizada bajo control y con previo aviso a la población, tiene un fin militar claro, pero sobre todo unas consecuencias bien distintas a las que se producirían como consecuencia de la explosión sorpresiva de la presa de Kajovka a la que nos referíamos

Pero más allá de la catástrofe que podría producir por sí misma la destrucción de la presa, lo cierto es que, a las puertas del crudo invierno, Putin ha centrado sus ataques en la propia red eléctrica ucraniana. Así, a título meramente ilustrativo, el pasado 23 de noviembre, una avalancha de misiles rusos fue lanzada contra distintas infraestructuras vitales para el abastecimiento de energía al país. Como consecuencia de ello, el 70% de la capital ucraniana quedó a oscuras, algo similar a lo que ocurrió en las ciudades de Jarkov y Leópolis, en una estrategia no disimulada de utilizar la energía como arma de guerra, algo particularmente cruel y peligroso para la vida de la población, dadas las bajas temperaturas que experimenta el país en invierno⁴⁰.

En quinto lugar, destacaremos otra de las grandes amenazas para la población en el curso de todo conflicto armado, también en el que se desarrolla en Ucrania, como es el uso indiscriminado *de armas explosivas*⁴¹. Entre tales armas, cabe destacar las *municiones en racimo*, prohibidas por la Convención de 2008, de la que no son parte ni Rusia ni Ucrania, a pesar de lo cual podemos defender la prohibición de su uso por el Derecho Internacional Humanitario debido a su carácter indiscriminado, pues haciendo uso de tales armas resulta imposible distinguir entre objetivo civil y militar. Son varios los episodios en los que ha quedado acreditado que las fuerzas armadas rusas han utilizado este tipo de munición en las provincias de Chernígov, Dnipropetrovsk, Donetsk, Járkov, Jersón, Nikolaiev, Odesa o Sumy⁴². También se han utilizado

⁴⁰ DE VEGA, L., «La primera gran nevada en Ucrania congela a los ciudadanos», El País, 18 de noviembre de 2022, <https://elpais.com/internacional/2022-11-19/la-primera-gran-nevada-en-ucrania-congela-a-los-ciudadanos-ni-siquiera-tenemos-lena-para-afrentar-el-invierno.html>; «El frío congela la guerra y a los ucranianos», RTVE, 28 de noviembre de 2022, <https://www.rtve.es/play/audios/reportajes-5-continentes/reportaje-5-continentes- frio-congela-guerra-ucranianos/6745909/>

⁴¹ *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania*, *op. cit.*, parágr. 44 y ss.

⁴² *Human Rights Watch*, «Intense and Lasting Harm. Cluster Munition Attacks in Ukraine», mayo 2022, <https://www.hrw.org/report/2022/05/11/intense-and-lasting-harm/cluster-munition-attacks-ukraine>; *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania*, *op. cit.*, parágr. 48.

otro tipo de armas ampliamente discutidas como las *armas incendiarias*, pues generan calor y fuego por una reacción química con una sustancia inflamable, causando graves e inmediatos sufrimientos a las personas y destrucción de estructuras civiles. Estas armas se encuentran reguladas en la Convención de 1980 (en vigor desde 1983) sobre ciertas armas convencionales que puedan ser consideradas excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y su Protocolo III, referido específicamente a las armas incendiarias, cuyo uso está prohibido en todas circunstancias contra los civiles pero permitida contra objetivos militares. Tanto Rusia como Ucrania disponen de ese tipo de proyectiles. De hecho, Ucrania ha acusado en distintos momentos a Rusia de utilizar bombas de fósforo blanco en la Región de Lugansk, en Irpin y en las afueras de Kiev⁴³.

Por su parte, las *bombas termobáricas*, si bien no están expresamente prohibidas, no hace falta un gran esfuerzo para concluir que no permiten hacer una distinción entre objetivo civil y militar, por lo que difícilmente su uso es acorde con el derecho internacional humanitario⁴⁴. Desgraciadamente, hay denuncias de la utilización de este tipo de armas tanto por Rusia como por Ucrania, según se desprende del informe elaborado por la misión de expertos de la OSCE⁴⁵. Es irrelevante quién las utilice, pues la valoración jurídica que merece el comportamiento es idéntica. Finalmente nos referiremos a las *minas antipersonal*, reglamentadas en la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, introducción y transferencia de minas antipersonal, convención de la que Rusia no es parte, al contrario que Ucrania que lo es desde 2005. Este tipo de armas, que tienen efectos devastadores sobre los civiles y no solo durante la contienda sino una vez concluida ésta, han sido utilizadas, según se desprende del informe que acabamos de mencionar, al menos en cuatro regiones de Ucrania: Donetsk, Jarków, Kiev y Sumy⁴⁶. Ello tiene un impacto particularmente grave en las zonas rurales en las que viven de la agricultura, y cuyos campos han sido minados con este tipo de armas, lo que exigirá años para que esas áreas queden libres de minas.

⁴³ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, op. cit., p. 51.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 51-52.

⁴⁶ *Human Rights Watch*, «Background Briefing: Landmine use in Ukraine», Junio 2022, https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/06/Background%20Breifing_LandminesUkraine_2022.pdf

Finalmente, las armas de destrucción masiva –expresión que engloba a las armas nucleares, químicas y biológicas⁴⁷– están desafortunadamente de actualidad en el conflicto, pues, por un lado, la amenaza nuclear está latente de forma constante y, por otro, el uso de armas químicas ha sido esgrimida en distintas ocasiones por parte de Ucrania, si bien no se disponen en estos momentos de pruebas fehacientes que acrediten que haya sido así. Se da la circunstancia de que tanto la Federación Rusa como Ucrania son parte en la Convención sobre la prohibición, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y su destrucción de 1992, por lo que de quedar acreditado su uso estaríamos en presencia de una vulneración más, y ciertamente grave, del derecho de la guerra.

En todos estos casos, el uso de los distintos tipos de armas mencionados podría devenir cuando menos en una vulneración del artículo 8.2.a).iii) del Estatuto por causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud de las personas.

II.2.3. Vulneraciones del Derecho de Ginebra

a) *Población civil.*

Todo cuanto hemos señalado hasta el momento tiene una incidencia directa sobre los derechos de la población civil que, precisamente por el hecho de no ser objetivo militar, tiene derecho a que su vida y su integridad queden a salvo. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Además de ser víctimas de los ataques al ser objeto del ataque zonas residenciales, colegios, universidades, hospitales, etc., como acabamos de señalar, está siendo también sometida a otras vulneraciones en sus derechos.

En estos casos, de llegar a probarse la existencia del marco general propio de los crímenes contra la humanidad al que nos hemos referido ya –masividad o sistematicidad del ataque contra la población civil, conocimiento de la participación en ese ataque, y, realización con cierta organización– los comportamientos que vamos a analizar a continuación podrán ser calificados como crímenes de guerra y como crímenes contra la humanidad simultáneamente por la Corte Penal Internacional o por los tribunales nacionales que lleguen a enjuiciarlos.

⁴⁷ CASANOVAS, O., RODRIGO HERNÁNDEZ, A.J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 416.

En este sentido, están documentados, tanto por las autoridades locales como por instituciones internacionales y medios de comunicación, numerosos casos de *ejecuciones sumarias* de civiles en zonas temporalmente controladas por el ejército ruso. El ejemplo más paradigmático de ello es el caso de Bucha⁴⁸ –aunque hay serios indicios de episodios similares en al menos 16 localidades más–; pero más allá del caso concreto, en todos se aprecia un patrón de conducta similar, pues los fallecidos eran personas a las que se había visto por última vez en poder de las fuerzas ocupantes, muchos de ellos aparecían maniatados y con signos de violencia, en ocasiones enterrados, en otras abandonados en la calle o en los sótanos de las casas que habían tomado las fuerzas armadas rusas⁴⁹. Estaríamos en presencia de un crimen de guerra recogido en el artículo 8.2.a).i), relativo al homicidio intencional y en su caso un crimen contra la humanidad incluido en el artículo 7.1.a), ambos del Estatuto de Roma.

Por otro lado, son innumerables los casos de civiles sometidos a *tortura o a tratos inhumanos* por parte de las fuerzas armadas rusas contra ciudadanos ucranianos anónimos, contra autoridades locales, empleados públicos, voluntarios que ayudan a las fuerzas armadas ucranianas o personas que ayudan a la evacuación de los civiles. Indicios como fracturas, heridas, moratones, incisiones a la altura de la garganta, ojos vendados, así como episodios de gritos, llantos y sonidos de tiros, atestiguados por los vecinos, avalarían sin discusión la existencia de ese otro patrón de conducta: la comisión de actos de tortura, llevada a cabo en muchas ocasiones sobre las fuerzas armadas ucranianas, sobre los grupos de resistencia local, o en términos generales, sobre quienes colaboran con las fuerzas armadas de Ucrania⁵⁰ con el fin de obtener información. Se trata de crímenes tipificados en los artículos 7.1.f) o k), y 8.2.a).ii) del Estatuto de Roma.

⁴⁸ BACHELET, M., «Accountability for atrocities committed in Ukraine's Statements Office of the High Commissioner for Human Rights», OHCHR, 27 abril 2022, <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/04/ensuring-accountability-atrocities-committed-ukraine>.

⁴⁹ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, op. cit., pp. 27-28. En el mismo sentido, *Amnistía Internacional*, «Ukraine: Russian forces extrajudicially executing civilians in apparent war crimes – New testimony», <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/04/ukraine-russian-forces-extrajudicially-executing-civilians-in-apparent-war-crimes-new-testimony/>; *Human Rights Watch*, «Ukraine: Executions, Torture, during Russian Occupation», 18 de mayo de 2022, <https://www.hrw.org/news/2022/05/18/ukraine-executions-torture-during-russian-occupation>.

⁵⁰ *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania*, op. cit., parágr. 81.

Otra de las prácticas habituales seguidas por las fuerzas rusas ha sido el *traslado forzoso* de población ucraniana a zonas ocupadas o controladas por los rusos (como la autoproclamada República de Donetsk) o directamente a territorio ruso. Como es bien sabido, el traslado forzoso de población o la conocida como deportación de civiles es una práctica prohibida tanto por los Convenios de Ginebra como por el Protocolo Adicional I, así como por el Derecho Internacional consuetudinario. Tal conducta puede ser calificada como crimen de guerra e incluso puede alcanzar el grado de crimen contra la humanidad si se comete en el marco general que este último tipo establece. La criminalidad de la conducta deriva de la ausencia de un consentimiento genuino, pues el traslado se realiza bajo engaño, coerción, violencia o abuso de poder, entre otras cosas, tal y como puso de relieve hace ya muchos años el TPIY⁵¹. Es cierto que el traslado temporal es posible si obedece a la idea de proteger a las personas de los efectos de la guerra o en el caso de que así lo exijan imperiosas necesidades militares⁵². En otro caso, podrán constituir crímenes incluidos en los artículos 7.1.d) y 8.2.a) vii) y 8.2.b) viii) del Estatuto de Roma.

Pues bien, esta práctica del traslado forzoso de población ha sido habitual tanto en la zona de Mariúpol como en la Región de Jarków, en ocasiones bajo engaño de ir a otro lugar, en otras ocasiones bajo amenaza, sin ofrecer a la población la oportunidad de oponerse, tal y como ha sido extensamente documentado por Human Rights Watch⁵³. En ocasiones, antes de proceder al traslado de la población civil esta pasa por lo que se han dado en denominar «*Campos de filtración*» en los que, tras tomarles las huellas dactilares y hacer una copia de sus documentos de identidad para el registro de sus datos, las personas son sometidas a interrogatorios brutales, con registros corporales humillantes. El objetivo último consiste en averiguar el grado de relación con el batallón de Azov o con las autoridades de Ucrania. Tales conductas constituyen una vulneración de los artículos 7.1.k) y 8.2.a) ii), por tratarse de actos inhumanos o del artículo 8.2.b) xxi) del Estatuto de Roma, por tratarse de actos contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes.

⁵¹ ICTY Appeals Chamber in Drnojelac IT-97-25-A, *Judgement*, 17 de septiembre de 2003, parágr. 229.

⁵² Artículo 58 del Protocolo I de 1977.

⁵³ *Human Rights Watch*, «We had no choice. Filtration and the Crime of Forcibly Transferring Ukrainian Civilians to Russia», Septiembre 2022 disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/09/ukraine0922_web.pdf; *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, *op. cit.*, pp. 30-31.

Por su parte, el *confinamiento ilegal*, sin causa que lo justifique y sin sometimiento de la medida al control judicial, está siendo otro de los patrones de conducta durante el conflicto, con el agravante de que la detención se realiza en muchos casos en instalaciones improvisadas fijadas en edificios previamente ocupados, pero en condiciones inhumanas, según ha reportado la Comisión Internacional Independiente de Investigación, pues estos se prolongan en el tiempo, en instalaciones abarrotadas, obligando a los detenidos a compartir un espacio reducido, a dormir en el suelo, sometidos a bajas temperaturas, a la ausencia de ventilación y de calefacción, con un limitado acceso a la alimentación, al agua y una casi nula atención médica, sin importar la edad de los confinados. Tal sería el caso del poblado de Yahidne, en la provincia de Chernígov, en el que los soldados rusos confinaron a más de 350 civiles, entre ellos 70 niños, durante un mes⁵⁴. El confinamiento ilegal constituye en sí mismo un crimen de guerra tipificado en el artículo 8.2.a). vii) del Estatuto de Roma y, en su caso, un crimen contra la humanidad definido en el artículo 7.1.e) relativo a la encarcelación u otra privación grave de libertad en violación de normas fundamentales de derecho internacional.

Pero quizás una de las conductas más repetidas en todos los conflictos armados, como si de algo inevitable se tratara, son los *delitos de componente sexual* cometidos contra mujeres y niñas, aunque no solo contra ellas⁵⁵. Es, en realidad, una práctica tan antigua como la vida misma. En el marco de la guerra de Ucrania, el relato realizado por víctimas y testigos de las violaciones de mujeres y niñas por parte de miembros de las fuerzas armadas rusas resultan verdaderamente escalofriantes⁵⁶. La edad de las víctimas oscila entre los 4 y los 80 años, circunstancia que agrava aún más si cabe la criminalidad de las conductas cometidas, máxime cuando tales hechos se producen en presencia de sus familiares o después de haber acabado con su vida por intentar defenderlas⁵⁷. Nos encontramos en presencia de conductas constitutivas de crímenes de guerra del artículo 8.2.b) xxii) del Estatuto de Roma, y también de crímenes contra la humanidad del artículo 7.1 g) si se han cometido en el marco general que el tipo establece.

⁵⁴ *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, op. cit.*, parágr. 75-78.

⁵⁵ Para un estudio en profundidad sobre el particular, LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, 230 pp.

⁵⁶ *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, op. cit.*, parágr. 88-98.

⁵⁷ O'BRIEN, M., QUENIVET, N., «Sexual and Gender-Based Violence against Women in the Russia-Ukraine conflict», <https://www.ejiltalk.org/sexual-and-gender-based-violence-against-women-in-the-russia-ukraine-conflict/>

Finalmente, nos vamos a referir a la práctica del *reclutamiento obligatorio de civiles para servir en las fuerzas armadas enemigas*. Antes del inicio de la agresión, las autoridades rusas llamaron a una movilización general, imponiendo el servicio militar obligatorio a todos los hombres en las regiones de Donetsk y Lugansk. El alistamiento fue impuesto a hombres entre 18 y 55 años, traducándose poco tiempo después en su secuestro en las calles, en sus casas o en sus puestos de trabajo, prácticas que pasaron a convertirse en moneda corriente en el Dombás, aunque también en los oblats de Jarków, Jerson y Sumy⁵⁸. De llegar a probarse tales hechos, constituiría una vulneración del artículo 51 del IV Convenio de Ginebra que prohíbe a la potencia ocupante forzar a las personas protegidas a servir en sus contingentes armados o auxiliares, quedando prohibida toda propaganda encaminada a conseguir alistamientos voluntarios, todo ello considerado un crimen de guerra incluido en el artículo 8.2.a.v) del Estatuto de Roma que se refiere al hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga.

b) *Prisioneros de guerra*

Han sido muchas las imágenes a las que el público en general ha tenido acceso y en las que se refleja perfectamente el trato que en ocasiones reciben los *prisioneros de guerra* de un bando y de otro, un trato no siempre compatible con las obligaciones recogidas en el artículo 13 del III Convenio de Ginebra que establece la obligación de las partes contendientes de tratarles humanamente «en todas circunstancias», quedando expresamente prohibido y siendo considerado como una infracción grave cualquier hecho, acto u omisión ilícita que acarree la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder, pero igualmente queda prohibido someter a un prisionero a actos de violencia o intimidación, insultos o a la curiosidad pública. Soldados de ambas partes han sido humillados a través de las redes sociales o de las aplicaciones telefónicas⁵⁹, han sido maltratados y en el peor de los casos, asesinados⁶⁰.

⁵⁸ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, op. cit., pp. 31-32.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 17-19.

⁶⁰ Incluso se llegó a publicar un video en un canal de YouTube, en el que un soldado ucraniano de la Georgian Legion era entrevistado tras la masacre de Bucha, y afirmaba que su unidad «will no longer take Russian military prisoners of war», dando a entender que iban a ser asesinados. *Ibid.*, p. 19 (referidas a conductas contrarias al III Convenio de Ginebra cometidas por los rusos contra las fuerzas ucranianas) y pp. 19-20 (referidas a conductas contrarias al

El trato recibido por los miembros de las fuerzas armadas rusas por parte de su propio Estado es algo sobre lo que se viene hablando desde el inicio de la agresión. Nos referimos a cuestiones tales como la carencia de los medios más elementales para combatir y sobrevivir hasta episodios como los relatados por las fuerzas ucranianas en relación con la repatriación de los cuerpos de los soldados caídos en combate. Y es que, según alegan las autoridades ucranianas, Rusia se niega a recibir los cuerpos de sus soldados muertos con el propósito de ocultar a su opinión pública el número las bajas que está causando esa guerra que no existe, en violación del artículo 34.2.c) del Protocolo Adicional I de 1977⁶¹.

Por otro lado, es bien sabido que un prisionero de guerra no puede ser sometido a juicio por el hecho mismo de participar en la contienda, a no ser que sea acusado de crímenes de guerra. Pues bien, el Tribunal Supremo de la autoproclamada República del Pueblo de Donetsk (DPR) sometió a juicio a tres miembros del ejército ucraniano el 8 de junio de 2022. Dos de ellos eran ciudadanos británicos y el tercero era ciudadano marroquí⁶². El tribunal negó a estas personas el estatuto de prisionero de guerra, que debía ser su verdadero estatuto puesto que se habían enrolado en el ejército ucraniano desde hacía algunos años; uno de ellos ostentaba incluso la nacionalidad ucraniana. Tanto Rusia, como las repúblicas independentistas de Donetsk y Lugansk, sin embargo, entienden que todos los extranjeros que participan en las hostilidades son mercenarios y por tanto quedan automáticamente despojados del estatuto de prisioneros de guerra. Estas personas fueron capturadas por las fuerzas armadas rusas en la acería de Azovstal en Mariúpol⁶³-, juzgadas y

III Convenio de Ginebra cometidas por las fuerzas ucranianas contra los rusos). En el mismo sentido, Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, *op. cit.*, p. 87.

⁶¹ Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, *War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, *op. cit.*, p. 17.

⁶² HILL CAWTHORNE, L., «The prosecution of british fighters by pro-russian separatists in Ukraine», Ejil-Talk, 14 de junio de 2022, <https://www.ejiltalk.org/the-prosecution-of-british-fighters-by-pro-russian-separatists-in-ukraine/>. Y es que los combatientes tienen derecho a participar en las hostilidades, sin que puedan ser juzgados por ese hecho, tal y como se desprende del artículo 43 del Protocolo Adicional I.

⁶³ En tal caso, se aplicaría el III Convenio de Ginebra. Por el contrario, si los captores fueran separatistas pro-rusos, la situación podría ser otra, resultando de aplicación el artículo 3 común, pues los hechos podrían haber ocurrido en el marco de un conflicto armado interno, salvo que puede probarse que el apoyo ruso a los independentistas es tal que se puede hablar de un conflicto internacional, tal y como concluyó el TPIY en el caso Tadić el 2 de octubre de 1995.

sentenciadas en tan solo dos días a la pena capital, bajo la acusación de pertenencia a un grupo criminal, participación en el conflicto como mercenarios o entrenamiento para cometer actos terroristas, todo ello sobre la base del Código Penal adoptado en 2014. Tal y como advirtió la portavoz de la Oficina de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), Ravina Shamdasani, el propio enjuiciamiento y aún más, las condiciones en las que el mismo tuvo lugar, constituyó un crimen de guerra⁶⁴.

Con independencia de la valoración que hagamos de los procesos celebrados en estos momentos en Ucrania o en las repúblicas independentistas o incluso en Rusia –cuestión a la que más tarde nos referiremos cuando abordemos la complementariedad entre tribunales internos y CPI–, en principio si existe base suficiente para proceder a una acusación de crímenes de guerra contra los prisioneros, nada habría que objetar a su enjuiciamiento⁶⁵, no así si lo que se pretende es juzgar a un miembro de las fuerzas armadas enemigas hecho prisionero, por el simple hecho de combatir legalmente. En todo caso, si el tribunal enjuiciador no juzgara a la persona de forma «legítima» e «imparcial», como parece desprenderse de la información que se dispone en estos casos, estaríamos en presencia de un crimen de guerra tipificado en el artículo 8.2.a).vi) del Estatuto de Roma.

II.3. *Genocidio*

Las acusaciones mutuas de haber cometido actos de genocidio, primero por parte de Rusia hacia las autoridades ucranianas en las provincias de Donetsk y Lugansk –hasta el punto de llegar a ser uno de los motivos esgrimidos

⁶⁴ OHCHR, «Death sentence for Ukraine foreign fighters is a war crime: UN rights Office», 10 de junio de 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/06/1120102>.

⁶⁵ Así, por ejemplo, el soldado ruso Vadim Shisimarin, de 21 años, fue acusado de violación de las leyes y usos de la guerra por un tribunal de Kiev y condenado, previa confesión del delito cometido, a cadena perpetua. La acusación traía su causa en el hecho de haber asestado un tiro en la cabeza a un hombre de 62 años que hablaba por teléfono mientras andaba en bicicleta por la carretera en la que se encontraban estacionadas las tropas rusas. Por otro lado, 8 prisioneros de guerra fueron acusados de haber ejercido la violencia contra la población civil en la ciudad de Motyzhin, cerca de Kiev. Al menos otros dos procesos más han tenido lugar en la región de Poltava contra dos soldados rusos acusados de bombardear objetivos civiles en la región de Jarków, bajo la acusación de la violación de las leyes y usos de la guerra. Ambos fueron condenados a algo más de 11 años de prisión. En la medida en que la acusación de crimen de guerra esté bien fundada, el juicio puede tener lugar, siempre, por supuesto, que se respete los estándares que determinan que se trata de un juicio justo.

inicialmente para proceder a la intervención militar– y más tarde, por parte de Ucrania contra Rusia, deben ser analizadas de manera fría y sosegada, pues estamos ante una figura penal que requiere, para confirmar su comisión, la presencia de dos elementos clave.

Por un lado, debe tratarse de conductas cometidas con una intención específica, con un dolo específico, como es el intento de destruir en todo o en parte grupos humanos concretos. Como se ha puesto de manifiesto desde hace ya muchos años es un crimen que se consume por anticipado, con independencia de que los autores consigan o no el resultado pretendido, pues eso es algo que queda fuera del tipo. Es una evidencia la dificultad de probar un elemento volitivo o intelectual, pues en ausencia de declaraciones o escritos expresos es algo que hay que deducir a partir de los hechos. Es difícil en las circunstancias actuales probar la existencia de tal elemento, pero no descartamos que sea algo que pueda llegar a suceder una vez sean recolectadas las pruebas y los testimonios que atestigüen verdaderamente el alcance de lo sucedido⁶⁶.

Por otro lado, debe tenerse presente que la intención destructora debe ir dirigida a los grupos protegidos por la Convención de 1948, y después reproducidos en el artículo 6 del Estatuto de Roma, esto es, grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Es bien sabido que la línea divisoria entre unos grupos y otros no siempre es lo suficientemente nítida, pues lo que estuvo claro en la negociación del Convenio para la prevención y la sanción del genocidio fueron los grupos que querían dejarse fuera del ámbito de protección de la convención. Nos estamos refiriendo a los grupos políticos que fueron expresamente excluidos tras la votación celebrada en el seno de la sexta comisión⁶⁷. Es discutible hoy día la limitación que supone la exigua referencia a esos grupos protegidos, y en ese sentido mantenemos una posición favorable a la defendida en el célebre auto de 5 de noviembre de 1998 por la Audiencia Nacional española cuando señaló la existencia de una concepción social del genocidio más amplia que la tipificada en el artículo 607 del Código Penal, llegando a afirmar incluso que «el silencio –en referencia a la omisión de otros

⁶⁶ Para ver un informe que avala la tesis de la existencia de una intención y un propósito genocida por parte de Rusia contra la población ucraniana, «An independent Legal Analysis of the Russian Federation's Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Protect», *New Lines Institute for Strategy and Policy* y *Raoul Wallenberg Centre for Human Rights*, mayo 2022, <https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/Spanish-Package-1-1.pdf>.

⁶⁷ Sobre el proceso de redacción de la Convención sobre genocidio, cfr. BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Crímenes internacionales y técnicas de represión*, op. cit., pp. 131 y ss.

grupos humanos– no equivale a exclusión indefectible»⁶⁸. Esa interpretación, discutible técnicamente, es la que ha defendido, por ejemplo, el legislador francés cuando define genocidio como «le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux» pero añade a continuación «ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants»⁶⁹. En cualquiera de los casos, Convención sobre genocidio y el Estatuto de Roma señalan ambos el mismo marco de aplicación, marco que, en el caso que nos ocupa, no creemos que plantee problemas para aplicar el tipo, pues fácilmente podría hablarse –en caso de que existieran pruebas en ese sentido– de un intento por parte de Rusia de acabar con un grupo nacional, el ucraniano o de un intento por parte de Ucrania de acabar con un grupo étnico, el conformado por los prorrusos de Donetsk y Lugansk.

En definitiva, será más adelante cuando pueda confirmarse o no la existencia de un crimen de genocidio, por parte de Ucrania –como ha alegado insistentemente Rusia⁷⁰–, por parte de Rusia –como de manera no excesivamente insistente mantiene Ucrania–, o ninguno de los dos países. En todo caso, a nuestro juicio, el problema de cara a la tipificación de las conductas como genocidio vendrá más por la prueba del elemento intelectual –intención de aniquilar un grupo humano– y no tanto por la pertenencia de las víctimas a uno de los grupos protegidos.

⁶⁸ Auto de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo en Argentina, Sumario 19/97, auto de 5 de noviembre de 1998.

⁶⁹ Véase Artículo 211.1 del Código Penal francés, modificado por la Loi 2004-800 de 6 de agosto de 2004.

⁷⁰ Como ya se ha señalado anteriormente, uno de los argumentos esgrimidos por Rusia para iniciar su guerra de agresión fue el supuesto genocidio que Ucrania estaba cometiendo en la región del Dombás. En una maniobra ciertamente ingeniosa por parte de Ucrania, este Estado introdujo una demanda contra Rusia ante la CIJ, tomando como base de la competencia el artículo IX de la Convención sobre genocidio de la que ambos Estados son parte, con la pretensión de obtener, entre otras cosas, la declaración de la Corte negando la comisión de tal genocidio por parte del Estado ucraniano. Si bien la CIJ adoptó medidas cautelares el pasado mes de marzo (el texto de la decisión puede consultarse en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>), aún está por resolver si esta es competente o no para entrar en el fondo de la demanda planteada por Ucrania. Para ver un trabajo reciente sobre esta cuestión, GARRIDO MUÑOZ, A., «Al filo de su competencia *ratione materiae*: la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Alegaciones de genocidio en virtud de la convención para la prevención y la sanción del crimen de Genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, 2022-2, pp. 77-104.

III. POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

III.1. *Competencia y admisibilidad*

III.1.1. Competencia

De conformidad con las previsiones contenidas en el Estatuto de Roma tres son los modos de activación de la competencia de la Corte Penal Internacional: Estados parte, Fiscal de oficio y Consejo de Seguridad. Descartando por motivos obvios la última opción, la Corte podría llegar a ser competente respecto de los crímenes de guerra, contra la humanidad o genocidio cometidos sobre territorio ucraniano, bien a instancias del Fiscal de oficio –con la preceptiva autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares–, bien a través de la remisión de la situación por uno o más Estados parte en el Estatuto. En ambos casos sería necesario que fueran parte en el tratado creador de la Corte Penal Internacional el Estado territorial o el Estado de nacionalidad del autor. De no darse tal circunstancia, el Estatuto prevé en su artículo 12.3 la posibilidad de que el Estado cuyo consentimiento sea necesario para que la Corte ejerza su competencia emita una declaración aceptando su jurisdicción. Esa es, precisamente, la situación en la que se encuentra Ucrania, tal y como ya hemos señalado anteriormente.

Pues bien, el 28 de febrero de 2022, tan solo cuatro días después del inicio de la agresión, el Fiscal de la Corte Penal anunció su intención de abrir una investigación de oficio en relación con los hechos que habían comenzado a cometerse desde el día 24 de febrero⁷¹, para lo cual debía solicitar autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, algo que llegó a hacer el 2 de marzo de 2022⁷². No obstante. Lituania, primero (el 1 de marzo), un grupo de 39 Estados⁷³, des-

⁷¹ <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220228-prosecutor-statement-ukraine>

⁷² Comunicación de la intención a la Presidencia de la CPI https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2022_01687.PDF; Remisión de la situación de Ucrania a la Sala de Cuestiones Preliminares II por la Presidencia de la CPI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento de la Corte https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_01686.PDF

⁷³ Albania, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chipre, Checia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Suecia y Suiza. El 7 de marzo de 2022, Macedonia informó que se sumaba a la remisión de la situación realizada por el grupo de Estados.

pués (el 2 de marzo), y algunos otros aún más tarde⁷⁴, remitieron la situación al Fiscal, actuando de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 a) y 14.1 del Estatuto de Roma. Se trata de una remisión colectiva o, como denominó Escobar Hernández «una suerte de actuación en interés del Derecho y de la Comunidad Internacional»⁷⁵. De esta forma, el Fiscal tenía el camino libre para abrir una investigación sin necesidad de obtener previamente autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.

Por lo tanto, la Corte Penal Internacional podría tener competencia para enjuiciar los crímenes de guerra, contra la humanidad o genocidio que están cometándose en Ucrania. Cuestión distinta es la competencia para depurar responsabilidades por la propia comisión del acto de agresión. Y es que, como es bien sabido, el artículo 15 bis del Estatuto de Roma, referido al ejercicio de la competencia sobre este crimen, establece que respecto a los Estados no parte en el Estatuto, en los supuestos de remisión de la situación por un Estado parte o por el Fiscal *motu proprio*, «la Corte no ejercerá su competencia (...) cuando este sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo»⁷⁶. Por lo tanto, la CPI no podrá ejercer su jurisdicción respecto de los responsables de la agresión rusa a Ucrania, pues dejando a un lado en este momento consideraciones sobre la inmunidad, Vladimir Putin es nacional ruso y Rusia no es Estado parte en el Tratado. Y por razones obvias, la vía de la remisión de la situación por parte del Consejo de Seguridad es una vía «muerta» por lo que no es necesario profundizar mucho más en ello.

Por todo ello, son lógicas y comprensibles las iniciativas que patrocinan la creación de una jurisdicción *ad hoc* para enjuiciar a los responsables de la agresión rusa a Ucrania, apoyadas por organizaciones internacionales como el Consejo de Europa (Asamblea Parlamentaria)⁷⁷ o la Unión Europea (Parla-

⁷⁴ Fue el caso de Japón y Macedonia del Norte (11 de marzo de 2022), Montenegro (21 de marzo de 2022) y Chile (1 de abril de 2022)

⁷⁵ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Ucrania y la Corte Penal Internacional. Una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, 2022, pp. 57-75, en particular p. 63.

⁷⁶ VAL GARIJO, F., «La activación de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto del crimen de agresión», en PETIT DE GABRIEL, E.W. (dir.), *La Corte Penal Internacional 20 años después*, 2021, pp. 173-192.

⁷⁷ Resolución 2436 (2022), de 28 de abril, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, <https://pace.coe.int/pdf/fa02a5672334527444dc210c5dab03df71864ae0fc-169d8a890d751b53efdec1/resolution%202436.pdf>.

mento Europeo)⁷⁸, que proponen la creación del tribunal, vía tratado internacional, en el marco de Naciones Unidas, o la doctrina más reputada, liderada por Philippe Sands⁷⁹, aunque, como resulta evidente, su creación no estará exenta de problemas.

III.1.2. Admisibilidad

Como es bien conocido, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional tiene naturaleza complementaria⁸⁰, de tal modo que la investigación abierta

⁷⁸ Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2022 sobre la lucha contra la impunidad por los crímenes de guerra en Ucrania [P9_TA (2022)0218], https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0218_ES.pdf. Más recientemente, concretamente el pasado 19 de enero de 2023, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución titulada The establishment of a tribunal on the crime of aggression against Ukraine [P9_TA (2023)0015] (2022/3017(RSP), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_EN.pdf

⁷⁹ <https://justice-for-ukraine.com>. Por razones de espacio no podemos profundizar en esta cuestión. Para ver exactamente el texto de la propuesta, <https://justice-for-ukraine.com/wp-content/uploads/2022/03/FR-DEC-SPECIAL-UKRAINE-AGGRESSION-TRIBUNAL.pdf>. El punto 3 de la misma señala que «Les soussignés, représentant les gouvernements de (...) 3. décident, dans une sprit de solidarité internationale, d'accorder la compétence décollant des codes pénaux nationaux et du droit international général à un tribunal pénal international dédié qui devrait être établi pour enquêter et poursuivre les individus qui ont commis le crime d'agression à l'égard du territoire de l'Ukraine, y compris ceux qui ont influencé ou façonné matériellement la commission de ce crime». Puede consultarse igualmente el informe preparado a instancias del Subcomité de Derechos Humanos (DROI) del Parlamento Europeo por Olivier Corten y Vaios Kontroulis titulado «Tribunal for the crime of aggression against Ukraine – a legal assessment», [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA\(2022\)702574_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA(2022)702574_EN.pdf)

⁸⁰ Sobre complementariedad en general: EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity in Intrnational Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Maritnus Nijhoff Publisers, Leiden and Boston, 2008; KLEFFNER, J. *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008; QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; SELLS, P., *Manual de complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y de la CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018; STAHN, C. y EL ZEIDY, M., *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011; STIGEN, J., *The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, 2008; DANCY, G. y MONTAL, F., «Unintented Positive Complementarity: Why International Criminal Court Investigations May Increase Domestic Human Rights Procecutuons», *American Journal of International Law*, vol. 111, n° 3, julio 2017, pp. 689-723; BUJOSA BADELL, L.M., «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y la relatividad del efecto de cosa juzgada interna», *Pensamiento Jurídico*, 2009, n° 26, Sept.-Dic., pp. 253-276; OLÁSULO ALONSO, H., «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no are una investigación, sobre la situación en Colombia?», *Revista Electrónica de Estudios Inernacionales*, vol. 24,

por la Fiscalía –referida a los hechos ocurridos a partir de 2013, pero también a hechos ocurridos en los últimos meses– podrá continuar su curso, siempre y cuando la situación se declare admisible y los hechos alcancen la gravedad requerida para ello⁸¹. Comenzaremos por esto último, esto es, por la cuestión de la gravedad, pues nos parece más obvio. Y es que, a la hora de valorar la gravedad de los hechos, la Oficina de la Fiscalía tiene en cuenta aspectos cuantitativos y cualitativos, concretamente analiza la escala, la naturaleza, el modo de operar de los autores, así como el impacto de los crímenes sobre la población, lo que se traduce en indicios tales como el número total de víctimas –directas e indirectas–, la extensión de los perjuicios causados, la distribución geográfica y temporal, los medios puestos a su disposición para ejecutarlos, el grado de participación e intención de sus autores, la naturaleza más o menos sistemática de los crímenes, la existencia de un plan, una política o un abuso de poder, los perjuicios causados en los planos social, económico, ecológico en el seno de la comunidad concernida, incluso para terceros⁸². En fin, de todos elementos no cabe sino concluir que los hechos que están teniendo lugar sobre territorio de Ucrania alcanzan de sobra el umbral necesario para que la Corte Penal Internacional pueda ocuparse de ellos.

Centrándonos en la cuestión de la complementariedad, es bien sabido que la Corte Penal Internacional tiene una jurisdicción que podríamos denominar «residual», en la medida en que si los Estados hacen lo que, a nuestro juicio, el ordenamiento internacional les exige, esto es, juzgar a los responsables de los crímenes internacionales que tengan lugar en su territorio, la Corte Penal Internacional sería una Corte simbólica. Ahora bien, si los Estados con competencia principal para conocer de los hechos no quieren –porque les vaya algún interés en ello–, o no pueden depurar responsabilidades –por carecer de un sistema de administración de justicia eficaz, por no poder obtener pruebas o detener a los responsables, por ejemplo–, o terceros Estados sobre la base

nº 2, 2012, pp. 1-45; PIERNAS LÓPEZ, J.J., «La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015, pp. 115-154.

⁸¹ Sobre la gravedad, EL ZEIDY, M., «The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court», *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, pp. 35-57; STEGMILLER, I., «The Gravity Threshold under the ICC Statute: Gravity Back and Forth in Lubanga and Ntaganda», *International Criminal Law Review*, vol. 9, 2009, pp. 547-565.

⁸² Office of the Prosecutor, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, Noviembre 2013, parágr. 59 y ss., https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-FRA.pdf

de otros títulos como el de personalidad activa, pasiva o el ya «descafeinado» principio de justicia universal, la Corte Penal Internacional podría declararse competente, naturalmente, cumpliéndose el resto de condiciones.

Según se desprende del segundo informe elaborado en el marco del mecanismo de Moscú, la Oficina del Fiscal General de Ucrania había registrado alrededor de 20.000 casos de crímenes internacionales, 18.000 de ellos incluidos bajo el paraguas de los crímenes de guerra y alrededor de 70 relacionados con el acto de agresión, siendo incluidos el resto en un cajón de sastre denominado «otros crímenes»⁸³. Por otro lado, la prensa internacional se ha hecho eco de que tanto policías, como médicos y forenses están realizando una tarea de documentación, pueblo a pueblo, de los crímenes cometidos por soldados rusos –hasta el momento más de 16.000 casos–, para elaborar el «Libro de los verdugos» anunciado por el Presidente Zelenski⁸⁴.

Estas y otras investigaciones se han traducido en algunos procesos judiciales por parte de los tribunales ucranianos. El primero de ellos –al que nos hemos referido anteriormente– tuvo en su punto de mira al militar ruso Vadim Shishimarin, acusado de asestar un tiro en la cabeza a una persona que, simplemente, hablaba por teléfono mientras conducía su bicicleta por una carretera en la que estaban estacionadas las fuerzas rusas⁸⁵. El resultado del proceso fue la condena a la cadena perpetua. Otros dos soldados rusos más habían sido sometidos a juicio y condenados a 8 años de prisión, según se desprende del informe preparado por la misión especial de la OSCE, bajo la acusación de participar en el bombardeo de objetivos civiles⁸⁶. Además, al menos otros ocho soldados rusos están siendo sometidos a los tribunales ucranianos acusados de haber ejercido la violencia contra los civiles en la ciudad de Motyzhin, cerca de Kiev⁸⁷.

⁸³ Así lo recuerda el informe de expertos de la OSCE, citando a su vez el informe de la Fiscalía ucraniana, únicamente disponible en ucraniano, «*Crimes committed during the Full-Scale Invasion of the RF*», *Office of the Prosecutor General of Ukraine*, 25 de junio de 2022, <https://en.gp.gov.ua/ua>.

⁸⁴ DE VEGA, L. «A la caza de los crímenes de guerra en Ucrania con la patrulla de la agente Yuskevich», *El País*, 20 de junio de 2022, <https://elpais.com/internacional/2022-06-20/a-la-caza-de-crimenes-de-guerra-en-ucrania-con-la-patrulla-de-la-agente-yuskevich.html>.

⁸⁵ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, *op. cit.*, pp. 74-75. GARCÍA, J, CUESTA, J.G., «Ucrania condena a cadena perpetua al primer soldado ruso juzgado por crímenes de guerra», *El País*, 23 de mayo de 2022, <https://elpais.com/internacional/2022-05-23/ucrania-condena-a-cadena-perpetua-al-primer-soldado-ruso-juzgado-por-crimenes-de-guerra.html>.

⁸⁶ *Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, *op. cit.*, p. 75.

⁸⁷ *Ibidem*.

Si estos capítulos, quizás aún puntuales, se convirtieran en regla general, podría llegar a alegarse que Ucrania y la propia Rusia, incluidas las autoproclamadas Repúblicas de Donetsk y Lugansk, están cumplimiento con su obligación, y en ese sentido, en aplicación del principio de complementariedad, la Corte Penal Internacional debería declarar la situación inadmisibile. No obstante, en estas circunstancias, consideramos necesario poner en cuestión la conveniencia o la oportunidad de la intervención de los tribunales de los Estados directamente implicados –rusos y ucranianos– en la depuración de responsabilidades, ante el peligro de que no administren justicia con la imparcialidad propia de la función jurisdiccional⁸⁸. Así, por ejemplo, se desconocen las circunstancias en las que el soldado ruso, Vadim Shishimarin, se declaró culpable, ante quién lo hizo, incluso se desconoce el texto completo de la sentencia, pues hasta la fecha solo se ha hecho pública la condena⁸⁹; se desconoce si fue respetada verdaderamente la presunción de inocencia o si, por el contrario, fue considerado culpable desde un inicio, o si se tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad en la imposición de la pena o la atenuante de haber actuado en cumplimiento de la orden de un superior. Mayores dudas plantean las condiciones en las que se celebró el juicio de los soldados ucranianos, a los que nos hemos referido anteriormente, condenados por el Tribunal Supremo de la autoproclamada República del pueblo de Donetsk a la pena capital en el curso de un proceso que duró dos días⁹⁰. Hay que reconocer, sin embargo, que la Corte Penal Internacional carece de los medios materiales y humanos para juzgar todos los crímenes cometidos en las situaciones que ha asumido, por lo que sin la contribución de los tribunales internos de los Estados la impunidad estará asegurada en muchos casos.

Para hacer frente a las reticencias que mostrábamos, siempre cabe alegar que la Corte Penal Internacional puede reabrir aquellos procesos que estime que no se han conducido de manera adecuada, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto de Roma⁹¹. No descartamos tampoco que la Corte adopte posiciones distintas en función de las circunstancias,

⁸⁸ NURIDZHANIANA, G., «Prosecuting war crimes: are Ukrainian Courts fit to do it?», <https://www.ejiltalk.org/prosecuting-war-crimes-are-ukrainian-courts-fit-to-do-it/>

⁸⁹ Ver el Post de Kai Ambos en EJIL Talk, de 10 de junio de 2022 titulado «Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?», <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>

⁹⁰ Cfr. supra apartado 2.2.3.b)

⁹¹ Sobre la sanción de los crímenes internacionales y el principio de non bis in ídem: BOOK, J.P., *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Wien 2011.

esto es, que declare admisible un caso e inadmisibles otros en relación con una misma situación –la de Ucrania–, como lo ha hecho ya en el marco de la situación libia, en la que, como es bien conocido, declaró admisible el caso de Saif Al-Islam Ghaddafi, hijo del presidente libio⁹², e inadmisibles el de Abdullah Al-Senussi, jefe de la inteligencia⁹³, acusados ambos de crímenes contra la humanidad.

En todo caso, hoy por hoy y con la información de la que disponemos, los supuestos de enjuiciamiento de responsables de crímenes cometidos en el curso de la guerra son, en proporción a los hechos ocurridos, excepcionales, por lo que resulta verdaderamente necesario que la Fiscalía refuerce las labores de investigación, obtención y conservación de pruebas, pues solo así, en un futuro esperamos no muy lejano, podrá la Corte Penal Internacional impartir justicia.

III.2. *La viabilidad del enjuiciamiento del Presidente Vladimir Putin por la Corte Penal Internacional: a vueltas con la inmunidad*

Si la Corte Penal Internacional es competente y la situación se declara admisible, la última cuestión en torno a la que consideramos oportuno reflexionar es la posibilidad de que esta enjuicie a quien a todos los efectos es el máximo responsable de los crímenes que han venido tras el desencadenamiento de la agresión, que, obviamente, no es otro que el Presidente ruso Vladimir Putin, pues, aunque a nuestro juicio no tendría sentido dejar al margen de la

⁹² Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, 31 mayo 2013, apartado 135: «Libya has fallen short of substantiating, by means of evidence of a sufficient degree of specificity and probative value, the submission that the domestic investigation covers the same case that is before the Court». Esta decisión fue avalada posteriormente por la Sala de Apelación: Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, *Judgement on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 mayo 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi»*, No. ICC-01/11-01/11 OA4, Appeals Chamber, 21 mayo 2014. Para ver un trabajo sobre el particular, STAHN, C., «Libya, the International Criminal Court and Complementarity: a Test for ‘Shared Responsibility’», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n° 2, mayo 2012, pp 325-249.

⁹³ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, 11 octubre 2013, apartados 167 y 169, así como 308. Esta decisión fue confirmada posteriormente por la Sala de Apelaciones: Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, *Judgment on appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 octubre 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi»*, No. ICC-01/11-01/11 OA6, 24 julio 2014.

justicia precisamente a quienes instigan, ordenan o amparan este tipo de conductas, es preciso analizar el derecho internacional vigente para saber si, en el estadio actual de las cosas, aquel puede ser sometido a la acción de la justicia internacional.

En este sentido, conviene recordar el *obiter dictum* contenido en la sentencia dictada por la CIJ en 2002 en el caso de la *Orden de detención* según el cual, en determinadas circunstancias, el principio de inmunidad de jurisdicción penal absoluta que acababa de proclamar en relación con las jurisdicciones nacionales y los Ministros de Asuntos Exteriores –y por extensión, obviamente, a Jefes de Estado y de Gobierno– presentaba algunas excepciones. Así, afirmó que «un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre de affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes»⁹⁴.

Son dos las disposiciones de referencia para analizar esta cuestión: los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma. Y es que si bien el primero de ellos, el artículo 27, afirma en su segundo párrafo que «las inmunidades, las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia», el artículo 98.1 establece que «la Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad». Se trata de dos disposiciones que –abordando desde prismas distintos cuestiones relacionadas– han dado lugar a un importante debate reflejado en declaraciones y comportamientos de los Estados, en decisiones de la Corte Penal, en los trabajos realizados por la Relatora Especial de Naciones Unidas, la Prof^a. Escobar Hernández, sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado⁹⁵, y por supuesto, también en la doctrina iusinternacionalista.

⁹⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, CIJ Recueil 2002, parágr. 61, párr. 1.

⁹⁵ Ver en particular *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, A/CN.4/701, 14 de junio de 2016 y *Sexto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, A/CN.4/722, 7 de junio de 2018.

Nuestra posición en otros trabajos previos⁹⁶ ha sido la de considerar que de conformidad con lo previsto en el artículo 27 los Estados parte en el Estatuto –123 en la actualidad, sin que se encuentre la Federación Rusa entre ellos, tampoco Ucrania– han renunciado a la inmunidad de su Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o su Ministro de Asuntos Exteriores ante la Corte Penal Internacional; partíamos, por tanto, de la idea de que tal inmunidad existe también frente a los tribunales internacionales salvo que el Estado renuncie a ella, por ejemplo, por la vía de un tratado⁹⁷. De esta forma, si un Estado parte en el Estatuto de Roma fuera requerido para la entrega del Jefe de Estado (en ejercicio) de un Estado que también fuera parte en el Tratado, podría y debería hacerlo sin problema alguno. Sin embargo, de tratarse del Jefe de Estado de un Estado que no ha consentido en obligarse por el Estatuto –tal es el caso de la Federación Rusa–, muy a nuestro pesar entendíamos que entraba en juego la aplicación del artículo 98.1, disposición que a nuestro juicio reconoce la existencia de ciertos supuestos en los que la inmunidad pervive⁹⁸, de ahí que

⁹⁶ BOLLO AROCENA, M. D., «Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones al hilo del caso de Omar al Bashir», en *Intereses públicos, intereses privados, su defensa y colisión en el Derecho Internacional* (QUEL LÓPEZ, F.J. [dir.]), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 99-133. Sobre la cuestión de la inmunidad ante tribunales internos, cfr. BOLLO AROCENA, M.D., «Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, n.º 1, 2004, pp. 91-127.

⁹⁷ Siguiendo la estela de autores como DECAUX, E. y TRIGERAUD, L., «Les immunités pénales des agents de l'État et des organisations internationales», en ASCENSIO, H., DECAUX, E. y PELLET, A. (dirs.), *Droit International Pénal*, 12ª ed., 2012, pp. 545-564 ; GAETA, P., «Does President Al Bashir enjoy Immunity from Arrest?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 2, mayo 2009, pp. 315-332; LIU, D., «Has Non Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», *State Sovereignty and International Criminal Law* (M. Bergsmo, y Ling Yan [eds.]), 2012, pp. 55-74, <https://www.legal-tools.org/doc/82ec96/pdf/>; SUMMERS, M., «Diplomatic Immunity Ratione Personae : Did the International Court of Justice Create a New Customary Law rule in Congo v. Belgium», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, 2007-2008, pp. 59-473 ; SCHABAS, A., «Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court. Pre Trial Chamber Concludes», en <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html>.

⁹⁸ En este mismo sentido KREB, C. «The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», *State Sovereignty and International Criminal Law* (Bergsmo, M. y Ling, Y. [eds.]), 2012, pp. 223-265; AKANDE, D. «ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals», 6 mayo 2019, <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>. Ya con anterioridad había mostrado su disconformidad con la argumentación desplegada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la decisión adoptada como consecuencia

en tal caso la Corte Penal Internacional no debería dar curso a la solicitud de entrega si no obtiene antes la renuncia a la inmunidad del Estado afectado. Es cierto también, que la disposición no explicita cuáles son esos supuestos de inmunidad, por lo que es posible realizar una interpretación flexible que se ajuste a los tiempos, en el caso de que se hayan producido o se produzcan cambios en el derecho consuetudinario internacional sobre el particular⁹⁹.

Como decíamos, la Corte Penal ha tenido ocasión de posicionarse sobre este asunto en relación con la inmunidad de quien era Jefe de Estado de Sudán en el momento en que la Corte abordó el caso, dándose la circunstancia de que ese Estado no era ni es en la actualidad Estado parte en el Estatuto de Roma. Ante las críticas de un importante número de Estados africanos –reflejada en las declaraciones adoptadas por la Asamblea de la Unión Africana–, que consideraron en aquel entonces que la Corte se había extralimitado en el ejercicio de sus funciones al emitir una orden internacional de arresto contra el Jefe de un Estado –Sudán– no parte en el Estatuto, la respuesta de la Corte osciló un tanto dubitativamente entre dos argumentos: por un lado, el argumento según el cual no existe inmunidad para Jefes de Estado, de Gobierno o Ministros de Asuntos Exteriores ante la Corte Penal Internacional porque el artículo 27 no solo tendría naturaleza convencional sino que formaría parte del derecho consuetudinario internacional¹⁰⁰, de ahí que fuera perfectamente legal la orden internacional de arresto que había emitido en aras a la detención de Al Bashir; por otro lado, en otra decisión esgrimió un segundo argumento –probablemente porque no estaba muy convencida del primero– según el cual dado que la situación de Sudán había sido remitida por el Consejo de Segu-

del incumplimiento de la orden de detención por parte de Malawi: AKANDE, D., «ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (...at Long Last...). But Gets the Law Wrong, 15 diciembre 2011, <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir%E2%80%99s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/>; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71-2, 2019, pp. 195-221, en particular p. 205.

⁹⁹ BOLLO AROCENA, M. D., «Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones al hilo del caso de Omar al Bashir», *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁰ Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, de 12 de diciembre de 2011 (en relación con el incumplimiento de Malawi), *op. cit.*, parágr. 43. Para ver doctrina que trata el tema: BLOM-MESTIJN, M. y RYNGAERT, C., «Exploring the obligations for states to act upon the ICC's arrest warrant for Omar Al Bashir», *Working Paper*, n° 48, Leuven Center for Global Governance Studies, pp. 1-38; LIU, D., «Has Non Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», *State Sovereignty and International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 55-74.

ridad, el Estado quedaba obligado a cooperar como si de un Estado parte se tratara –aunque sin serlo– y en tal caso cualquier Estado tenía la obligación de detener y entregar Al Bashir a La Haya¹⁰¹.

En el caso que nos ocupa –crímenes cometidos sobre suelo ucraniano– no se da la circunstancia de que haya sido el Consejo de Seguridad quien ha activado la investigación, sino que ha sido un nutrido grupo de Estados parte quien lo ha hecho. Es, por tanto, el momento de profundizar en el único argumento que podría ser válido en este caso para someter a Vladimir Putin a la acción de la justicia internacional, esto es, el argumento de la supuesta naturaleza consuetudinaria del artículo 27 del Estatuto de Roma, argumento que, como decíamos, esgrimió la Sala de Cuestiones Preliminares I en sendas decisiones adoptadas por el incumplimiento de la obligación de detención por parte de los Estados de Malawi¹⁰² y Chad¹⁰³.

Para defender la naturaleza consuetudinaria del artículo 27 –algo que comparte un importante sector de la doctrina¹⁰⁴– la Sala esgrimió, por un

¹⁰¹ En la decisión adoptada el 11 de diciembre de 2017 en relación con la cuestión del no cumplimiento por parte de Jordania de la obligación de detención de Omar Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares II se apoyó esencialmente en la obligación de cooperación derivada de la Resolución de remisión, y no tanto en el carácter consuetudinario del artículo 27.2 del Estatuto, cfr. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, 11 de diciembre de 2017, parágr. 33 a 44.

¹⁰² *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, n° ICC-02/05-01/09-139, 12 de diciembre de 2011 («Decision de Malawi»), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_21722.PDF.

¹⁰³ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, n° ICC-02/05-01/09-140, 13 de diciembre de 2011 («Decision de Chad»), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_04203.PDF.

¹⁰⁴ En la doctrina española cabe citar: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la corte penal internacional», *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)* (GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. [coord.]), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 225-272 (pp. 251-254; ABRISKETA URIARTE, J., «Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/1, 2016, pp. 19-47; CERVELL HORTAL, M.J., «La Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 83-84, <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2552/2425>; CARTES RODRÍGUEZ, J.B., «Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del

lado, el elevado número de Estados que habían ratificado el Estatuto¹⁰⁵ (122 en aquel momento, hoy 123), obviando un elemento a nuestro juicio importante como es el hecho de que restan alrededor de 75 Estados que no se han obligado por el tratado y que de los 122 Estados que lo habían hecho entonces, habría que considerar que gran parte de los países africanos mostraron su total disconformidad con la decisión de la Corte y con la consideración del artículo 27 como derecho consuetudinario¹⁰⁶. Pero aún admitiendo que el artículo 27 tuviera carácter consuetudinario, no se debe perder de vista que el propio artículo 98 reconoce la existencia de las inmunidades, aunque, es cierto también, como decíamos anteriormente, que no concreta los supuestos en los que resultan de aplicación, por lo que es posible una interpretación flexible o progresiva que se ajuste a las exigencias derivadas del derecho consuetudinario.

Transcurridos unos años más, ya en 2019, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional ha afirmado en otra decisión nada pacífica que «article 27(2) of the Statute is a clear provision in conventional law; but it also

Estatuto de Roma», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, pp. 487-531, <https://doi.org/10.15581/010.35.487-531>; CARNERERO, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 226-227. En la doctrina extranjera, destacamos a título meramente ilustrativo a KREB, quien considera, no obstante, que «this new customary norm has come into existence with a relatively high vulnerability to change because the hard practice that contributed to its crystallization is fairly scarce», KREB, C. «The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», *State Sovereignty and International Criminal Law* (BERGSMON, M. y LING, Y. [eds.]), p. 254; KREIKER, H., «Immunities», en *The Crime of Aggression: A Commentary* (KREB, C. y BARRIGA, S. [eds.]), Cambridge, 2016, p. 686; BANTEKAS, I., «Head of State Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non Self Contained System Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10-1, 2005, pp. 21-42, en particular p. 31.

¹⁰⁵ *Decisión de Malawi*, *op. cit.*, párr. 40.

¹⁰⁶ No debe olvidarse que la Asamblea de la Unión Africana adoptó varias resoluciones exigiendo a los Estados miembros de la Organización que no cooperaran con la Corte Penal Internacional en la detención y entrega de Al Bashir. Por su parte, la Liga de Estados Árabes (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/7517393.stm>) también condenó la actuación de la CPI consistente en la emisión de una orden internacional de arresto contra el Jefe de Estado de Sudán. Es preciso apuntar, sin embargo, que algunos de los miembros de la Organización fueron partidarios de una posición menos beligerante con la actuación de la Corte. Tal fue el caso de países como Botswana, Uganda, República Democrática del Congo o Sudáfrica. Por su parte, Kenia, que actuó siguiendo las pautas marcadas por la Unión Africana, se encontró con una fuerte oposición por parte de miembros del gobierno, parlamentarios y sociedad civil, circunstancia que determinó que se descartara ese país como sede de la Cumbre de la *Intergovernmental Authority on Development* y se trasladara a Etiopía, Estado que no es parte en el Tratado.

reflects the status of customary international law»¹⁰⁷. Y es que, unos párrafos más adelante, la Sala de cuestiones Preliminares II, al igual que la Sala de Cuestiones Preliminares I en la decisión sobre el incumplimiento de Malawi o el Tribunal de Sierra Leona en el asunto relativo a Charles Taylor, advierte que «there is neither State practice nor opinio juris that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court. To the contrary (...) such immunity has never been recognised in international law as a bar to the jurisdiction of an international court»¹⁰⁸. Pero añade aún más, pues la decisión afirma que la inexistencia de una norma consuetudinaria que reconozca la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado ante un tribunal internacional es relevante no solo para poner de relieve la capacidad de un tribunal internacional de emitir una orden de arresto de un Jefe de Estado sino también para apuntar el efecto horizontal en la relación entre Estados cuando un tribunal internacional solicita la detención de un Jefe de Estado a otro Estado¹⁰⁹. La Sala de Cuestiones Preliminares II justifica su posición basándose en la distinta naturaleza de los tribunales internacionales en relación con los internos, presididos estos últimos por el principio *par in parem non habet imperium*, y en la negación de la existencia de una norma consuetudinaria –es decir, una práctica y una *opinio iuris*– que reconociera la inmunidad de Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores frente a los tribunales internacionales¹¹⁰. La Sala de Apelación señala «contrary to the submissions of Jordan and some of the *amici curiae*, article 27(2) is relevant not only to the adjudicatory jurisdiction of the Court but also to the Court’s ‘enforcement jurisdiction’ vis-à-vis States Parties to the Rome Statute»¹¹¹.

En definitiva, a la vista de las decisiones que ha ido adoptando en el caso Al Bashir, y muy particularmente a la vista de la última decisión adoptada

¹⁰⁷ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09 OA2, 397-Corr), parágr. 103, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02856.PDF.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 113.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 114. En sentido contrario respecto al efecto horizontal CARTES RODRÍGUEZ, J.B., «Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del Estatuto de Roma», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, pp. 487-531, <https://doi.org/10.15581/010.35.487-531>.

¹¹⁰ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, *op. cit.*, párr. 116, en la línea manifestada por la opinión concurrente de los jueces Eboe-Osuji, Morrison, Hofmanski y Bossa, párr. 76-174, 414-418.

¹¹¹ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, *op. cit.*, párr.125.

al respecto y, de mantenerse esta misma perspectiva, la Corte Penal Internacional entiende que tiene vía libre para enjuiciar a Vladimir Putin por la comisión de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y, de llegarse a demostrar la existencia de la intención de destruir un grupo humano concreto de los protegidos por la Convención, también por genocidio, no así por agresión, como ya se ha señalado anteriormente. Cuestión distinta es la posibilidad real de llevar adelante el proceso, pues, como es bien conocido, la CPI no puede celebrar juicios *in absentia*, lo que exige la detención del acusado y su presencia en La Haya para su enjuiciamiento. Evidentemente, en las actuales circunstancias la Corte no obtendrá la cooperación de la Federación Rusa ni de ningún Estado no parte en el tratado –pues, además, no tienen la obligación de hacerlo– y viendo la respuesta de quienes sí lo son a la solicitud de detención de Al Bashir, nos podemos hacer una idea de la gran dificultad práctica que todo ello supone en realidad. Por lo tanto, y salvo que se produzca un cambio de gobierno en Rusia, algo poco probable a día de hoy, las posibilidades reales a corto y medio plazo de que Vladimir Putin quede sometido a la acción de la Corte Penal Internacional son, lamentándolo mucho, ciertamente escasas.

IV. REFLEXIONES FINALES

A punto de cumplirse un año desde el inicio de la agresión rusa a Ucrania es tiempo de evaluar los hechos que están teniendo lugar con el fin último de acabar con la impunidad, razón por la que hace casi cinco lustros fue creada la Corte Penal Internacional. Es tiempo también de exigir a la Corte resultados pues, a diferencia de otras situaciones, en esta tiene competencia para conocer de los hechos merced a sendas declaraciones emitidas por el Estado víctima de la agresión. No es una competencia completa, puesto que, de conformidad con las disposiciones estatutarias, hoy por hoy, no es posible que la Corte conozca del crimen que ha desencadenado la comisión de todos los demás, esto es, el crimen de agresión. Deberán ser otro tipo de iniciativas, difícilmente realizables, pero positivas en todo caso, como la creación de un tribunal *ad hoc* por la vía de tratado, las que abran paso a la depuración de responsabilidades por el propio acto de agresión. No obstante, la Corte Penal Internacional tiene ante sí una nueva oportunidad de demostrar el sentido de su creación, pues la guerra de Ucrania está poniendo en jaque el orden internacional creado tras la segunda guerra mundial.

Tal y como ha quedado acreditado por diversos informes cuya rigurosidad resulta incuestionable, en Ucrania se están cometiendo crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, fundamentalmente por parte de Rusia, y en menor medida también por parte de Ucrania. No creemos en estos momentos que pueda hablarse de la comisión de actos de genocidio por ninguna de las partes, pues no creemos que esté presente el elemento volitivo del tipo, pero se trata de una conclusión provisional que quizás con el tiempo debamos corregir. La Corte es competente y la situación admisible en términos de gravedad y de complementariedad, pues hasta la fecha, en proporción, son pocos los procesos abiertos contra los responsables de los crímenes cometidos y, además, habría que vigilar muy de cerca hasta qué punto esos procesos se han celebrado con las debidas garantías de independencia e imparcialidad, garantizando principios básicos como la presunción de inocencia o la proporcionalidad de la pena con respecto al delito cometido. La Corte tiene las herramientas que le ofrece el artículo 20 del Estatuto para reabrir los procesos que no se hayan conducido como exige el estado de derecho.

Para concluir, y si de acabar con la impunidad se trata, lo justo sería que el máximo responsable de todo cuanto acontece en esta situación, el Presidente Vladimir Putin, fuera juzgado por la Corte Penal Internacional. Dejando a un lado el caso de la agresión, pues como ya se ha dicho la Corte carece de competencia para su enjuiciamiento, el reto estaría en someter a la justicia al Jefe de Estado ruso por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Si bien nuestra posición ha sido la de considerar que la Corte Penal Internacional no puede solicitar la detención de un Jefe de Estado en ejercicio de un Estado no parte en el Tratado, por el efecto del artículo 98.1, la CPI parece insistir en lo contrario, abriendo así la puerta a la detención y entrega de los máximos responsables de los más graves crímenes internacionales. Si bien consideramos que la Corte ha dado un salto en el vacío para llegar a tal conclusión, el resultado no puede ser más satisfactorio para la lucha contra la impunidad, una de las más ominosas lacras que aún pesan sobre la Comunidad Internacional.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrinales

ABRISKETA URIARTE, J., «Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/1, 2016, pp. 19-47.

- AKANDE, D. «ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals», 6 mayo 2019, <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>
- AKANDE, D., «ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (...at Long Last...). But Gets the Law Wrong», 15 diciembre 2011, <https://www.ejiltalk.org/icc-issues-detailed-decision-on-bashir%E2%80%99s-immunity-at-long-last-but-gets-the-law-wrong/>
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «El crimen de agresión y las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional», en *Principios y justicia en el derecho internacional: Libro Homenaje al Prof. Antonio Remiro Brotons*, Dykinson, 2018, pp. 339-349.
- AMBOS, K., «Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?», 10 de junio de 2022, <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>.
- BANTEKAS, I., «Head of State Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non Self Contained System Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War», *Journal of Conflict and Security Law*, vol 10-1, 2005, pp. 21-42.
- BLOMMESTIJN, M. y RYNGAERT, C., «Exploring the obligations for states to act upon the ICC's arrest warrant for Omar Al Bashir», *Working Paper*, n° 48, Leuven Center for Global Governance Studies, pp. 1-38.
- BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Crímenes internacionales y técnicas de represión*, Servicio Universidad del País Vasco, Bilbao 2004.
- BOLLO AROCENA, M. D., «Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, n° 1, 2004, pp. 91-127.
- BOLLO AROCENA, M. D., «Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Algunas reflexiones al hilo del caso de Omar al Bashir», en *Intereses públicos, intereses privados, su defensa y colisión en el Derecho Internacional* (Quel López, F.J. [dir.]), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 99-133.
- BOLLO AROCENA, M. D., «La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (art. 12. 3 del ECPI): de la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 31, 2016, 30 pp., <https://doi.org/10.17103/reei.31.03>.
- BOOK, J. P., *Appeal and Sentence in International Criminal Law*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Wien 2011.

- BUJOSA BADELL, L. M., «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y la relatividad del efecto de cosa juzgada interna», *Pensamiento Jurídico*, n.º 26, Sept.-Dic., 2009, pp. 253-276.
- CARNERERO, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, Madrid, 2007.
- CARTES RODRÍGUEZ, J. B., «Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del Estatuto de Roma», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, pp. 487-531, <https://doi.org/10.15581/010.35.487-531>.
- CASANOVAS, O. y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2015.
- CERVELL HORTAL, M.J., «La Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 75-105.
- DANCY, G. y MONTAL, F., «Unintended Positive Complementarity: Why International Criminal Court Investigations May Increase Domestic Human Rights Prosecutions», *American Journal of International Law*, vol. 111, n.º 3, julio 2017, pp. 689-723.
- DECAUX, E. y TRIGERAUD, L., «Les immunités pénales des agents de l'État et des organisations internationales», en ASCENSIO, H., DECAUX, E. y PELLET, A. (dirs.), *Droit International Pénal*, 12ª ed., 2012, pp. 545-564.
- EL ZEIDY, M., «The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court», *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, pp. 35-57.
- EL ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Maritnus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2008.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Ucrania y la Corte Penal Internacional. Una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74-2, 2022, pp. 57-75.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71-2, 2019, pp. 195-221.
- GAETA, P., «Does President Al Bashir enjoy Immunity from Arrest?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 2, mayo 2009, pp. 315-332.
- HILL CAWTHORNE, L., «The prosecution of british fighters by pro-russian separatists in Ukraine, Ejiil-Talk, 14 de junio de 2022, <https://www.ejiltalk.org/the-prosecution-of-british-fighters-by-pro-russian-separatists-in-ukraine/>.
- JACOBS, D., «A Sad Hommage to Antonio Cassese: The ICC's confused pronouncements on State Compliance and Head of State Immunity», 15 diciembre 2011, <https://dovjacobs.com/2011/12/15/a-sad-hommage-to-antonio-cassese-the-iccs-confused-pronouncements-on-state-compliance-and-head-of-state-immunity/>

- KAVEH, K., RAYMOND, N.A. y HOWARTH, C.N. *et al.*, «Ukraine's Crop Storage Infrastructure: Post Invasion Impact of Assessment», *Humanitarian Research Lab at Yale School of Public Health and Oak Ridge National Laboratory*, 15 de septiembre de 2022.
- KLEFFNER, J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- KREB, C. «The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», *State Sovereignty and International Criminal Law* (BERGSMO, M. y LING, Y. [eds.]), 2012, pp. 223-265.
- KREIKER, H., «Immunities», en *The Crime of Aggression: A Commentary* (KREB, C. y BARRIGA, S. [eds.]), 2016.
- LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados*, 2016, 230 pp.
- LIU, D., «Has Non Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, 2012, pp. 55-74, <https://www.legal-tools.org/doc/82ec96/pdf/>.
- O'BRIEN, M., QUENIVET, N., «Sexual and Gender-Based Violence against Women in the Russia-Ukraine conflict», 8 de junio de 2022, <https://www.ejiltalk.org/sexual-and-gender-based-violence-against-women-in-the-russia-ukraine-conflict/>.
- OLÁSOLO ALONSO, H., «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no are una investigación, sobre la situación en Colombia?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24, n° 2, 2012, pp. 1-45.
- PIERNAS LÓPEZ, J.J., «La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015, pp. 115-154.
- PONS RAFOLS, X., «La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho Internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 43, 2022, <https://doi.org/10.17103/reei.43.08>.
- PUREZA, J. M., y ALCAIDE-FERNÁNDEZ, J., «La guerra de Ucrania: ¿qué (des)orden antecede a qué nuevo (des)orden?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44, 2022, <https://doi.org/10.17103/reei.44.10>.
- QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, 2008.
- REMIRO BROTONS, A., «A vueltas con el crimen de agresión», en ORIHUELA CALATAYUD, E. (dir.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, 2016, pp. 53-74.
- REMIRO BROTONS, A., «De la seguridad, el lenguaje y otras calamidades», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2012*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 21-108.

- SCHABAS, A., «Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court. Pre Trial Chamber Concludes», 15 diciembre de 2011, en <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html>
- SCHABAS, A., «You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir Case», 6 de mayo de 2019, <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/>
- SEILS, P., *Manual de complementariedad: una introducción al papel de los tribunales nacionales y de la CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018.
- STAHN, C. y EL ZEIDY, M., *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011.
- STAHN, C., «Libya, the International Criminal Court and Complementarity: a Test for ‘Shared Responsibility’», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n.º 2, mayo 2012, pp. 325-249.
- STIGEN, J., *The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, 2008.
- STEGMILLER, I., «The Gravity Threshold under the ICC Statute: Gravity Back and Forth in Lubanga and Ntaganda», *International Criminal Law Review*, vol. 9, 2009, pp. 547-565.
- SUMMERS, M., «Diplomatic Immunity Ratione Personae : Did the International Court of Justice Create a New Customary Law rule in Congo v. Belgium», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, 2007-2008, pp. 59-473.
- VAL GARIJO, F., «La activación de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto del crimen de agresión», en PETIT DE GABRIEL, E.W. (dir.), *La Corte Penal Internacional 20 años después*, 2021, pp. 173-192.

Jurisprudencia

- Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), Arrêt, CIJ Recueil 2002.*
- Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, 12 de diciembre de 2011.
- Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Request Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, 13 de diciembre de 2011.

- Office of the Prosecutor, *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, Noviembre 2013.
- Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, 31 mayo 2013.
- Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, 11 octubre 2013.
- Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, *Judgement on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 mayo 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi»*, No. ICC-01/11-01/11 OA4, Appeals Chamber, 21 mayo 2014.
- Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, *Judgment on appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 october 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi»*, No. ICC-01/11-01/11 OA6, 24 julio 2014.
- Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, 11 de diciembre de 2017.
- Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, n° ICC-02/05-01/09 OA2, 397-Corr., 6 de mayo de 2019.

Documentación

Organizaciones internacionales

- Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022*, OSCE, ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, 13 de abril de 2022 (OSCE I), <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>
- Report on violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine (1 April-25 June 2022)*, OSCE, ODIHR.GAL/36/22/Corr.1, 14 de julio de 2022 (OSCE II), <https://reliefweb.int/report/ukraine/report-violations-international-humanitarian-and-human-rights-law-war-crimes-and-crimes-against-humanity-committed-ukraine-1-april-25-june-2022>
- Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania*, A/77/533, 18 de octubre de 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/N22/637/77/PDF/N2263777.pdf?OpenElement>
- Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial*, A/CN.4/701,

14 de junio de 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/174/36/PDF/N1617436.pdf?OpenElement>

Sexto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, A/CN.4/722, 7 de junio de 2018, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/182/56/PDF/N1818256.pdf?OpenElement>

Ad Hoc Committee on the establishment of an International Criminal Court, Comments received pursuant to paragraph 4 of General Assembly Resolution 49/53 on the establishment of an International Criminal Court, Report of the Secretary General, 20 de marzo de 1995, UN Doc. A/AC.244/1.

Organizaciones no Gubernamentales

Amnesty International, «Ukraine: Cluster munitions kill child and two other civilians taking shelter at a preschool», 27 de febrero 2022, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/02/ukraine-cluster-munitions-kill-child-and-two-other-civilians-taking-shelter-at-a-preschool/>

Amnesty International, «Ukraine: Russian forces extrajudicially executing civilians in apparent war crimes – New testimony», <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/04/ukraine-russian-forces-extrajudicially-executing-civilians-in-apparent-war-crimes-new-testimony/>

Associated Press, «In possible war crimes, Russia has destroyed or damaged at least 57 Ukrainian schools», 17 de mayo de 2022, <https://www.ny1.com/nyc/all-boroughs/international/2022/05/17/in-possible-war-crimes--russia-has-destroyed-or-damaged-57-ukrainian-schools>

Human Rights Watch, «We had no choice. Filtration and the Crime of Forcibly Transferring Ukrainian Civilians to Russia», Septiembre 2022 disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/09/ukraine0922_web.pdf

Human Rights Watch, «Ukraine: Executions, Torture During Russian Occupation», 18 de mayo de 2022, <https://www.hrw.org/news/2022/05/18/ukraine-executions-torture-during-russian-occupation>.

Human Rights Watch, «Intense and Lasting Harm. Cluster Munition Attacks in Ukraine», Mayo 2022, <https://www.hrw.org/report/2022/05/11/intense-and-lasting-harm/cluster-munition-attacks-ukraine>

Human Rights Watch, «Background Briefing: Landmine use in Ukraine», Junio 2022, https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/06/Background%20Briefing_LandminesUkraine_2022.pdf

Save the Children, «Ukraine: twice as many schools attacked in the past 100 days as during the first 7 years of conflict», 2 de junio de 2022, <https://www.savethechildren.net/news/ukraine-twice-many-schools-attacked-past-100-days-during-first-7-years-conflict>

OTROS
ESTUDIOS
DOCTRINALES

