

EL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA, UN CRIMEN CIERTO DE ENJUICIAMIENTO INCIERTO

THE CRIME OF AGGRESSION AGAINST UKRAINE: A CERTAIN CRIME OF UNCERTAIN PROSECUTION

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DETERMINACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE LOS INDIVIDUOS. III. LAS DIFICULTADES PARA ENJUICIAR A LOS RESPONSABLES DE LA AGRESIÓN CONTRA UCRANIA. IV. ¿ES POSIBLE CREAR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL *EX NOVO* PARA ENJUICIAR EL CRIMEN DE AGRESIÓN? V. LA PROPUESTA DE UN TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN UCRANIA: BASES LEGALES DE SU CREACIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS. VI. EL CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA: UN PRIMER PASO HACIA EL TRIBUNAL DEFINITIVO. VII. CONCLUSIONES: HACIA UN TRIBUNAL ESPECIAL LEGÍTIMO Y EFICAZ, QUE NO DESLEGITIME A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

RESUMEN: La invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa plantea serios retos para el Derecho Internacional Penal. Uno de los desafíos más importantes responde a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad penal internacional de Putin y su cúpula política y militar por el crimen de agresión. La caracterización de dicho crimen como un acto estatal que implica, a su vez, responsabilidad penal internacional de los líderes conlleva una serie de dificultades añadidas. De este modo, nos enfrentamos a graves problemas para el enjuiciamiento a nivel interno de este crimen, desde la perspectiva de las inmunidades de los Jefes de Estado y de la cooperación estatal. Igualmente, resulta imposible el enjuiciamiento de dichos responsables por la Corte Penal Internacional (CPI), debido al delicado juego de consentimientos establecido en el Estatuto de Roma de la CPI para la agresión, tras su enmienda en Kampala. En consecuencia, se impone la necesidad de un tribunal internacional *ad hoc* para enjuiciar a Putin y a su cúpula política y militar por la comisión del crimen de agresión contra Ucrania. El modo de establecimiento de dicho tribunal y sus principales características determinarán su eficacia en la lucha contra la impunidad.

SUMMARY: *The invasion of Ukraine by the Russian Federation poses serious challenges to International Criminal Law. One of the most important challenges is the need to enforce the international criminal responsibility of Putin and his political and military leadership for the crime of aggression. The aggression crime's characterization as a state act that implies international criminal responsibility of the leaders entails added difficulties. In this way, we face major problems for the domestic prosecution of this crime, from the perspective of immunities of Heads of State, and the State's cooperation. Likewise, the prosecution of the perpetrators by the International Criminal Court (ICC) is impossible due to the delicate set of consents established in the ICC Rome Statute for*

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2023.

* Carmen Quesada Alcalá es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Lagunas en la protección y asistencia internacional de las niñas asociadas a grupos armados (NAAG)” (Convocatoria AICO 2022. Organismo convocante Generalitat Valenciana).

the aggression, after its amendments in Kampala. Consequently, it's necessary an ad hoc international tribunal to judge Putin and his political and military leadership for the commission of the crime of aggression against Ukraine. The International Tribunal's establishment method and characteristics will determine its effectiveness in the fight against impunity.

PALABRAS CLAVE: Ucrania, Federación Rusa, Crimen de agresión, responsabilidad penal internacional del individuo, Corte Penal Internacional, Tribunal Especial para el crimen de agresión, inmunidad de los Jefes de Estado, Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión.

KEYWORDS: *Ukraine, Russian Federation, Crime of aggression, international criminal responsibility of the individual, International Criminal Court, Special Court for the crime of aggression, immunity of Heads of State, International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression.*

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la agresión de la Federación Rusa a Ucrania, desde febrero de 2022, estamos asistiendo a un momento crucial en el orden internacional. Ante esta situación, algunas voces se alzan calificando el contexto de Orden Internacional sin Derecho Internacional¹ y, yendo más allá, de Orden Internacional contra el Derecho Internacional². De hecho, nos encontramos ante la parálisis de dos órganos decisivos en el ámbito jurídico internacional³: el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Corte Penal Internacional (CPI).

Por un lado, nos hallamos ante la parálisis del Consejo de Seguridad, órgano encargado de determinar la existencia de un acto de agresión por parte del Estado de la Federación Rusa, ante el derecho de veto de éste en tanto que Miembro Permanente del mismo. Por otro, nos encontramos con la hemiplejía de la Corte Penal Internacional, órgano garante de la determinación del acto de los individuos responsables del crimen de agresión. En este caso, además, la parálisis del órgano judicial está íntimamente ligada con la del órgano político de la ONU, como veremos más adelante.

Como consecuencia de esta crisis institucional, se ha resucitado la polémica en torno a la ansiada reforma de la Carta de la ONU, de manera que el veto de los Miembros Permanentes se atenúe, al tiempo que se pide una enmienda del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional⁴, para que el crimen de agresión no esté sometido a un régimen de imposible aplicación al caso que nos ocupa.

1 Expresión utilizada por QUERÓ ARIAS, J., en las XXX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Las Palmas de Gran Canaria, 20 a 24 de septiembre de 2023.

2 REMIRO BROTONS, A., “¿Un nuevo orden contra el Derecho Internacional?”, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Antonio_Remiro_Brotons.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

3 HATHAWAY, O. A. & SHAPIRO, S., “Putin Can’t Destroy the International Order by Himself?”, *Just Security*, February 24, 2022, en <https://www.justsecurity.org/80351/putin-cant-destroy-the-international-order-by-himself/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Hecho en Roma el 17 de julio de 1998; entró en vigor el primero de julio de 2002; United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544; Depositario: Secretario General de las Naciones Unidas, <http://treaties.un.org>.

Ambas peticiones son legítimas, pero no son realistas. El conflicto de Ucrania continúa, la agresión de Rusia contra dicho país se está perpetuando, y precisamos de soluciones rápidas propiciadas por el Derecho Internacional Público. Soluciones que permitan la determinación de la responsabilidad internacional del Estado Ruso por la agresión a Ucrania⁵ y la responsabilidad penal internacional de los individuos implicados en dicha agresión, principalmente Putin y su cúpula política y militar. No podemos permitir que la agresión contra Ucrania nos conduzca hacia el mencionado Orden Internacional sin/contra el Derecho Internacional.

En este trabajo, nos vamos a centrar en explorar las posibles soluciones que ofrece el Derecho Internacional Público para el enjuiciamiento de Putin y otros responsables en relación con la comisión del crimen de agresión, el crimen que constituye el origen del resto de los crímenes internacionales⁶. Nos vamos a enfocar en la responsabilidad penal internacional del individuo, aunque sin olvidar que la agresión posee una doble dimensión, puesto que constituye un acto estatal que implica, a su vez, responsabilidad penal internacional individual. Por lo tanto, en el análisis de este trabajo, ambas perspectivas van a entrar en juego, aunque nos centraremos en la vertiente individual.

En primera instancia, conviene determinar los perfiles definitorios del crimen de agresión y cuáles son los responsables a nivel penal internacional de dicho crimen, centrándonos especialmente en el requisito del liderazgo. En segundo lugar, examinaremos cuáles son las dificultades a las que se enfrenta el procesamiento de los responsables del crimen de agresión, profundizando en las razones de parálisis de la CPI y en los obstáculos del enjuiciamiento del mismo ante las jurisdicciones nacionales.

Como consecuencia de estas dificultades, nos hallamos ante la necesidad de crear un tribunal internacional para enjuiciar a los responsables del crimen de agresión contra Ucrania. No obstante, se hace preciso estudiar si existen fundamentos en el ámbito del Derecho consuetudinario que permitan el establecimiento de dicho tribunal. Una vez constatados los posibles problemas de legalidad y legitimidad que puede plantear dicha instancia judicial, se impone un análisis de las características de dicho tribunal, particularmente de su modo de creación, basándonos en el examen de las propuestas existentes al respecto hasta el momento.

A continuación, nos detendremos en el Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión contra Ucrania, como primer paso para un tribunal internacional. En este sentido, pasaremos revista a las funciones de este Centro, que lo hacen útil de cara al establecimiento de dicho tribunal internacional para el crimen de agresión.

5 ICJ, *Allegation of Genocide, under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Ucrania presentó la demanda ante la CIJ el 27 de febrero de 2022, solicitando la adopción de medidas cautelares. Sin embargo, aunque está por ver si se hace alguna referencia a la agresión, la base jurídica de dicha demanda se halla en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

6 SPERI, A., “The Mother Crime: Will Putin Face Prosecution for the Crime of Aggression in Ukraine?”, *The Intercept*, (Oct. 8, 2022), <https://theintercept.com/2022/10/08/russia-putin-ukraine-war-crimes-accountability/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

Finalmente, nos atreveremos a formular recomendaciones en torno a cuál ha de ser el modo de establecimiento y las características ideales de un tribunal internacional para el crimen de agresión. Sin embargo, no es objetivo de este trabajo realizar una propuesta concreta y detallada de dicho tribunal, sino resaltar los principales problemas jurídicos que se plantean al respecto, con el fin de plantear una discusión en torno a posibles soluciones. En este sentido, recordemos que dicho tribunal tiene ante sí el reto de ejercer su competencia sobre Putin y otros responsables del crimen contra Ucrania, evitando la temida impunidad, al tiempo que no deslegitima la acción de nuestra Corte Penal Internacional.

II. LA DETERMINACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRA- NIA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE LOS IN- DIVIDUOS

1. La intervención rusa en Ucrania: un crimen de agresión “de manual” conforme al Estatuto de Roma

La intervención de Rusia en Ucrania responde claramente a los perfiles del crimen de agresión, tal y como está tipificado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), tras la entrada en vigor de las enmiendas de Kampala⁷. En este sentido, conviene recordar varios datos relevantes. Así, en la Conferencia de revisión de Kampala de 2010, y tras varios años de trabajo de un grupo preparatorio en Princeton, se configuró un tipo penal relativo al crimen de agresión mediante la inclusión de varias disposiciones en el Estatuto, el art. 8 bis, el 25(3) bis, el 15 bis y el 15 ter⁸, así como las correspondientes enmiendas a las disposiciones de los Elementos de los Crímenes⁹ relacionadas.

7 Para ver el estado de la ratificación de las enmiendas al Estatuto de Roma de la CPI adoptadas en la Conferencia de Kampala, así como los documentos de las discusiones previas que tuvieron lugar en Princeton, ver: <https://asp.icc-cpi.int/crime-of-aggression>, consultada por última vez el 13 de noviembre de 2023. En general, sobre esta evolución y la caracterización del crimen de agresión en el Estatuto de Roma, ver, entre otros: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable”. En MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Eds.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, pp. 243-264; KREß, C. & BARRIGA, S. (Eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017; REMIRO BROTONS, A., “El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: *Nascetur ridiculus mus*”, en CARDONA LLORENS, J., PUEYO LOSA, J., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., & SOBRINO HEREDIA, J. M. (EDS.). AZNAR GÓMEZ, M. (Coord.). *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*. Tomo I. 2012, pp. 1115-1129.

8 El texto del Estatuto de Roma que se reproduce se distribuyó como 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. Las enmiendas al artículo 8 reproducen el texto contenido en la notificación del depositario C. N. 651. 2010 Treaties-6, en tanto que las enmiendas a los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter reflejan el texto contenido en la notificación del depositario C. N. 651. 2010 Treaties-8; ambas notificaciones del depositario tienen la fecha 29 de noviembre de 2010.

9 El texto de estos *Elementos de los Crímenes* constituye uno de los instrumentos jurídicos que, junto con el Estatuto de Roma de la CPI, y las Reglas de Procedimiento y Prueba, constituyen la base del funciona-

El origen de estas enmiendas determina una competencia de la CPI muy limitada en relación con el crimen de agresión. Dicho régimen único¹⁰ sólo se explica si se atiende al itinerario seguido¹¹ y al difícil juego de consensos que operó para lograr la solución final en Kampala. Vamos a esbozar algunas pinceladas sobre las principales cuestiones problemáticas que se dieron en torno a la caracterización del crimen de agresión a efectos de la competencia de la CPI, con el fin de justificar por qué este tribunal no puede conocer del crimen de agresión cometido en Ucrania.

La definición adoptada en Kampala para el crimen de agresión posee, así, tres aspectos, dignos de ser destacados: la conducta del Estado (el acto de agresión), la conducta individual (el crimen *stricto sensu*), y las condiciones de procedibilidad (relación entre la CPI y el Consejo de Seguridad a efectos de la determinación del acto de agresión y del crimen de agresión). El crimen de agresión es un crimen de líderes, y este perfil junto con su delicado vínculo con el Consejo de Seguridad de la ONU configuran de modo especial su fisonomía.

Se intentó realizar una complicada labor de compatibilidad de las enmiendas al Estatuto de Roma con la Carta de la ONU¹² y otras resoluciones relativas al crimen de agresión. El resultado no fue tan negativo en la lucha contra la impunidad, a la luz de la dependencia que los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad pretendían respecto de este órgano. De hecho, el problema se planteaba cuando se remitía una situación ante la CPI por parte de actores diferentes al Consejo de Seguridad (el Estado o la Fiscalía). En estos supuestos, la primera obligación de la Fiscalía sería verificar primero si el Consejo de Seguridad había determinado la comisión de un acto de agresión por el Estado en cuestión. En caso afirmativo, la CPI podría actuar.

Pero la cuestión complicada era dilucidar qué ocurría de no existir dicha determinación previa por parte del Consejo de Seguridad. De este modo, los Miembros Permanentes se negaban a que la Corte pudiera seguir adelante, de no existir dicha calificación por parte de un órgano que, por cierto, es político. Pues bien, el resultado de las enmiendas de Kampala prevé que, de no darse dicha determinación previa por el Consejo de Seguridad, y transcurridos 6 meses sin

miento de la CPI. Dicho texto de los *Elementos de los Crímenes* se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S. 03. V. 2 y corrección), segunda parte. B. Los *Elementos de los Crímenes* adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 se reproduce de Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11).

- 10 McDOUGALL, C., "Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics", *Opinio Juris*, 15 March 2022, <http://opiniojuris.org/2022/03/15/why-creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-the-best-available-option-a-reply-to-kevin-jon-heller-and-other-critics/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.
- 11 Dicho itinerario puede ser consultado en: <https://asp.icc-cpi.int/reviewconference/crime-of-aggression>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.
- 12 Así, en cuanto a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión y el papel del Consejo de Seguridad, hemos de señalar que estas condiciones habían de estar en conexión con las disposiciones relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en particular con los artículos 1. 1, 10, 11, 12, 14, 24, 39 y 103 de dicho instrumento.

que el Consejo se pronuncie al respecto, la Fiscalía puede seguir avanzando, aunque con la autorización de la División de Cuestiones Preliminares¹³. En todo caso, se consiguió que la CPI pudiera seguir adelante en relación con un crimen de agresión sin la anterior determinación del Consejo de Seguridad, lo que puede considerarse todo un logro.

Con estas premisas, la jurisdicción material de la CPI sobre el crimen de agresión fue activada el 17 de julio de 2018, tras obtener el número de ratificaciones necesarias¹⁴, otro de los obstáculos a la entrada en vigor de las enmiendas adoptadas. En consecuencia, cuando se produce la agresión de la Federación Rusa a Ucrania, la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión estaba activada. Cuestión diferente es que se pudiera ejercer dicha competencia, a la luz de la serie de condiciones de procedibilidad tan complejas que acabamos de examinar y que están establecidas en el Estatuto de Roma.

A priori, si atendemos a los hechos producidos en Ucrania, podemos hacer encajar claramente los mismos en la definición del crimen de agresión, tal y como está recogida en el Estatuto de Roma. Así, se ha producido un ataque de las fuerzas armadas rusas al territorio de Ucrania; se han producido y se siguen produciendo bombardeos por parte de las fuerzas armadas rusas en territorio de Ucrania; se ha dado un bloqueo de puertos y costas de Ucrania, intentando impedir el acceso de este país al Mar Negro; se están produciendo ataques contra las fuerzas armadas terrestres, navales y aéreas, e incluso contra la flota mercante de terceros Estados; y, además, Rusia ha enviado grupos irregulares, bandas armadas y mercenarios, como el Grupo Wagner, de modo que éstos están llevando a cabo actos de similar gravedad a los actos anteriormente mencionados.

Todos estos actos encajan en el corsé del crimen de agresión, tal y como está tipificado en el Estatuto de Roma. Por un lado, se trata de una violación manifiesta del art. 2. 4 de la Carta de la ONU¹⁵ por sus características, gravedad y escala. Coincidimos con KREB¹⁶, cuando afirma que el acto de Estado de agresión ha de reunir dichas características, a la luz del Derecho Internacional consuetudinario. En el caso de la invasión de Ucrania por parte de Rusia no cabe la menor duda de que así ha sido.

13 Art. 15 bis. 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

14 El 3 de octubre de 2023, contábamos con 45 ratificaciones de las enmiendas relativas al crimen de agresión. Se pueden consultar en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-II-10-b&chapter=18&clang=_en, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

15 WILMSHURST, E., “Ukraine: Debunking Russia’s Legal Justifications! (Chatman House, 24 February 2022, en <https://www.chathamhouse.org/2022/02/ukraine-debunking-russias-legal-justifications>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023; *Déclaration de l’Institut de Droit International sur l’agression en Ukraine*, 1 Mars 2022, en <https://www.idi-iil.org/fr/declaration-de-linstitut-de-droit-international-sur-lagression-en-ukraine/>, consultado por última vez el 25 de mayo de 2023; GLOBAL INSTITUTE FOR THE PREVENTION OF AGGRESSION, *Statement on Russia’s invasion of Ukraine: a crime of aggression. the need to amend the crime of aggression’s jurisdictional regime*, march 24, 2022, en https://crimeofaggression.info/wp-content/uploads/GIPA-Statement_24-March-2022_ENG.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

16 KREB, C., “The State Conduct Element”, en KREB, C. & BARRIGA, S. (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, vol. 1, 2017, pp. 507-537. Ver también: KREB, C., *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*, Torkel Opsahl Academic Publisher, Brussels, 2022, en particular pp. 3-9.

Por otro lado, si analizamos uno por uno los apartados a) a g) del art. 8 bis párr. 2º del Estatuto de Roma, vemos cómo la lista de actos constitutivos de la definición del acto de agresión se acopla plenamente a la conducta rusa en Ucrania¹⁷. Y este encaje es clarísimo, a pesar de los argumentos justificativos esgrimidos por Rusia, en particular: la legítima defensa, la protección de sus nacionales y la intervención humanitaria¹⁸. Nos hallamos, por tanto, ante un crimen de agresión típico, cometido por la persona que ostenta el control de la acción militar y política de Rusia, Vladimir Putin¹⁹, por lo que se cumpliría también el requisito de liderazgo, ya que el crimen de agresión es un crimen de líderes conforme al Estatuto de Roma²⁰.

2. El liderazgo en el crimen de agresión contra Ucrania

Conforme a los *Elementos de los Crímenes*, la responsabilidad penal internacional del individuo por cometer un crimen de agresión recae en quienes cumplan los siguientes requisitos: “1. Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión. 2. Que el autor sea una persona que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión. 3. Que el acto de agresión —el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas— se haya cometido. 4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas. 5. Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 6. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”²¹.

17 BOLLO AROCENA, M. D., “Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales y Corte Penal Internacional”, *Anuario Español De Derecho Internacional*, Vol. 39, 2023, pp. 101-146, en particular p. 108.

18 Sobre dichos argumentos, ver: PUREZA, J. M; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “La guerra en Ucrania: ¿qué (des)orden antecede a qué nuevo (des)orden?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº44, diciembre 2022, en particular pp. 4-15. Ver también: KREß, C., *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*, Torkel Opsahl Academic Publisher, Brussels, 2022, pp. 9-11.

19 Dos modelos de actas de acusación contra Putin se pueden hablar en: GOODMAN, R. & HAMILTON, R., “Model Indictment for Crime of Aggression against Ukraine: Prosecutor v. Vladimir Putin”, *Just Security*, 14 March 2022, <https://www.justsecurity.org/80669/model-indictment-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine-vladimir-putin/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023 ; OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, “Model Indictment for the Crime of Aggression Committed against Ukraine”, 9 May 2022, en <https://www.justiceinitiative.org/publications/model-indictment-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

20 HAJDIN, N., “The Leadership Clause in the Crime of Aggression and Its Customary International Law Status”, *Just Security*, 17 March 2022, en [https://www.justsecurity.org/80696/the-leadership-clause-in-the-crime-of-aggression-and-its-customary-international-law-status/#:~:text=From%20the%20outset%2C%20the%20crime,International%20Military%20Tribunal%20\(IMT\)](https://www.justsecurity.org/80696/the-leadership-clause-in-the-crime-of-aggression-and-its-customary-international-law-status/#:~:text=From%20the%20outset%2C%20the%20crime,International%20Military%20Tribunal%20(IMT)), consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

21 *Elementos de los Crímenes* del Art. 8 bis del Estatuto de Roma, enmendado por la resolución RC/Res. 6; véase Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11), parte II (*Ibid.*, n (9)).

El crimen de agresión de Putin contra Ucrania cumple todos los requisitos anteriormente mencionados. De hecho, Putin ha planificado, preparado, iniciado y realizado dicho acto de agresión, estando en posición de controlar dicha acción militar que constituye un ataque a la integridad territorial de Ucrania; igualmente, Putin tenía conocimiento de su ilegalidad, conforme a la Carta de la ONU. Sin embargo, no existe obligación de circunscribir dicha responsabilidad sólo a dicho Jefe de Estado.

Así, el propio texto de los *Elementos de los Crímenes*, especifica que “puede suceder que más de una persona se halle en una situación que cumpla con estos criterios”²². Sin embargo, el listado de personas dignos de ser enjuiciados por el crimen de agresión habría de ser restringido, de modo que se circunscribiera sólo a aquellos que estaban en condiciones de controlar o dirigir la guerra de agresión. Si atendemos al listado de las personas sancionadas por la UE, dicha Organización sancionó a 71 personas y 33 entidades²³. En cambio, a efectos de la responsabilidad penal internacional de los individuos por la comisión de la agresión, opinamos que ésta debería ser más limitada.

De este modo, la responsabilidad penal internacional de los individuos por el crimen de agresión contra Ucrania podría concretarse en las siguientes personas: el Presidente de Rusia, Vladímir Putin y el ministro de Asuntos Exteriores de Rusia, Serguéi Lavrov, pudiendo ampliarse (en cuyo caso, habría que valorar la conveniencia) a algún alto comandante del Grupo Wagner o a algún miembro decisivo del Consejo Nacional de Seguridad.

Con todo, conforme al texto anteriormente mencionado y al Derecho Internacional consuetudinario, cometen el crimen de agresión quienes ostentan una posición de liderazgo. No obstante, dicha responsabilidad no tiene porqué limitarse a quien ostente la más alta responsabilidad en la cadena de mando del Estado (Jefe de Estado/Jefe de Gobierno), sino que puede ampliarse, por ejemplo, al Ministro de Defensa o al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, si no coinciden dichas figuras.

En el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se limitó la responsabilidad penal internacional por la Guerra de agresión a aquellos que estuvieran “in a position to shape or influence the policy that brings about [the criminal war’s] initiation or its continuance after initiation, either by furthering, or by hindering or preventing it.”²⁴. De hecho, el Tribunal estimó que Hitler no podía haber acometido una guerra de agresión por sí solo, sino que contó con jefes militares, y diplomáticos entre otros²⁵. Si atendemos al Estatuto de Roma, éste limita la responsabilidad respecto del crimen de agresión a aquellos que están en condiciones de “controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado” (artículo 8 bis. 1). De este modo, el Estatuto de Roma estrecha la definición de aquellos capaces de cometer un crimen

22 Nota a pie 75 del texto de los *Elementos de los Crímenes* (*Ibid.*, n (9)).

23 <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/#individual>, consultado por última vez el 13 de septiembre de 2023.

24 Juicio de los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1º de octubre de 1946, publicado en Nuremberg, Alemania, 1947, p. 488.

25 *Ibidem*, p. 226.

de agresión²⁶, sobre todo si lo comparamos con otros Tribunales como los establecidos en la II Guerra Mundial²⁷.

Nos alineamos con DANNENBAUM, cuando afirma que el estándar de liderazgo establecido en el ER resulta más restrictivo que el de Nuremberg, sin que quede claro que dicho estándar refleje plenamente el Derecho Internacional consuetudinario en la materia²⁸. En este sentido, resulta llamativo el hecho de que algunos llamamientos a la creación de un tribunal especial para el crimen de agresión recuperen la terminología de Nuremberg al establecer que se debería investigar no sólo a quienes hayan cometido el crimen de agresión, sino también a aquellos que hayan contribuido materialmente o dado forma a la comisión de dicho crimen²⁹.

En todo caso, parece obvio que Vladimir Putin ostenta el liderazgo y cabría ser juzgado por el crimen de agresión cometido por la Federación Rusa contra Ucrania. Más dudas, suscitan otras personas, ya mencionadas, y que estarían involucradas en dicha comisión. Por otro lado, el Presidente de Bielorrusia, Alexander Lukashenko³⁰ sí encajaría en las definiciones del Estatuto de Roma, puesto que, conforme al art. 8 bis 2. f) ER, ha permitido que “[...] su territorio [sea] puesto a disposición de otro Estado, [y] sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado”.

Otra de las posibles responsabilidades penales individuales invocables es la relativa a los líderes del Grupo Wagner (uno de ellos ya fallecido), lo que encajaría en el art. 8 bis 2. g) ER, que menciona ” [e]l envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”.

En cualquier caso, el paraguas del art. 8 bis 1, de estar en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado se habría de extender a los dos supuestos antes mencionados en el caso de su enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional o incluso de un tribunal internacional diferente. No obstante, el enjuiciamiento por parte de un tribunal internacional diferente a la CPI podría conllevar dudas en torno a una posible ampliación de las personas susceptibles de ser enjuiciadas por el crimen de agresión³¹.

26 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. . *op. cit.*, p. 2.

27 Ver: McDOUGALL, C., *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2021, pp. 213-257.

28 DANNENBAUM, T., “Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia’s Aggression Against Ukraine”, *Just Security*, March 10, 2022, p. 1, en <https://www.justsecurity.org/80626/mechanisms-for-criminal-prosecution-of-russias-aggression-against-ukraine/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

29 En particular, destacamos: *Statement calling for the creation of a Special Tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine*, en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

30 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. . *op. cit.*, p. 2.

31 Precedentes existen, ya que, tal y como señala DANNENBAUM, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg extendió la responsabilidad a personas tales como al sr. Farben, al reconocer que la responsabilidad penal internacional por agresión podría recaer en personas que ostentaban cargos en el ámbito político, militar o industrial, siendo responsables de la formulación y ejecución de políticas (Juicio de los principales criminales de guerra..., p. 556). Igualmente, consideró responsable a Kark Dönitz, aún descubriendo que no estaba al tanto de la conspiración de la guerra de agresión, ya que no controlaba la campaña militar

Por lo tanto, conviene delimitar bien quiénes responderían por el crimen de agresión en Ucrania. Quizás convendría no limitar la responsabilidad penal internacional a Putin, pero tampoco extenderla de un modo excesivo. En este sentido, no podemos sino recordar las palabras del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuando afirma que es preciso tener en cuenta que en algunos casos los acusados no eran funcionarios de alto nivel en el gobierno o las Fuerzas Armadas, de modo que no habían participado como líderes. En este sentido, dicho Tribunal realiza una reflexión digna de ser tomada en consideración, al expresar la necesidad de trazar la línea divisoria entre los culpables y los inocentes dentro de la población alemana³².

A este respecto, cabe señalar que el 13 de diciembre de 2022, el Parlamento de la Federación Rusa aprobó en primera lectura un proyecto de ley relativo a la aplicación del Derecho Penal ruso en los territorios de Ucrania ocupados por Rusia. En dicho Proyecto se incluye una disposición que establece que un hecho considerado delictivo tanto en la legislación rusa como en la ucraniana no será calificado como tal si iba “dirigido a proteger los intereses de la Federación Rusa”³³. De esta manera, la Federación Rusa pretende salvar a su Presidente y los altos cargos del enjuiciamiento por crimen de agresión, y a sus subordinados por la comisión de otros crímenes internacionales.

En cuanto a la legislación ucraniana, su Código Penal contempla una opción amplia de responsabilidad penal internacional de los individuos por la comisión del crimen de agresión, que no se limita a los líderes, tal y como se deduce de la lectura conjunta de los artículos 436 y 437³⁴. En las mencionadas disposiciones figura tanto la propaganda de la guerra de agresión, como la planificación, preparación y lanzamiento de dicha guerra, actos en los que se pueden ver involucradas más personas, amén del Presidente.

En conclusión, aún a sabiendas de que el liderazgo es un requisito claro del crimen de agresión, habrá que buscar un equilibrio teniendo en cuenta varias cuestiones. Por un lado, habrá que tener en cuenta la consideración del liderazgo por parte del Estatuto de Roma, de modo que, si un tribunal internacional o un tribunal nacional enjuicia a los responsables del crimen de agresión contra Ucrania, no se ocasionen distorsiones en el Sistema de Justicia Penal Internacional. Por otro lado, hemos de apostar por la erradicación de la impunidad en relación con el crimen de agresión contra Ucrania determinando la responsabilidad penal internacional de todos los individuos responsables, conforme no sólo al Estatuto de Roma sino también al Derecho consuetudinario en la materia. Todo ello siendo conscientes de que el enjuiciamiento

antes del año 1943 (Juicio de los principales criminales de guerra..., p. 1124). Ver: DANNENBAUM, T., “Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia’s Aggression...”, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

32 Juicio de los principales criminales de guerra..., p. 1126.

33 Ver la posición de Amnistía Internacional al respecto, en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/rusia-el-proyecto-de-ley-que-elimina-la-responsabilidad-penal-por-los-crimenes-de-guerra-da-fuerza-de-ley-a-la-impunidad/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

34 Arts. 436 y 437, *Criminal Code of the Republic of Ukraine*, traducido al inglés por el Consejo de Europa, en: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ukr/2001/criminal-code-of-the-republic-of-ukraine-en_html/Ukraine_Criminal_Code_as_of_2010_EN.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

de determinadas personas en posición de liderazgo posee un gran valor simbólico y una innegable aportación al mencionado Sistema.

III. LAS DIFICULTADES PARA ENJUICIAR A LOS RESPONSABLES DE LA AGRESIÓN CONTRA UCRANIA

1. El enjuiciamiento a nivel internacional: la CPI y su “misión imposible”

A pesar de estar ante un crimen de agresión por parte de la Federación Rusa contra Ucrania, tal y como está estipulado en el Estatuto de Roma, no es posible, a priori, enjuiciar a los responsables ante la Corte Penal Internacional. A continuación, vamos a desglosar las principales cuestiones jurídicas que imposibilitan que la CPI ejerza su competencia sobre los responsables del crimen de agresión contra Ucrania.

Por un lado, Ucrania no es un Estado Parte del Estatuto de Roma. No obstante, Ucrania ha ejercido dos veces su prerrogativa para aceptar la jurisdicción de la Corte (art. 12. 3 del Estatuto de Roma-ER—)³⁵ sobre presuntos crímenes internacionales ocurridos en su territorio. De este modo, la primera declaración presentada por el Gobierno de Ucrania el 25 de febrero de 2014³⁶ aceptaba la jurisdicción de la CPI con respecto a los presuntos crímenes cometidos en territorio ucraniano del 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014³⁷. Dicha declaración hacía referencia a los presuntos crímenes cometidos en relación con el Euromaidán³⁸.

35 El art. 12. 3 del Estatuto de Roma reza así: “3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.”

36 El texto de la declaración de 25 de febrero de 2014, se puede consultar en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

37 A este respecto, cabe señalar, como hemos mencionado anteriormente, que, a finales de 2013, estalló un conflicto entre Ucrania y la Federación de Rusia a raíz de una crisis política en Ucrania. El hecho detonante fue que el presidente Yanukóvich decidió suspender el proceso que iba a llevar a la firma del acuerdo de asociación con la Unión Europea. Dicha suspensión desencadenó un movimiento popular que denominado «revolución de la dignidad» (Euromaidán). Como consecuencia, en Crimea, soldados rusos encapuchados y sin distintivos tomaron el control de todos los puntos estratégicos de la región el 27 de febrero de 2014. El 16 de marzo de 2014 se organizó un «referéndum» de independencia y de unificación con la Federación de Rusia. Ante estos hechos, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 68/262 (Integridad territorial de Ucrania), de 27 de marzo de 2014, en respuesta a la crisis de Crimea. La Asamblea General afirmó su compromiso con la soberanía, la independencia política, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente, subrayando la invalidez del referéndum del 16 de marzo celebrado en la Crimea autónoma (UN AG Res. 68/262, de 27 de marzo de 2014).

38 Esta declaración de aceptación de la jurisdicción de la CPI, vía artículo 12. 3 del Estatuto, se produjo el 25 de febrero de 2014, como consecuencia de la decisión adoptada por la Rada Suprema (Parlamento de Ucrania). Dicha Declaración fue comunicada al Secretario de la CPI a través de la Embajada ucraniana en los Países Bajos. Posteriormente, fue corroborada por el Ministro de Asuntos Exteriores de Ucrania. La legitimidad del Parlamento ucraniano para adoptar dicha declaración parece fuera de toda duda. No obstante, el contexto en el que fue adoptada la misma sí ofrece dudas. En este sentido, recordemos que se produjo durante el Euromaidán, que condujo al Presidente Yanukóvich a abandonar el país, mientras que

Con posterioridad, ante la evolución de los acontecimientos de Crimea y los distritos orientales de la República, el 8 de septiembre de 2015, Ucrania emitió una segunda declaración³⁹, que prorrogaba este período de forma indefinida para abarcar los presuntos crímenes cometidos en todo el territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014 en adelante. Estas declaraciones habían dado lugar a que la Fiscalía de la CPI encajara la situación de Ucrania entre las que son objeto del examen preliminar de la Corte, mucho antes de que se produjera la agresión por parte de la Federación Rusa en 2022⁴⁰.

La cuestión decisiva es si estas declaraciones constituyen base suficiente, desde el punto de vista material y temporal, para que la CPI pueda conocer de todos los crímenes cometidos desde febrero de 2022 con la invasión rusa de Ucrania. Así, en cuanto a las posibles limitaciones temporales de las declaraciones emitidas por Ucrania, hemos de señalar que la segunda declaración prorroga la competencia temporal de la CPI sobre Ucrania de modo indefinido, al establecer que acepta la competencia de la CPI desde el 20 de febrero de 2014, sin señalar fecha de terminación del ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte. En consecuencia, sí existe base jurídica para que la Corte conozca de los crímenes cometidos en Ucrania en la intervención militar de Rusia que comenzó el 24 de febrero de 2022.

Con todo, cabe señalar que dichas declaraciones del Parlamento ucraniano contienen sutiles diferencias respecto de las remitidas a la Secretaría de la CPI⁴¹. En las del Parlamento se habla de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En cambio, en las remitidas a la CPI, aparece una referencia genérica a los “actos” cometidos. Tomamos como válidas estas últimas, por constituir los documentos oficiales en la relación de Ucrania con la CPI.

Profundizando en el ámbito material de dichas declaraciones, nos alineamos con BOLLO AROCENA⁴² cuando afirma que al aceptar Ucrania la competencia de la Corte, lo hace respecto de cualquiera de los crímenes establecidos en el art. 5 del ER, por lo que, a priori, estarían incluidos también el genocidio y la agresión, crímenes sobre los cuales no se ha pronunciado la CPI.

Hemos utilizado la expresión “a priori”, porque vamos a comprobar cómo existen serias dudas respecto del crimen de agresión, a la luz de que éste responde a unas enmiendas que habrían

asumía el cargo interinamente Oleksandr Turchinov. Las elecciones de 25 de mayo de 2014 condujeron al poder a Petró Poroshenko. Este presidente nunca cuestionó la validez de la Declaración de febrero de 2014. Bien al contrario, la completó con una segunda declaración en septiembre de 2015. Es interesante la reflexión de BOLLO AROCENA sobre la aceptación de dichas declaraciones por parte de la CPI cuando son formuladas por gobiernos *de facto*, en situaciones como la mencionada: BOLLO AROCENA, M. D., “La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12. 3 del ECPI) de la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania. . .), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº31, 2016, pp. 12 y 13.

39 El texto de la declaración de 8 de septiembre de 2015 se puede consultar en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

40 ICC, OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2020, 14 December 2020, pp. 68-72.

41 Dichas declaraciones se pueden encontrar en: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

42 BOLLO AROCENA, M. D., “Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales. . *op. cit.*, p. 105.

de ser aceptadas por el Estado que consintiera en ser Estado Parte en el Estatuto de Roma. En efecto, conforme al tenor literal de dichas declaraciones, queda determinada la competencia material de la CPI respecto de la situación de Ucrania. Dicha competencia podrá ejercerse tanto respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, quedando excluida en todo caso la competencia de la Corte del crimen de agresión⁴³ por las razones que a continuación expondremos.

De este modo, respecto del crimen de agresión, el ER establece una serie de reglas especiales. Así, la CPI no tendrá jurisdicción sobre los nacionales de los Estados Parte en el Estatuto de Roma de la CPI que no hayan ratificado las enmiendas relativas al crimen de agresión, contenidas en los artículos 8 bis, 15 bis y ter del Estatuto. Todo ello en el supuesto de una remisión estatal o de una investigación iniciada por el Fiscal de la CPI. A fecha de 21 de noviembre de 2023, son 123 los Estados parte en el Estatuto, y de éstos solo 45 han aceptado la enmienda. Por lo tanto, hay 78 Estados que no han aceptado los artículos 8bis, 15 bis y ter del Estatuto, lo que constituye un gran número y refleja el poco consenso existente al respecto. En esta misma línea, tal y como se ha mencionado, ni Rusia ni Ucrania son Estados Parte del Estatuto de Roma de la CPI, por lo que tampoco han ratificado las enmiendas correspondientes al crimen de agresión.

De hecho, si nos situamos en el contexto de los Estados no Parte, como es el caso que nos ocupa, aún se agrava más la cuestión. De este modo, conforme al art. 15 bis. 5 del Estatuto de Roma, respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo⁴⁴. En esta situación, los nacionales son de nacionalidad rusa, y la Federación Rusa no es Estado Parte, y el territorio en donde se ha cometido el crimen es Ucrania, que tampoco es Estado Parte y no ha aceptado las enmiendas en relación con el crimen de agresión.

La única posibilidad para que la CPI conociera del crimen de agresión en Ucrania sería que hubiera existido una remisión de la situación de Ucrania ante la CPI por parte del Consejo de Seguridad. Éste es el único supuesto en que no actúan las limitaciones jurisdiccionales antes señaladas, tal y como figura en el art. 15 ter del ER⁴⁵. Pero esta opción resulta totalmente imposible por el veto de Rusia en tanto que Miembro Permanente de este órgano. Con todo, tal y como mantendremos más adelante, que el Consejo de Seguridad someta a votación una pro-

43 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, julio-diciembre 2022, Madrid, p. 64.

44 “Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo” (art. 15. bis 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

45 El art. 15 ter del Estatuto de Roma reza así: “Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión. (Remisión por el Consejo de Seguridad)

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

puesta fallida de resolución en el sentido de remitir la situación de la agresión contra Ucrania ante la CPI sería deseable y conveniente, desde la perspectiva de agotar las vías posibles ante la Corte.

Así, contemplamos un panorama cierto en el que, según ESCOBAR HERNÁNDEZ, “la Corte no podrá en ningún caso ejercer su jurisdicción respecto del crimen de agresión, ya que un eventual reconocimiento unilateral por Ucrania de la competencia de la Corte respecto de esta categoría de crímenes no solo no se ha producido, sino que —además— resulta imposible como consecuencia de las especiales reglas que se establecen en el Estatuto de Roma respecto de la atribución y ejercicio de la competencia de la CPI”⁴⁶.

Este contexto tan delicado que rodea el enjuiciamiento del crimen de agresión no hace sino reflejar la debilidad estructural de las Organizaciones internacionales, tanto de la ONU⁴⁷ como de la CPI, “para ofrecer una respuesta colectiva e institucional a una agresión como la ocurrida en Ucrania, particularmente si el agresor es un Estado con asiento permanente en el Consejo de Seguridad”⁴⁸.

La imposibilidad de juzgar el crimen de agresión cometido en Ucrania por parte de la CPI parece cierta e, incluso, ciertas voces se alzan pidiendo la reforma del Estatuto de Roma⁴⁹.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1.º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5. ”

46 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad ...*op. cit.*, p. 65.

47 El 25 de febrero de 2022, se adoptó un proyecto de resolución por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) que lamentaba la “agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania en violación del artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas”. Dicho Proyecto obtuvo 11 votos a favor, 1 en contra y 3 abstenciones (UN Security Council, “Draft resolution”, UN Doc S/2022/155, 25 February 2022; UN Security Council, Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/136) – Verbatim Record, UN Doc S/PV. 8979, 25 February 2022, p. 6). Debido al veto de Rusia y la incapacidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para cumplir con sus funciones, la cuestión se transfirió a la Asamblea General de las Naciones Unidas. (UN Security Council, Resolution 2623 on Emergency Special Session of the General Assembly on Ukraine, UN Doc S/RES/2623(2022), 27 February 2022; dicha resolución fue adoptada por 11 votos a favor, 1 en contra (Rusia) y 3 abstenciones (China, India y Emiratos Árabes Unidos). Ver: UN Security Council, Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of... p. 2). El 2 de marzo de 2022, la Asamblea General adoptó una resolución titulada “Agresión contra Ucrania” en la que deplora en los términos más enérgicos la agresión de la Federación Rusia contra Ucrania en violación del Artículo 2. 4 de la Carta de la ONU (UN General Assembly, Resolution ES-11/1 on Aggression against Ukraine, UN Doc A/RES/ES-11/1, 18 March 2022). La resolución fue aprobada con 141 votos a favor, 5 en contra y 35 abstenciones.

48 PONS RAFOLS, X., “La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho Internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°43, junio 2022, p. 3.

49 Ver: REISINGER CORACINI, A., “Is Amending the Rome Statute the Panacea Against Perceived Selectivity and Impunity for the Crime of Aggression Committed Against Ukraine?”, *Just Security*, 21 March 2023, en <https://www.justsecurity.org/85593/is-amending-the-rome-statute-the-panacea-against-percei->

Dicha reforma implicaría poner en marcha un largo proceso para lograr la ratificación de 7/8 de los Estados Parte, aun asumiendo que fuera posible conceder a dicha enmienda un carácter retroactivo⁵⁰. En todo caso, esta complejidad, lentitud e incertidumbre contribuiría, sin duda, a acrecentar la sensación de impunidad respecto de la agresión rusa contra Ucrania.

Otra opción, apuntada por un sector de la doctrina⁵¹, sería hacer encajar los actos constitutivos del crimen de agresión en el concepto de crímenes contra la humanidad. Dicha posibilidad no nos parece la más acertada, a la luz de la gravedad que entraña el crimen de agresión, lo que hace que, de modo simbólico, sea importante su enjuiciamiento. Pero no sólo motivos simbólicos hacen poco deseable dicho encaje, sino que, desde la perspectiva de la aplicación del Derecho Internacional Penal, un enjuiciamiento de un líder como Putin por un mecanismo judicial internacional adecuado supondría todo un avance.

Pero la CPI no ha permanecido de brazos cruzados ante otros crímenes diferentes a la agresión y cometidos en la situación de Ucrania. De hecho, en septiembre de 2022, el Fiscal de la CPI se dirigió al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y enfatizó que la investigación de la supuesta deportación ilegal de niños de Ucrania era una prioridad para su Oficina⁵². En consonancia con esa declaración de intenciones, el 17 de marzo de 2023, la Sala II de Cuestiones Preliminares de la CPI emitió órdenes de detención⁵³ respecto de dos personas en el contexto de la situación en Ucrania : el Sr. Vladimir Vladimirovich Putin, Presidente de la Federación Rusa, y la Sra. Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Comisionada para los Derechos del Niño de la Oficina del Presidente de la Federación Rusa. Dichas órdenes de detención están bajo secreto de sumario, para obtener la adecuada protección de las víctimas y testigos y también para salvaguardar la investigación.

En definitiva, a juicio de la Sala de Cuestiones Preliminares II, existen motivos razonables para creer que dichos sospechosos son responsables de ciertos crímenes de guerra cometidos contra niños ucranianos, en particular de: la deportación ilegal de población (niños) y el traslado ilegal de población (niños) de las zonas ocupadas de Ucrania a la Federación Rusa. Es loable que la CPI haya intervenido en la situación de Ucrania, empezando por un crimen concreto, sin perjuicio de que dicha competencia se amplie en el futuro. Lamentablemente, el crimen de agresión no podrá ser objeto de dicha ampliación por las razones jurídicas antes señaladas.

De momento, con los mimbres actuales, para sobreponerse al callejón sin salida que implica el enjuiciamiento de la agresión por la CPI, podemos acudir a una serie de opciones, planteadas

ved-selectivity-and-impunity-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine/, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

50 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against...*op. cit.*, p. 3.

51 PINZAUTI, G., PIZZUTI, A., “Prosecuting Aggression against Ukraine as an ‘Other Inhumane Act’ before the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, n° 5, 2022, pp. 1061-1083. Ver también: FERENCZ, B., “The Illegal Use of Armed Force as A Crime Against Humanity”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 2:2, 2015, pp. 187-198.

52 Ver: UN Security Council, 9135TH MEETING (AM), SC/15036, 22 September 2022.

53 <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

por la doctrina⁵⁴, por otros actores internacionales⁵⁵ y por el Estado víctima, Ucrania⁵⁶. Pero antes de explorar dichas propuestas, es necesario abordar la posibilidad de enjuiciamiento por parte de tribunales nacionales de los Estados involucrados o de otros Estados. Si comprobamos que dicha elección tampoco está exenta de dificultades, habrá que abrir los ojos ante el planteamiento de un tribunal internacional que enjuicie el crimen de agresión contra Ucrania.

2. El enjuiciamiento a nivel nacional y sus impedimentos

A) PRINCIPALES IMPEDIMENTOS

Primeramente, es necesario indagar en el propio sistema jurídico de Ucrania, para comprobar si es posible la creación de un tribunal especial a nivel interno para enjuiciar el crimen que nos ocupa. De este modo, comprobamos cómo el artículo 125 de la Constitución de Ucrania⁵⁷ establece que “No se permitirá la creación de tribunales especiales o extraordinarios”. A primera vista, podría parecer que esta disposición constituye un impedimento para la creación de un tribunal especial, tanto a nivel nacional como internacional. No obstante, si profundizamos en el origen de la norma, vemos cómo constituye un obstáculo para la creación de un tribunal nacional especial para el crimen de agresión, pero no para un tribunal internacional.

Así, coincidimos con KOMAROV y HATHAWAY⁵⁸, en que dicho artículo deriva de la situación de Ucrania como Estado postsoviético. En este sentido, estos autores recuerdan que, cuando se adoptó la Constitución ucraniana en 1996, aún estaba muy presente el recuerdo de

54 CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine: a legal assessment”, European Parliament, December 2022, pp. 1-60.

55 Con el objetivo de suplir la grave carencia que implica la imposibilidad de enjuiciar el crimen de agresión en Ucrania por parte de la CPI, se ha producido la intervención de actores internacionales, ofreciendo soluciones. Uno de esos actores internacionales ha sido la Unión Europea (UE). De este modo, en noviembre de 2022, la Comisión Europea presentó diferentes opciones a los Estados miembros para garantizar que estas personas puedan rendir cuentas por las atrocidades cometidas en Ucrania https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_23_1363 consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023). Entre dichas opciones se propuso: un tribunal internacional especial e independiente basado en un tratado multilateral; o un tribunal especializado integrado en un sistema de justicia nacional con jueces internacionales, al estilo de los tribunales híbridos (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7311 consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023). En todo caso, para la Comisión Europea, resulta claro que el establecimiento de un tribunal especial ha de ser respaldado por la ONU.

56 “Speech by the President of Ukraine at the General Debate of the 77th session of the UN General Assembly”, 22 September 2022, en <https://www.legal-tools.org/doc/wh08nu/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

57 La traducción es propia. Ver la Constitución de Ucrania traducida al inglés por el Consejo de Europa, en: <https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>, consultada por última vez el 13 de noviembre de 2023.

58 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “Ukraine’s Constitutional Constraints: How to Achieve Accountability for the Crime of Aggression”, *Just Security*, April 5, 2022, p. 1, en https://www.justsecurity.org/80958/ukraines-constitutional-constraints-how-to-achieve-accountability-for-the-crime-of-aggression/?utm_source=feedly&utm_medium=rss&utm_campaign=ukraines-constitutional-constraints-how-to-achieve-accountability-for-the-crime-of-aggression, consultado por última vez el 11 de noviembre de 2023.

los tribunales especiales y extraordinarios⁵⁹ que actuaron durante la era soviética. Dichos tribunales eran un instrumento extrajudicial al servicio de fines totalitarios de la Troika Especial, durante la Gran Purga y los tribunales especiales en el sistema de los Gulag.

El mencionado artículo de la Constitución debe, además, leerse en conjunción con el art. 3 de la *Law of Ukraine on the Judiciary and the Status of Judges*, de 2016⁶⁰, que establece lo mismo que el citado artículo 125, pero en el caso de la Ley de 2016, dicha disposición se enmarca en el título de “el Sistema Judicial de Ucrania”⁶¹. En consecuencia, la prohibición de crear tribunales especiales y extraordinarios se inscribiría sólo al caso del orden interno ucraniano y no podría extenderse al ámbito internacional. De hecho, después de que Ucrania firmara el Estatuto de Roma en 2000, el Presidente de Ucrania presentó una petición ante el Tribunal Constitucional de Ucrania solicitando una opinión sobre la constitucionalidad de la ratificación del Estatuto de Roma en relación con varios aspectos, relativos a la entrega de ciudadanos ucranianos a la CPI, a la consideración de dicha Corte como un tribunal especial, así como de las inmunidades⁶². El Tribunal Constitucional concluyó que el mencionado artículo 125 no se aplica como tal a la CPI, reiterando el argumento referido a que la prohibición sólo se aplica en el sistema jurídico interno y no en el ámbito internacional⁶³.

Con todo, si bien la posibilidad de enjuiciar el crimen de agresión por un tribunal especial en el orden interno parece fuera de lugar, sí sería posible dicho enjuiciamiento por los tribunales ordinarios ucranianos o por un tribunal especial internacional.

Comenzando por la primera opción, conviene resaltar que el Código Penal ucraniano prevé, en su artículo 437, la penalización de la planificación, preparación y lanzamiento de una guerra de agresión, estableciendo que: “1. La planificación, preparación o celebración de una guerra de agresión o un conflicto armado, o la conspiración para cualquiera de ellos, será castigada con pena privativa de libertad de siete a doce años. 2. La realización de una guerra de agresión o de operaciones militares agresivas será castigada con pena privativa de libertad de diez a quince años”⁶⁴. Igualmente, se penaliza en su Código Penal cruzar de modo ilegal la frontera de Ucrania⁶⁵. Finalmente, y conforme al art. 49. 5 de dicho texto normativo, el crimen de

59 *Ibidem*.

60 Ley traducida por el Consejo de Europa: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2021\)080-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2021)080-e), consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

61 *Ibidem*. La traducción es propia.

62 <https://www.coalitionfortheicc.org/es/country/ucrania>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

63 Párrafo 2, sección 2. 1 de la conclusión del Tribunal Constitucional de Ucrania No 3-B/2001 del 11 de julio de 2001, caso No 1-35/2001, en <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01#Text>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

64 La traducción es propia. Ver: *Criminal Code of the Republic of Ukraine*, traducido al inglés por el Consejo de Europa, en: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ukr/2001/criminal-code-of-the-republic-of-ukraine-en_html/Ukraine_Criminal_Code_as_of_2010_EN.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

65 Aunque el artículo se refiere al movimiento ilegal de personas a través de la frontera, se podría interpretar en el sentido de intervenir ilegalmente en el territorio de Ucrania. “Article 332. Illegal movement of persons across the state border of Ukraine. 1. Organizing of illegal movement of persons across the state border of Ukraine, coordinating or facilitating any such actions by advice, instructions, provision of means

agresión es imprescriptible, en la línea con la imprescriptibilidad reconocida a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁶⁶.

El gran problema estriba en la entrega de Putin y los principales líderes políticos y militares responsables de la planificación, preparación y desencadenamiento de la guerra de agresión. Lograr dicha entrega sin la cooperación de la Federación Rusa resulta, a todas luces, imposible. Más aun tomando en consideración el hecho de que no se podría obtener ninguna resolución del Consejo de Seguridad de la ONU al respecto, por el veto ruso. Sin dicha entrega, el enjuiciamiento no va a poder hacerse realidad. A juicio de KELLER, los problemas prácticos relativos a la entrega de los sospechosos y a la obtención de las pruebas se revelan como decisivos en el caso de Ucrania⁶⁷. Y un enjuiciamiento *in absentia* resultaría perjudicial para la legitimidad de los juicios llevados a cabo, a pesar de que la legislación ucraniana lo permita.

Sin embargo, en el hipotético caso de que fueran entregados a los tribunales ucranianos dichos responsables, éstos podrían ser enjuiciados conforme al ordenamiento jurídico ucraniano, y en cualquier momento (a la luz de la imprescriptibilidad). Pero los intentos previos de Ucrania de enjuiciar el crimen de agresión cometido por la intervención rusa en Crimea ya demostraron lo problemático del tema. De hecho, Yanucovich fue enjuiciado *in absentia*, y los otros dos acusados fueron dos oficiales de nivel medio que no reunían la característica de liderazgo necesaria para poder ser enjuiciados por agresión⁶⁸.

Si resultaran condenados los principales responsables rusos del crimen de agresión contra Ucrania, podrían cumplir condena en el territorio de la Federación Rusa, dependiendo de lo que establezcan los tratados celebrados entre ambos Estados, lo que parece, en estos momentos, difícil. De hecho, el art. 10. 2 del Código Penal ucraniano dispone que: “Los ciudadanos extranjeros que hayan cometido delitos penales en el territorio de Ucrania y hayan sido condenados por estos delitos en virtud del presente Código podrán ser trasladados para cumplir sus penas por los delitos cometidos en el Estado del que sean nacionales, cuando dicho traslado esté previsto por los tratados internacionales de Ucrania”⁶⁹.

Otra opción sería el ejercicio de la jurisdicción universal sobre el crimen de agresión, de modo que otros Estados, distintos a Rusia y Ucrania, enjuiciaran en sus tribunales nacionales

or removal of obstacles, shall be punishable by imprisonment for a term of two to five years with the forfeiture of transport or any other means used to commit the offense.

2. The same actions, if repeated, or committed by a group of persons upon their prior conspiracy, shall be punishable by imprisonment for a term of three to seven years with the forfeiture of means used to commit the offense” (*Ibidem*).

66 *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2391 (XXIII) of 26 November 1968. Entry into force: 11 November 1970, in accordance with article VIII

67 KELLER, K. J., “Creating a Special Tribunal. ., *op. cit.*, p. 2.

68 Ver al respecto, el acertado comentario realizado por: SAPAYIN, S., “A Curious Aggression Trial in Ukraine: Some Reflections on the Alexandrov and Yerofeyev Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 16, Issue 5, December 2018, pp. 1093–1104.

69 La traducción es propia (*Ibid.*, n (64)).

a Putin y a los otros responsables. En particular, algunos Estados, como Lituania⁷⁰ y Polonia⁷¹, reconocen la jurisdicción universal sobre el crimen de agresión y han abierto sendas investigaciones en relación con dicho crimen en Ucrania. Si las dificultades prácticas de entrega de sospechosos y pruebas son variadas en el propio territorio de Ucrania, nada hace pensar que éstas vayan a ser menores en el supuesto de tribunales internos alejados de los acusados y del territorio donde fue cometido el crimen.

Desde el punto de vista teórico, no podemos olvidar el debate que existe en la doctrina en relación con el crimen de agresión y la jurisdicción universal. De hecho, llama la atención que no se recoja el crimen de agresión entre aquellos que dan lugar a jurisdicción universal en ninguna de las opiniones separadas del caso ante la Corte Internacional de Justicia “Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*)”⁷². Coincidimos con aquellos que señalan que es difícil constatar una práctica estatal uniforme que demuestre que los Estados aceptan el principio de que el crimen de agresión pueda ser enjuiciado por Estados diferentes de aquellos que posean un nexo jurisdiccional con el crimen⁷³. Las dificultades para introducir las enmiendas al Estatuto de Roma en relación con este crimen no hacen sino probar este hecho.

Así las cosas, la propia Comisión de Derecho Internacional ha llegado a alegar, en el pasado, que sólo el propio Estado agresor puede ejercer jurisdicción sobre este crimen a la luz de la dimensión política y estatal que reviste dicho crimen⁷⁴.

En todo caso, si apostáramos por la teoría de que el Derecho consuetudinario ampara la jurisdicción universal en relación con el crimen de agresión⁷⁵, las dificultades prácticas que implica

70 Ver: arts. 7 y 110 del Código Penal Lituano, traducido al inglés en: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=rivwzvpvg&documentId=a84fa232877611e5bca4ce385a9b7048&category=TAD>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. Ver también: <https://www.lrt.lt/en/news-in-english/19/1633685/lithuania-opens-probe-into-crimes-against-humanity-in-ukraine-attacked-by-russia>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

71 Ver: arts. 112 y 117 del Código Penal Polaco, traducido al inglés en: https://www.imolin.org/doc/amlid/Poland_Penal_Code1.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. En todo caso, coincidimos con McDOUGALL, cuando afirma que hay cierta problemática a la hora de encajar el crimen de agresión contra Ucrania exactamente en lo que el art. 112 del Código Penal Polaco llama “an offence against the internal or external security of the Republic of Poland” (McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. . . *op. cit.*, p. . 4).

72 <https://www.icj-cij.org/case/121/judgments>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

73 ADVISORY COMMITTEE ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities* (Advisory report No. 40, 2022), en <https://www.advisorycommitteeinternationallaw.nl/publications/advisory-reports/2022/09/12/challenges-in-prosecuting-the-crime-of-aggression-jurisdiction-and-immunities>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023, en particular p. 8. Hemos de destacar que dicho Comité es un organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

74 INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Commentary to the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, in: *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. II, Part Two, Article 8, commentary 14, p. 30.

75 SCHARF, M. P., “Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression”, *Case Western Reserve University – School of Law*, 2012, pp. 35.

dicho ejercicio de jurisdicción en cuanto al crimen de agresión en Ucrania se imponen, frente a consideraciones jurídicas o teóricas.

B) LA INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES: ¿UN OBSTÁCULO INSALVABLE?

Si bien, en principio, los tribunales internos ucranianos podrían enjuiciar a los responsables del crimen de agresión contra su país, cabría plantearse qué posición tienen Ucrania y Rusia en relación con la inmunidad de los Jefes de Estado y Ministros, y si dicha posición tiene alguna influencia en el supuesto de intentos de enjuiciamiento de dichos altos cargos por tribunales internos.

Una cuestión importante es comprobar cómo operaría la inmunidad del Jefe de Estado, Putin, en relación con el enjuiciamiento de la agresión por parte de tribunales internos ucranianos. De hecho, conforme al artículo 91 de la Constitución de la Federación Rusa, el Presidente de la Federación Rusa goza de inmunidad⁷⁶. Así, si atendemos al Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado presentado por la Relatora Especial, Concepción Escobar Hernández, vemos cómo los miembros de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU debatieron si el crimen de agresión debía incluirse en el proyecto de artículos mencionado⁷⁷. La razón principal estribaba en que, a juicio de algunos miembros, el enjuiciamiento a escala nacional de este crimen podría afectar a la igualdad soberana de los Estados, problema que no se plantea en el supuesto de enjuiciamiento ante un tribunal internacional⁷⁸.

Así, mientras la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* no opera frente al enjuiciamiento de crímenes internacionales (incluido el crimen de agresión) por parte de tribunales internacionales⁷⁹, no podemos decir lo mismo respecto del enjuiciamiento de dichos crímenes (incluida la agresión) por parte de tribunales nacionales⁸⁰. De hecho, la inmunidad personal hace referencia tanto a actos públicos como privados en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, se supone que, al dejar el cargo, podrían ser juzgados ante tribunales nacionales por actos privados. El problema se plantea en relación con la agresión, que siempre va a ser un acto oficial, de modo que, en su definición, el elemento del acto estatal es el que atrae la responsabilidad penal internacional del individuo.

76 Ver la traducción de la Constitución Rusa al español en: el Proyecto de Constituciones Comparadas: https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2014.pdf?lang=es, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

77 UN, Comisión de Derecho Internacional, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», presentado por la Relatora Especial, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., UN Doc. A/CN.4/70, Anuario de la CDI, vol. II, Ginebra, 2016, párr. 122.

78 *Ibidem*.

79 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores: los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, n.º 55, Escuela Diplomática, Madrid, 2016.

80 *Ibidem*.

En cuanto a la inmunidad funcional o *ratione materiae*, hemos de destacar que, en el proyecto de artículos sobre Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se establecen una serie de excepciones a dicha inmunidad. De este modo, en su artículo 7, dedicado a los crímenes de Derecho Internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica, figuran los siguientes crímenes⁸¹: a) crimen de genocidio; b) crímenes de lesa humanidad; c) crímenes de guerra; d) crimen de apartheid; e) tortura; y f) desapariciones forzadas. La omisión clara es la referencia al crimen de agresión. Igualmente, cuando se especifica a qué convenios se hace referencia en dicho art. 7. 2, se menciona el Estatuto de Roma, pero sólo los artículos 7 y 8, referidos a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, sin que aparezca referencia alguna al art. 8bis en relación con la agresión.

Coincidimos con McDOUGALL⁸², cuando afirma que es obvio que los tribunales nacionales extranjeros no estarían en condiciones de enjuiciar a las personas que gozan de inmunidad personal, como es el caso del Presidente Putin. En cambio, es más difícil determinar cuál sería la aplicación de la inmunidad funcional al caso que nos ocupa de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario⁸³. Siendo más dificultosa dicha determinación, no cabe la menor duda de que es cuestionable que un tribunal nacional extranjero pudiera legalmente ejercer su jurisdicción sobre funcionarios del Estado por un crimen de agresión cometido como parte de un acto estatal⁸⁴.

En consecuencia, la inmunidad de Putin y del Presidente de Bielorrusia ante los tribunales nacionales ucranianos plantearía serios problemas, que serían de difícil solución. De este modo, se hace preciso articular un mecanismo judicial internacional ante el que dicho mandatario no pueda alegar eficazmente su inmunidad, y la única opción viable sería un tribunal internacional.

IV. ¿ES POSIBLE CREAR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL *EX NOVO* PARA ENJUICIAR EL CRIMEN DE AGRESIÓN?

1. La legalidad y legitimidad de un tribunal internacional *ex novo* para la agresión

Examinada la imposibilidad de enjuiciamiento del crimen de agresión contra Ucrania por parte de la CPI y las dificultades de los procesos judiciales internos al respecto, se impone un análisis de si es posible crear un tribunal internacional específico para sustanciar la responsabilidad penal internacional mencionada. El establecimiento de un tribunal internacional *ex novo* habrá

81 UN, Comisión de Derecho Internacional, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*. Textos y títulos del proyecto de artículos aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura, UN Doc. A/CN. 4/L. 969, 31 de mayo de 2022.

82 McDOUGALL, C., “The Imperative of Prosecuting Crimes. . . *op. cit.*”, p. 216.

83 A estos efectos, es interesante la opinión del Advisory Committee on Public International Law, cuando afirma que: “The CAVV does not see the logic of distinguishing between the crime of aggression and other international crimes” (ADVISORY COMMITTEE ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *Challenges in prosecuting the crime of aggression: . . . , op. cit.*, p. 16). Hemos de destacar que dicho Comité es un organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

84 McDOUGALL, C., “The Imperative of Prosecuting Crimes. . . *op. cit.*”, p. 216.

de adecuarse al Principio de legalidad⁸⁵, presente en el Derecho Internacional Penal, que presupone la existencia de una tipificación del crimen en cuestión, la agresión. Para BASSIOUNI⁸⁶, el principio *nullum crimen sine iure* incluye prohibiciones legales que surgen tanto del derecho convencional como consuetudinario. Dado que ya hemos estudiado la tipificación de la agresión a efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional, habrá que comprobar si dicho crimen responde al Derecho Internacional convencional y consuetudinario vigente en el momento actual a efectos de la posible competencia de otro tribunal penal internacional.

En este sentido, constatamos que el crimen de agresión definido en el Estatuto de Roma, tras las enmiendas de Kampala, no hace sino recoger el Derecho Internacional consuetudinario en la materia. De hecho, el crimen de agresión fue enjuiciado por primera vez por los Aliados ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁸⁷. En efecto, la agresión fue el crimen central de la acusación en el juicio de Nuremberg, denominado entonces “crímenes contra la paz” en el Cargo 1 de la Acusación y de conspiración para cometer crímenes contra la paz en el Cargo 2⁸⁸. Dicho crimen también fue decisivo en los procesos sustanciados ante el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio)⁸⁹.

Con posterioridad, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la Resolución 95(I), afirmando los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta y el Sentencia de Nuremberg⁹⁰, también en relación con el crimen

85 LLEDÓ, R., “El principio de Legalidad en el Derecho Penal Internacional”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº11, octubre 2016-marzo 2017, pp. 246-263.

86 BASSIOUNI, M. Ch., *The Law of International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996, p.268.

87 El artículo 6 del Estatuto de Nuremberg disponía lo siguiente: “Artículo 6. El Tribunal creado por el acuerdo mencionado en el artículo 1 del presente Estatuto para el juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, a título individual o en carácter de miembros de organizaciones, hayan cometido alguno de los crímenes siguientes. Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual: a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados; ... ” (Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 82, p. 279). Ver también: Juicio de los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1º de octubre de 1946, publicado en Nuremberg, Alemania, 1947.

88 The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics v. Goering et al., Indictment, International Military Tribunal, Trial of War Criminals, Counts 1 and 2 (Dept. of State Publication 2420, Washington, 1945), <http://digitalcollections.smu.edu/cdm/ref/collection/hgp/id/654>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

89 Indictment, International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), Harry S. Truman Library Museum, The War Crimes Trials at Nuremberg, World War II File, Indictment from the International Military Tribunal for the Far East | Harry S. Truman (trumanlibrary.gov).

90 Resolución 95 (I) de la Asamblea General. A petición de la Asamblea General, la Comisión del derecho internacional preparó los Principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

de agresión⁹¹. Coincidimos con CASSESE, cuando afirma que “esta aprobación y ese apoyo significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha enérgicamente el proceso encaminado a convertir esos principios en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional”⁹².

Además, el crimen se incluyó en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional⁹³. Y, finalmente, logramos la tipificación en el propio Estatuto de Roma de la CPI, ya estudiada antes, que no hacía sino reflejar el Derecho consuetudinario existente hasta el momento.

En definitiva, existe un tipo penal claramente reconocido por el Derecho consuetudinario vigente en la materia, que comprendería el requisito de liderazgo, tal y como hemos examinado con anterioridad (II.2). Pero dicho requisito y su consolidación desde el punto de vista del Derecho consuetudinario se tambalea, en cierto modo, si consideramos que existe una norma consuetudinaria regional atinente a los Países del Este.

De hecho, algunos autores se preguntan si existe una norma consuetudinaria de carácter regional en relación con los países de Europa del Este que pudiera servir como fuente de determinación de la responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de ciertos crímenes internacionales como la agresión⁹⁴. En este sentido, no podemos olvidar que, a la luz del Principio de legalidad, se requiere un cierto nivel en la descripción del acto⁹⁵.

Pero incluso detectando la existencia de una norma consuetudinaria regional respecto del enjuiciamiento del crimen de agresión, la misma se adecúa más a los precedentes de Nuremberg que al Estatuto de Roma de la CPI. De hecho, comprobamos cómo en dichos países se ha procedido a criminalizar y enjuiciar el crimen de agresión sin requisitos tan estrictos en cuanto al

91 En el principio VI aparecen tres categorías de delitos previstos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad). Los delitos contra la paz están definidos en el principio VI a) como “planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i)” (*Ibidem*). En consecuencia, en el Principio VI se refleja la definición de crímenes contra la paz que figura en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg, y que coincide con el crimen de agresión o el plan común o conspiración para la comisión del mismo.

92 CASSESE, A., *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

93 Article 16, Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind (1996), Adopted by the International Law Commission at Its Forty-Eighth Session, in 1996, and Submitted to the General Assembly, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996). Sobre los trabajos de la CDI en torno a dicho Código de Crímenes, ver: https://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml.

94 GRZEBVK, P., “Crime of Aggression against Ukraine. The Role of Regional Customary Law”, *Journal of International Criminal Justice* (2023), pp. 1-25.

95 En esta misma línea, ver: DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edn., CUP, 2012, en particular p. 140; CZAPLIN´SKI, W., “Customary International Law as a Basis of an Individual Criminal Responsibility”, in KRZAN, B. (ed.), *Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*, Brill, 2016, p. 53.

liderazgo, sancionando también a los responsables de preparación y la iniciación del mismo⁹⁶. De este modo, habrá que especificar de modo claro en el tribunal internacional que se cree a quiénes afectaría la responsabilidad penal internacional por el crimen de agresión en cuestión, si solo a aquellos que ostenten la condición de liderazgo o también a otros agentes implicados en la preparación y desencadenamiento de la agresión.

Aún con esta posible disonancia referida al carácter de la norma consuetudinaria (general o regional) que sirva de fundamento para la creación de un tribunal especial para la agresión, dicha norma queda demostrada. Recordemos que ya el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 estimó, en su art.8, que el crimen de agresión sería el único de competencia exclusiva de un tribunal internacional, con la única excepción de que conocieran del mismo los tribunales del Estado que cometió la agresión y en relación con sus propios nacionales⁹⁷. La base jurídica para la determinación de la competencia de un posible tribunal internacional estaría, pues, asegurada por el propio Derecho consuetudinario.

Otra cuestión decisiva está en clara conexión con el Principio de legalidad y es la relativa al derecho a un juez predeterminado por la ley, también vigente en el Derecho Internacional Penal. En este sentido, puede arrojar algo de luz la reflexión en torno a las bases jurídicas de la creación de anteriores tribunales *ad hoc*, no establecidos para un crimen concreto, pero sí para varios crímenes en el seno de un solo conflicto. Habremos de tomar en consideración la decisión de la Sala de Apelación del Tribunal para la ex-Yugoslavia, de 2 de octubre de 1995, referente al Asunto Tadic⁹⁸. En la misma, se examina la conformidad del establecimiento del Tribunal a la norma del Tribunal preestablecido por la ley. La Sala de Apelación interpreta este requisito en el sentido de que el Tribunal había de reunir las garantías necesarias conforme a la ley, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁹. En definitiva, dichas garantías deben guiar el establecimiento de un tribunal penal internacional pro-futuro, de cara al aseguramiento de la aplicación del Principio de legalidad.

96 GRZEBVK, P., “Crime of Aggression against...*op.cit.*”, p.24.

97 “Las disposiciones segunda y tercera del artículo 8 establecen un régimen jurisdiccional distinto para el crimen de agresión enunciado en el artículo 16. Ese régimen jurisdiccional dispone la competencia exclusiva de un tribunal penal internacional para el crimen de agresión, con la única excepción de la jurisdicción, sobre sus propios nacionales, del Estado que ha cometido la agresión” (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones”, Docs. Of. A.G., 51º período de sesiones, Supp. N° 10 (N.U. Doc. A/51/10), p.30).

98 El 23 de junio de 1995, el Sr. Tadic, acusado por el Fiscal de haber asesinado, torturado y violado a varios prisioneros de la región de Prijedor en el año 1992, presentó una excepción preliminar de incompetencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. En dicha excepción preliminar, el defensor de Tadic sostiene, como primera alegación, la invalidez de la Resolución del Consejo de Seguridad para el establecimiento del Tribunal. La Sala de Enjuiciamiento denegó la excepción de la defensa y la sentencia fue recurrida ante la Sala de Apelación, cuya sentencia establece importantes elementos que pueden influir de cara al establecimiento de un tribunal penal internacional. En dicha sentencia, la Sala de Apelación establece el principio de la “competencia de la competencia” del propio tribunal (*The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case IT-94-1-AR 72).

99 *Ibidem*, párrs. 43-47.

Por otro lado, son varias las lecciones referentes a la legitimidad¹⁰⁰ que pueden extraerse de los Tribunales *ad hoc* anteriores, en aras a la constitución de un tribunal penal internacional sobre el crimen de agresión contra Ucrania. En primer lugar, estos Tribunales han demostrado que es precisa una amplia legitimación social que sustente el establecimiento de un tribunal *ex novo*, además de una fuerte determinación y de un gran apoyo administrativo por parte de la Organización de las Naciones Unidas. Otra lección, dado el escepticismo suscitado por la creación de los Tribunales *ad hoc* por el Consejo de Seguridad, será la necesidad de proceder al establecimiento de dicho tribunal mediante una opción diferente a una resolución de un órgano político de la ONU, asegurando un funcionamiento totalmente independiente.

En todo caso, y una vez constatada la existencia de los fundamentos legales precisos para el establecimiento de un tribunal internacional específico para el crimen de agresión en Ucrania, vamos a examinar algunas de las propuestas existentes hasta el momento, comprobando si se dan los elementos de legalidad y legitimidad necesarios.

2. Análisis de algunas propuestas de creación de un tribunal internacional *ex novo*

Sentadas las bases de la legalidad y legitimidad de un tribunal internacional para el crimen de agresión contra Ucrania, es necesario analizar algunas de las propuestas relativas al mismo. De este modo, el 30 de noviembre de 2022, la Comisión Europea¹⁰¹, en una acción inédita, hasta el momento, presentó diferentes opciones a los Estados miembros, con el fin de garantizar que Rusia respondiera de los crímenes cometidos en Ucrania. De estas propuestas, la más destacable en relación con la agresión es la manifestación de seguir apoyando a la Corte Penal Internacional, al tiempo que la Unión se dispone a trabajar, en conjunción con la Comunidad Internacional, para la creación de un tribunal internacional para dicho crimen. De este modo, la Unión Europea se une a una serie de voces que, desde el ámbito doctrinal¹⁰², se alzaban pidiendo un tribunal internacional para el crimen de agresión contra Ucrania.

Dicha propuesta, aún sin concretar, pasa por el establecimiento de un tribunal internacional *ad hoc* o un tribunal híbrido especializado, con el fin de investigar y enjuiciar a los principales responsables del crimen de agresión por parte de la Federación Rusa. La Comisión aclara que no se trata de dejar de lado la acción de la CPI, sino de proponer alternativas para que no se dé la impunidad en cuanto al crimen de agresión. A juicio de la Comisión, podría ser tanto un tribunal internacional especial independiente, cuya creación se base en un tratado multilateral; o un tribunal especializado integrado en un sistema de justicia nacional con jueces internacio-

100 TOMUSCHAT, Ch., “Efectividad y legitimidad del Derecho Internacional en el mundo contemporáneo”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) 21 (2017), pp. 25-36, en particular p.33.

101 EUROPEAN COMMISSION – Press release. *Ukraine: Commission presents options to make sure that Russia pays for its crimes*, Brussels, 30 November 2022.

102 *Statement calling for the creation of a Special Tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine*, en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

nales, al estilo de los tribunales mixtos o híbridos. En todo caso, la Unión Europea destaca la necesidad del apoyo firme de la ONU al respecto.

En este sentido, no cabe la menor duda de que el tipo de tribunal a elegir en relación con el crimen de agresión es ciertamente relevante¹⁰³, por los motivos antes apuntados y por otros que señalaremos a continuación. Una parte de la doctrina apuesta claramente por un tribunal internacional establecido por un tratado internacional con una serie de Estados parte¹⁰⁴. Otra por un tribunal internacional creado con la bendición de la Asamblea General de la ONU¹⁰⁵. Y, finalmente, otros consideran conveniente un tribunal híbrido, tal y como acabamos de mencionar, asentado fundamentalmente en la jurisdicción doméstica ucraniana¹⁰⁶.

Comenzando por las ventajas de la opción por un tribunal internacional frente al híbrido, varios autores, como KOMAROV y HATHAWAY¹⁰⁷, consideran que las razones son variadas, y algunas han sido apuntadas con anterioridad. En primer lugar, la prohibición expresa del art. 125 de la Constitución ucraniana de crear tribunales especiales o extraordinarios podría ir en contra de un tribunal mixto o internacionalizado. No obstante, ya hemos expuesto los motivos que avalan el hecho de que dicha prohibición sólo se refiera al ámbito interno ucraniano, y no al ámbito internacional. En segunda instancia, otro de los motivos antes señalados sería la incertidumbre a la hora de hacer frente a las inmunidades, en este caso a la de Putin como Jefe de Estado si dicho tribunal posee características más próximas a lo interno que a lo internacional. Este último argumento también se desmonta si estimamos que los tribunales híbridos no dejan de ser tribunales internacionales.

En este sentido, destacamos que el 31 de mayo de 2004, el Tribunal Especial para Sierra Leona desestimó una moción preliminar presentada por Charles Taylor¹⁰⁸, que había impugnado la legalidad del acta de acusación formal dictada por dicha instancia judicial, alegando que, en el momento de dictarla, él ocupaba la presidencia de Liberia y gozaba de inmunidad procesal en virtud de su condición de jefe de Estado. Dicho Tribunal Especial mantuvo, en todo momento, su carácter de tribunal internacional para justificar dicha decisión. De este modo, si consideramos que un tribunal híbrido para Ucrania sería un tribunal equivalente a un tribunal internacional, no se aplicaría la inmunidad *ratione personae* al mismo¹⁰⁹. Por lo tanto, este tribunal sí sería posible, desde la perspectiva de superar la inmunidad del Jefe de Estado.

103 *Ibidem*.

104 THE UKRAINE TASK FORCE OF THE GLOBAL ACCOUNTABILITY NETWORK, *Considerations for the Setting up of The Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression*, July 2022.

105 CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine. ., *op. cit.*, pp. 14-18.

106 SCHARF, M., WILLIAMS, P. R., DUTTON, Y. & STERIO, M., ““The United States” Proposal on Prosecuting Russians for the Crime of Aggression Against Ukraine is a Step in the Right Direction”, *Just Security*, April 6, 2023, <https://www.justsecurity.org/85886/the-united-states-proposal-on-prosecuting-russians-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine-is-a-step-in-the-right-direction/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

107 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “The Best Path for...*op. cit.* pp. 3-4.

108 SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONA, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*—Case Number SCSL-2003-01-I—Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 de mayo de 2004, en particular párr. 53.

109 GOLDSTON, J. A. & KHALFAOUI, A., “In Evaluating Immunities before a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine, the Type of Tribunal Matters”, *Just Security*, February 1, 2023, <https://www.>

Si apostamos por un tribunal híbrido, las ventajas del mismo han sido puestas de relieve por algunos países occidentales¹¹⁰, como los EEUU¹¹¹. Las alegaciones al respecto eran que dicho modelo respondía a otros tribunales que ya han demostrado ser exitosos, como Camboya y Sierra Leona¹¹². Igualmente, se ha defendido la facilidad que dichos tribunales híbridos implican en aras a extender el apoyo internacional y regional, con el fin de hacer efectiva la responsabilidad por el crimen de agresión.

En un principio, a juicio del Presidente de Ucrania, cualquiera de los modelos antes señalados eran válidos, siempre que se consiguiera hacer efectiva la responsabilidad penal internacional por el crimen de agresión, y se contara con el respaldo de la Comunidad Internacional, particularmente de la ONU¹¹³. Consciente el Presidente ucraniano de la imposibilidad de lograr una resolución del Consejo de Seguridad al respecto, se ha mostrado partidario de conseguir una resolución de la Asamblea General de la ONU que avale la creación de un Tribunal Especial

justsecurity. org/84959/in-evaluating-immunities-before-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-the-type-of-tribunal-matters/, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

- 110 Es muy interesante la reflexión respecto de esta cuestión desarrollada por: LABUDA, P. I., “Countering Imperialism in International Law: Examining the Special Tribunal for Aggression Against Ukraine through a Post-colonial Eastern European Lens”, *Yale Journal of International Law*, 49, 2023, pp. 1-37.
- 111 Ambassador Van Schaack’s Remarks on the U. S. Proposal to Prosecute Russian Crimes of Aggression, March 27, 2023, en <https://www.state.gov/ambassador-van-schaacks-remarks/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.
- 112 En Timor Oriental, el Representante Especial o Administrador Transitorio en Timor Oriental, promulgó el Reglamento 2000/15, sobre el Establecimiento de Paneles con Jurisdicción Exclusiva sobre Crímenes Graves (UN Doc. S/RES/1272 (1999), de 25 de octubre. UNTAET/REG/2000/15, 6 June, *Regulation No 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*). Esta norma creaba así unos paneles de jueces mixtos o internacionalizados que se insertaban en el Tribunal de Distrito y en el Tribunal de Apelación de Dili. Los Paneles Especiales pusieron fin a sus trabajos el 20 de mayo de 2005. En sus cinco años de funcionamiento, los Paneles Especiales llevaron a cabo 55 enjuiciamientos, con el resultado de 84 condenas y 3 absoluciones. La fuente de estos datos es U. C. Berkeley, War Crimes Studies Center, <http://socrates.berkeley.edu>. Por otro lado, en Camboya, también se crearon una serie de Salas Especiales inmersas en los Tribunales de este país, y que son el fruto de un prolongado proceso de negociación entre las Naciones Unidas y el Gobierno camboyano. Como fruto de este proceso, contamos con dos instrumentos normativos principales, uno de Derecho interno y otro de Derecho internacional. Por un lado, contamos con la Ley de establecimiento de las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya para el Enjuiciamiento de los Crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, aprobada en agosto de 2001 y enmendada en octubre de 2004 (*Law on the Establishment of Extraordinary Chambers*, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NK/RKM/1004/006), disponible en <http://www.cambodia.gov.kh/krt/>). Por otro, disponemos del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, firmado el 6 de junio de 2003 y ratificado por Camboya el 19 de octubre de 2004 (Ver: A/RES/57/228 B, de 22 de mayo de 2003, que contiene el Proyecto de Acuerdo posteriormente firmado por ambas partes). Las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya comenzaron a desempeñar sus funciones el 3 de julio de 2006 (Una síntesis de este proceso de construcción institucional puede encontrarse en *Annual Report on Achievements of the ECCC for 2006*, pp. 1-2, disponible en <http://www.eccc.gov.kh/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).
- 113 “President’s Office names possible models of special tribunal for Russian crime of aggression”, en *European Pravda* — Monday, 6 february 2023, en <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2023/02/6/7388212/> consultado el 13 de noviembre de 2023.

para el crimen de agresión contra Ucrania¹¹⁴. En los últimos tiempos, Zelensky se ha mostrado contrario a un tribunal híbrido¹¹⁵, escuchando las voces de quienes plantean las especiales dificultades que una instancia judicial de estas características reviste.

Con todo, la opción de un tribunal internacional, que no respondiera a las características de los híbridos, también plantea ciertos problemas, que deberíamos anticipar y ocasiona discrepancias al respecto¹¹⁶. Uno de los primeros argumentos en contra de un tribunal de estas características¹¹⁷ es su elevado coste, de modo que KELLER¹¹⁸ señala que sería mejor destinar ese dinero a la reconstrucción en Ucrania. Sin embargo, podemos asegurar que son muchos más caros los conflictos armados, a nivel económico y de perjuicios humanos y sociales. Igualmente, una verdadera reconstrucción del país y una consolidación de la paz postconflicto habría de pasar necesariamente por la impartición de justicia.

Otros alegan la duplicidad de esfuerzos que implica el establecimiento de un tribunal internacional, en relación con la tarea de la CPI y de otros tribunales nacionales. Sin embargo, sostenemos que, si bien dicho órgano judicial internacional y los tribunales nacionales enjuician a los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, se puede invocar la especialidad del crimen de agresión. Al constituir un crimen de líderes, las connotaciones jurídicas y sociológicas de su enjuiciamiento, así como las repercusiones en pro de la paz y la justicia en Ucrania, son sustancialmente diferentes. Con un tribunal internacional para el crimen de agresión se enviaría un mensaje muy poderoso a Rusia y a otros potenciales Estados agresores, destacando que la Comunidad Internacional no va a tolerar la agresión¹¹⁹.

Además, contra los que consideran que la creación de un Tribunal internacional *ad hoc* para la agresión contra Ucrania constituiría un ejemplo claro de justicia selectiva, podemos contraargumentar sosteniendo que, dado que se trata del líder de uno de los países más poderosos del mundo, este argumento se derrumba. Sin embargo, los que señalan dicho carácter selectivo poseen poderosas razones, porque no se creó un tribunal de estas características cuando se co-

114 “Zelensky calls on UN General Assembly to approve resolution in support of special tribunal creation”, *European Pravda*-Friday, 3 March 2023, consultado el 13 de noviembre en <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2023/03/3/7391931/>

115 A este respecto, el Presidente Zelensky señaló, en mayo de 2023, lo siguiente: “We will work without any hybrid formats, we will work on a specific tribunal to ensure accountability for their crimes, murders, and torture. We understand who gave the orders. These people must not be untouchable. This is very important for us, this is one of the fundamental issues” (<https://www.president.gov.ua/en/news/ukrayina-vistupaye-proti-gibridnih-formativ-tribunalu-shodo-82669#:~:text=%22We%20will%20work%20without%20any,issues%2C%22%20Volodymyr%20Zelensky%20said.>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

116 KELLER, K. J., “Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea”, *Opinio Iuris*, 7 March 2002, <http://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

117 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “The Best Path for Accountability for the Crime of Aggression Under Ukrainian and International Law”, *Just Security*, April 11, 2022, en <https://www.justsecurity.org/81063/the-best-path-for-accountability-for-the-crime-of-aggression-under-ukrainian-and-international-law/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

118 KELLER, K. J., “Creating a Special Tribunal. ., *op. cit.*, p. 5.

119 *Ibidem*, p. 3.

metió agresión por parte de otros países. En particular, se cuestiona el papel de Reino Unido y EEUU como impulsores de este tribunal especial, cuando ellos realizaron la invasión a Iraq de 2003, al tiempo que ambos tuvieron gran influencia en la amputación del crimen de agresión en el Estatuto de Roma¹²⁰.

En definitiva, un tribunal especial para el crimen de agresión en Ucrania que enjuicie a los principales responsables del mismo, comenzando por Putin, es posible y deseable. Desde que ocurrió la invasión de Ucrania por Rusia, tal y como hemos visto, varias veces, precedidas por la de Philippe Sands, se han alzado pidiendo la creación de dicho tribunal especial para el crimen de agresión¹²¹. A continuación, se han desarrollado varios debates sobre cuál sería la base jurídica de su creación ideal, cuáles serían las condiciones para el ejercicio de su competencia, y cómo operaría la inmunidad del Jefe de Estado frente a dicho tribunal. En el siguiente epígrafe, nos vamos a ocupar de desgranar cuáles serían las características ideales de dicho tribunal de cara al ejercicio implacable de sus funciones para impedir la impunidad de este crimen de agresión.

V. LA PROPUESTA DE UN TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN UCRANIA: BASES LEGALES DE SU CREACIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

1. La base legal de su creación

Como primer apunte, podemos destacar que la cuestión relativa a la base jurídica de su creación es la que determina gran parte de las otras características del mencionado tribunal. Como ya hemos mencionado, y apoyándonos en la posición de la Unión Europea, lo que parece fuera de toda duda es la necesidad de obtener el apoyo de las Naciones Unidas. La imposibilidad de obtener dicho apoyo por parte del Consejo de Seguridad ha hecho que el debate girara en torno a la obtención de una resolución previa de la Asamblea General al respecto¹²².

Las importantes controversias que suscita esta opción comienzan con el mismo fundamento de la potestad de la Asamblea General para adoptar una resolución en este sentido, y que ya se plantearon en su momento respecto de la creación de la CPI. Para los detractores de esta potestad de la Asamblea General, la creación de órganos subsidiarios por ésta, en virtud del artículo 22 de la Carta de la ONU, está subordinada al ejercicio de las funciones de la Asamblea que en

120 CHEHTMAN, A., “¿Un tribunal especial para juzgar a Putin por la agresión contra Ucrania?“, en *Agenda Estado de Derecho*. 20/02/2023, en: <https://agendaestadodederecho.com/un-tribunal-especial-para-juzgar-a-putin-por-la-agresion-contra-ucrania/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

121 SANDS, P., “Putin’s use of military force is a crime of aggression”, *Financial Times* (28 February 2022), en “<https://www.ft.com/content/cbbdd146-4e36-42fb-95e1-50128506652c>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

122 TRAHAN, J., “U. N. General Assembly Should Recommend Creation Of Crime Of Aggression Tribunal For Ukraine: Nuremberg Is Not The Model”, *Just Security*, March 7, 2022, en <https://www.justsecurity.org/80545/u-n-general-assembly-should-recommend-creation-of-crime-of-aggression-tribunal-for-ukraine-nuremberg-is-not-the-model/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

ningún caso engloban el enjuiciamiento de individuos¹²³. En sentido contrario, quienes argumentan la capacidad de la Asamblea General para crear este tipo de órganos, recurren también al artículo 22 en combinación con el artículo 11 del mismo instrumento, concluyendo que la Asamblea General tiene responsabilidades en torno a la paz y seguridad internacionales y para este fin puede estimarse el establecimiento de un tribunal especial¹²⁴.

En este sentido, la Resolución *Unión Pro Paz*¹²⁵ nos proporciona un posible camino a seguir, y cabe destacar que, con gran esfuerzo, ya se han conseguido resoluciones condenando la agresión en Ucrania por parte de dicha Asamblea¹²⁶. Aunque dichas resoluciones no son de carácter obligatorio, coincidimos con CORTEN y KOUTROULIS¹²⁷, cuando afirman que una interpretación dinámica de la Carta de la ONU apoyaría la idea de que una resolución de la Asamblea General al estilo de la *Unión Pro Paz* podría crear un tribunal especial, con un estatus similar a los creados por el Consejo de Seguridad. Dicha creación posee ciertas ventajas, pero no estaría exenta de dificultades. Por un lado, dicho tribunal contaría con una gran legitimidad, al poseer

123 KRIEGER, D., “A Permanent International Criminal Court and the United Nations System”, en AL-NAUIMI, N. & MEESE, R. (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 1995, pp. pp. 768-770.

124 Como apoyo, se señala el precedente de la creación del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas y la correlativa Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, que utilizó como base jurídica el artículo 22 de la Carta de las Naciones Unidas (UN, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo sexto período de sesiones”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1994, Vol. II, Segunda Parte, Capítulo II, párr. 52.). Se trata, sin embargo, de un ejemplo no aplicable al caso, ya que este Tribunal se instituye para cuestiones internas de la Organización, lo que encaja plenamente con las competencias generales de la Asamblea General, en tanto que el establecimiento de un órgano judicial penal internacional sobre esta base es más dudoso.

125 UN, General Assembly, Resolution 377 (V)-Uniting for Peace, UN Doc. A/RES/5/377, 3 November 1950. Sobre la utilización de una resolución de ese estilo, ver: JOHNSON, L. D., “United Nations Response Options to Russia’s Aggression: Opportunities and Rabbit Holes”, *Just Security*, March 1, 2022, en <https://www.justsecurity.org/80395/united-nations-response-options-to-russias-aggression-opportunities-and-rabbit-holes/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

126 El 2 de marzo de 2022, la Asamblea General adoptó una resolución titulada “Agresión contra Ucrania” en la que deplora en los términos más enérgicos la agresión de la Federación Rusia contra Ucrania en violación del Artículo 2. 4 de la Carta de la ONU (UN General Assembly, Resolution ES-11/1 on Aggression against Ukraine, UN Doc A/RES/ES-11/1, 18 March 2022). La resolución fue aprobada con 141 votos a favor, 5 en contra y 35 abstenciones. Ver: UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 1st plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 1, 28 February 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 2nd plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 2, 28 February 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 3rd plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 3, 1 March 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 4th plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 4, 1 March 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 5th plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 5, 2 March 2022. Para un análisis de dicha Resolución, ver: PEROTTI PINCIROLI, I., “La Asamblea General de Naciones Unidas condena la agresión de Rusia a Ucrania”, 3 de marzo de 2022, en *Acquiescencia*, <https://acquiescencia.net/2022/03/03/al-hilo-de-la-resolucion-de-la-asamblea-general-que-condena-la-invasion-de-rusia-a-ucrania-las-sesiones-extraordinarias-de-emergencia-y-la-resolucion-union-pro-paz/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

127 CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression...”, *op. cit.*, pp. 15-16.

el aval del órgano plenario de la ONU¹²⁸. Por otro, no podemos dejar de destacar los posibles problemas relacionados con la inmunidad y con la obligación de cooperar con el tribunal de los miembros de la ONU, que derivarían del método de creación del tribunal.

En todo caso, la resolución de la Asamblea General de la ONU puede constituir un requisito previo, pero no único, a la creación de dicho tribunal. Así, siguiendo a GOLDSTON y KHALFAOUI¹²⁹ podríamos seguir varios modelos para el establecimiento de dicho tribunal especial¹³⁰: el primer modelo partiría de una resolución previa de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) que pidiera al Secretario General de la ONU concluir un acuerdo entre la ONU y Ucrania con el fin de crear el tribunal; o que solicitara a una organización regional, como la UE y/o el Consejo de Europa y Ucrania que celebraran un acuerdo con dicho fin (modelo de Asamblea General). El segundo prototipo sería un Modelo totalmente regional, sin dicha resolución de la ONU, a través del acuerdo de Ucrania con la Unión Europea y/o el Consejo de Europa; el tercero sería el Modelo Multilateral, a través de un tratado multilateral entre Ucrania y un buen número de Estados.

En este último modelo, el Modelo Multilateral, cobra especial relevancia el número de Estados involucrados y si son Estados miembros de la UE¹³¹, habida cuenta de los instrumentos tan significativos adoptados por esta Organización Internacional para la lucha contra la agresión, en particular el Equipo Conjunto de Investigación, la reforma del Reglamento de Eurojust¹³² y el propio Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión contra Ucrania. Dicho Centro será objeto de examen con posterioridad.

128 Sobre la legitimidad que implica el aval de la Comunidad Internacional en relación con la condena de la agresión rusa contra Ucrania, ver: GURMENDI, A., “Tracking State Reactions to Russia’s Invasion of Ukraine: A Resource for Research”, *Opinio Juris*, 4 March 2022, <http://opiniojuris.org/2022/03/04/tracking-state-reactions-to-russias-invasion-of-ukraine-a-resource-for-research/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

129 GOLDSTON, J. A. & KHALFAOUI, A., “In Evaluating Immunities. ., *op. cit.*

130 Dichos modelos están analizados profundamente en: CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine. ., *op. cit.*, pp. 14-21.

131 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. ., *op. cit.*, p. 7.

132 La reforma del Reglamento de Eurojust se produjo el 30 de mayo de 2022, apenas tres meses después de la agresión de Rusia a Ucrania (Reglamento (UE) 2022/838 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas, L148/1, *DOCE* 30. 5. 2022). Es de destacar que la modificación del Reglamento de Eurojust consolida la base jurídica existente para el tratamiento por parte de la Agencia de las pruebas sobre los crímenes internacionales más graves. Los dos cambios principales incluyen: 1) la creación de una base de datos de Eurojust para almacenar pruebas de crímenes internacionales; y 2) un nuevo mandato de Eurojust para analizar las pruebas almacenadas en la base de datos. Eurojust establecerá la base de datos donde se conservarán y almacenarán de forma segura las pruebas de los crímenes de guerra. Eurojust analizará las pruebas para establecer vínculos, identificar lagunas en la investigación y asesorar a los fiscales sobre el camino a seguir. Eurojust trabajará en estrecha colaboración con la Corte Penal Internacional, para que el análisis también pueda beneficiar su investigación, contando con la cooperación de los Estados interesados. No obstante, el acceso a la información estará siempre sujeto a la aprobación del país que la proporcionó (<https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-and-the-war-in-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

Parece que la opción de lograr una resolución del Consejo de Seguridad o una de la Asamblea General de la ONU suficientemente habilitadora al respecto plantea algunas dificultades que hacen que Ucrania opte especialmente por lograr un tratado¹³³. La experiencia de los Tribunales mixtos o híbridos para Sierra Leona, Líbano o Camboya hacen posible que, previo acuerdo de la ONU con el país involucrado, Ucrania, se establezca un tribunal de estas características. No obstante, ya hemos señalado con anterioridad las dificultades que implica el establecimiento de un tribunal especial o extraordinario, esquivando la propia legislación ucraniana al respecto.

En referencia a la creación de un tribunal especial mediante un acuerdo entre Ucrania y el Consejo de Europa,¹³⁴ destacamos que ésta es una de las posibilidades a tomar en consideración, habida cuenta del papel tan activo que dicha Organización ha mostrado respecto de la agresión rusa contra Ucrania¹³⁵. Con todo, coincidimos con OWISO¹³⁶, cuando afirma que, en principio, el Consejo de Europa no tiene legitimidad para intervenir en Ucrania por iniciativa propia. De este modo, para evitar que se acentúe la problemática sobre la legitimidad de dicho tribunal, el mismo debería establecerse por invitación o a solicitud de Ucrania, un Estado miembro del Consejo de Europa. Sin duda, Ucrania puede ejercer esta prerrogativa soberana invitando formalmente al Consejo de Europa a colaborar en el establecimiento y funcionamiento de un tribunal. Existen los precedentes de los tribunales híbridos antes mencionados, en los que se produjo dicha petición de los Estados involucrados en relación con una Organización Internacional, la ONU.

La creación del tribunal en cuestión mediante un acuerdo entre Ucrania y la UE también es una cuestión delicada, a pesar de existir el precedente de las Salas Especiales de Kosovo, en cuyo establecimiento la Organización regional se involucró seriamente. No obstante, coincidimos con CORTEN y KOUTROULIS¹³⁷, cuando opinan que esta opción implicaría reducir enormemente el número de Estados implicados en dicho tribunal, al tiempo que la propia Unión apuesta por una vía con una multilateralidad más amplia¹³⁸.

Finalmente, la posibilidad de instituir el Tribunal Especial para el Crimen de Agresión contra Ucrania mediante un acuerdo limitado entre Ucrania y otros Estados podría nacer con los mis-

133 “President’s Office presented the project of a special tribunal on the crime of aggression against Ukraine to the ambassadors of 30 countries”, 26 September 2022, en <https://www.president.gov.ua/en/news/v-ofisi-prezidenta-poslam-30-derzhav-prezentuvali-proekt-spe-78025>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

134 COUNCIL OF EUROPE, *Accountability for human rights violations as a result of the aggression of The Russian Federation against Ukraine: role of the international community, including the Council of Europe*, Information Documents, SG/Inf(2023), 31 January 2023.

135 Parliamentary Assembly, Assembly debate on 15 March 2022 (3rd and 4th sittings) (see Doc. 15477, report of the Committee on Political Affairs and Democracy, rapporteur: Ms Ingjerd Schou). Text adopted by the Assembly on 15 March 2022 (4th sitting), en <https://pace.coe.int/en/files/29885/html>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

136 OWISO, O., “An Aggression Chamber for Ukraine Supported by the Council of Europe”, *Opinio Iuris*, 30 March 2022, en <http://opiniojuris.org/2022/03/30/an-aggression-chamber-for-ukraine-supported-by-the-council-of-europe/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

137 CORTEN, O. ; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine. ., *op. cit.*, p. 19.

138 European Parliament, Resolution of 19 May 2022 on the fight against impunity for war crimes in Ukraine, P9_TA(2022)0218, 19 May 2022, párrs. 12-13.

mos inconvenientes que afectan al ejercicio de la jurisdicción nacional en cuanto al tema de las inmunidades de los cargos oficiales.

En definitiva, hay que ser muy delicado y preciso en la elección del método de establecimiento de dicho Tribunal Especial, ya que el mismo determina cuestiones básicas como las relativas a la aplicación o no de la legislación ucraniana, la oponibilidad o no de la inmunidad de los cargos oficiales, y la obligatoriedad o no de cooperación con dicho tribunal en la entrega de pruebas y sospechosos. En consecuencia, el aval de las Naciones Unidas o de un número de Estados suficientemente representativo de la Comunidad Internacional, sería absolutamente imprescindible de cara a la obtención de un tribunal legítimo y que pudiera desempeñar sus funciones con eficacia. En todo caso, la cuestión de qué número y qué Estados no es una respuesta fácil de dilucidar.

2. A vueltas con la inmunidad

Nos alineamos con ESCOBAR HERNÁNDEZ¹³⁹, BOLLO AROCENA¹⁴⁰, y FERNÁNDEZ ARRIBAS¹⁴¹, cuando afirman que todos los tribunales penales internacionales creados hasta el momento, cualquiera que sea el método de creación, recogen el no reconocimiento de la inmunidad o cargo oficial con el objeto de eximir de responsabilidad penal internacional. Podemos, así, concluir que no se reconocería la inmunidad de Putin como Jefe de Estado respecto de la Corte Penal Internacional o de cualquier otro tribunal internacional. En todo caso, sería conveniente que dicho tribunal internacional se pueda considerar exponente legítimo de la Comunidad Internacional, bien por haber sido creado por una Organización Internacional o porque el Tratado que ha servido base al mismo cuente con un número de Estados representativo¹⁴², tal y como acabamos de mencionar.

Como ya hemos mencionado, para los cargos oficiales, el Derecho Internacional consuetudinario establece dos tipos de inmunidad a efectos de la jurisdicción penal: la inmunidad *ratione personae* y la *ratione materiae*¹⁴³. En este sentido, la inmunidad de ninguno de estos dos tipos se opondría a la decisión de la Corte Penal Internacional de enjuiciar a una persona que os-

139 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores. . .”, *op. cit.*

140 BOLLO AROCENA, M.D., “La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de asuntos exteriores ante tribunales nacionales e internacionales”, en *Principios y justicia en el derecho internacional: libro homenaje al profesor Antonio Remiro Brotons* / coord. por MARTÍNEZ CAPDEVILA, C.; BLÁZQUEZ NAVARRO, I.; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. (ed. lit.), ESPÓSITO MASSICCI, C. (ed. lit.), IZQUIERDO SANS, C. (ed. lit.), TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. (ed. lit.), REMIRO BROTONS, A. (hom.), 2018, pp.365-372.

141 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, julio-diciembre 2019, pp. 195-221.

142 *Ibidem*, p. 203.

143 Sobre esta diferenciación, es muy interesante la reflexión que articula: OLÁSULO, H., “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, nº1, pp. 1-32.

tentara esa posición de liderazgo¹⁴⁴, o a la decisión de otro tipo de tribunal internacional. Por lo tanto, la cuestión decisiva estriba en establecer un tribunal verdaderamente internacional, frente al cual sea inoponible la inmunidad de Putin y de su cúpula política y militar¹⁴⁵.

La CPI ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la inoperancia de la inmunidad de los Jefes de Estado ante la propia Corte en el caso Al-Bashir¹⁴⁶. Contando con una diferencia sustancial,

144 Es interesante, en este sentido, la decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania en relación con la ratificación por parte de Ucrania del Estatuto de Roma de la CPI y la compatibilidad de las disposiciones de dicho texto con la propia Constitución ucraniana. Así, la cláusula 2 del artículo 27 del Estatuto de Roma establece que las inmunidades y reglas especiales que puedan estar asociadas con la posición de una persona según el derecho nacional o internacional no impedirán que la Corte ejerza su jurisdicción sobre dicha persona. A juicio del Tribunal Constitucional, y en principio, el mencionado artículo del ER contradice alguna normativa interna ucraniana, en particular el art. 80. 1 y 3, art. 105. 1 y 3, y art. 126. 1 y 3 de la Constitución de dicho país. Dichas disposiciones garantizan la inviolabilidad de los diputados, el Presidente y los jueces ucranianos. Con el fin de resolver dicha contradicción, el Tribunal Constitucional de Ucrania parte de los principios y normas del Derecho Internacional generalmente reconocidos, como el “pacta sunt servanda” (art. 18 de la Constitución de Ucrania). Así, de conformidad con las obligaciones internacionales adquiridas por Ucrania por la ratificación de varios tratados internacionales, existe la obligación para dicho país de enjuiciar los crímenes internacionales, poniendo como ejemplo el crimen de genocidio. En consecuencia, los artículos del ER no anulan las disposiciones relativas a la inviolabilidad de ciertas personas de la Constitución ucraniana. Más bien, la inviolabilidad de estas personas se relaciona con el ejercicio de su jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, pero no puede ser un obstáculo para el ejercicio de la competencia de la CPI. En consecuencia, la inviolabilidad de una determinada categoría de funcionarios está relacionada con el desempeño de importantes funciones estatales y, por lo tanto, de conformidad con la Constitución de Ucrania y las obligaciones jurídicas internacionales de Ucrania, no puede considerarse una garantía de su impunidad. La inviolabilidad sólo proporciona condiciones especiales para exigirles responsabilidad penal. Las personas que disfrutaban del derecho a la inviolabilidad pueden ser consideradas penalmente responsables según la ley nacional, que corresponde a las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, mediante el uso de mecanismos judiciales internos (nacionales). Además, según el principio de complementariedad, que es la base del Estatuto (artículo 17), la Corte Penal Internacional no acepta casos para su consideración, si la persona en cuestión ya ha sido condenada con el debido procedimiento legal por otro tribunal (incluido un nacional) por actos prohibidos por el Estatuto (artículo 20). En definitiva, el artículo 27 del Estatuto de Roma no contradice el art. 80. 1 y 3, el art. 105. 1 y el art. 12. 1 y 3. Sobre dicha decisión del Tribunal Constitucional y el itinerario seguido por Ucrania en relación con la Corte Penal Internacional, así como las referencias, en ocasiones confusas, sobre inmunidad e inviolabilidad, ver: <https://www.pgaction.org/ilhr/rome-statute/ukraine.html>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

145 EBOE-OSUJI, Ch., “The Absolute Clarity of International Legal Practice’s Rejection of Immunity Before International Criminal Courts”, *Just Security*, December 8, 2022, en <https://www.justsecurity.org/84416/the-absolute-clarity-of-international-legal-practices-rejection-of-immunity-before-international-criminal-courts/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. Ver también: ADVISORY COMMITTEE ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *Challenges in prosecuting the crime of aggression: ..., op. cit.*, pp. 12-14. Hemos de destacar que dicho Comité es un organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

146 ICC, *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 December 2017, Doc. ICC-02/05-01/09-309; ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir appeal*, 6 May 2019, Doc. ICC-02/05-01/09-397. Sobre los argumentos esgrimidos en ambas sentencias, ver: 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, Nº 1, 2016, pp. 19-47. Ver también: BOLLO AROCENA, M.D., “Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Re-

puesto que la situación de Ucrania no ha sido remitida por el Consejo de Seguridad ante la CPI como sí lo fue la de Sudán, coincidimos con ESCOBAR HERNÁNDEZ¹⁴⁷, cuando defiende la inoponibilidad de la inmunidad del Jefe de Estado, en este caso de Vladimir Putin, ante la Corte Penal Internacional.

Si antes hemos citado reiteradamente a la Comisión de Derecho Internacional para expresar nuestras dudas en torno a cómo opera la inmunidad funcional de los Jefes de Estado ante los tribunales nacionales, ahora utilizamos lo alegado por este mismo órgano para determinar la inoponibilidad de dicha inmunidad ante tribunales internacionales. Así, ya en las observaciones de la CDI de 1996 al proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, este órgano apostaba por dicha inaplicabilidad. De hecho, señalaba que la posición oficial de un individuo había sido sistemáticamente excluida como posible eximente de en relación con los crímenes de derecho internacional en todos los instrumentos internacionales adoptados desde el Estatuto del Tribunal de Nuremberg¹⁴⁸. En esta misma línea, coincidimos con EBOE¹⁴⁹ cuando afirma que “consistent exclusion of immunity is the very definition of customary international law”.

En consecuencia, la barrera infranqueable que suponía la inmunidad de los cargos oficiales frente a jurisdicciones nacionales resulta inoperante frente a instancias judiciales internacionales, lo que convierte esta opción en la aconsejable y posible, a efectos de juzgar el crimen de agresión, un crimen de líderes.

VI. EL CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA: UN PRIMER PASO HACIA EL TRIBUNAL DEFINITIVO

La imposibilidad de juzgar a través de la CPI el crimen de agresión no ha hecho sino resaltar el papel protagónico de la Unión al respecto. En este sentido, la UE ha liderado un movimiento sin precedentes para colaborar en el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en Ucrania y no podía estar de brazos cruzados frente a la impunidad para el crimen de agresión¹⁵⁰.

flexiones al hilo del caso Al Bashir”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (Dir.); BOLLO AROCENA, M.D. (Coord.), *Intereses públicos, intereses privados, su defensa y colisión en el Derecho internacional*, Aranzadi, 2013, pp. 99-133.

147 Ver: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional», en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crímen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 252. Ver también: UN, Comisión de Derecho Internacional, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», presentado por la Relatora Especial, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., UN Doc. A/CN.4/70, Anuario de la CDI, vol. II, Ginebra, 2016, pp. 97-98.

148 INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1996)” in the Yearbook of the International Law Commission (1996) vol II, Part 2, at p 27, commentary (4) to draft article 7.

149 EBOE-OSUJI, Ch., “The Absolute Clarity of International Legal. ., *op. cit.*, p. 4.

150 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_23_1363 consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

Con las opciones anteriormente mencionadas en mente respecto de la creación de un tribunal internacional para la agresión, se decidió ir dando pasos en ese sentido. De este modo, y haciendo hincapié en que el trabajo preparatorio de la Unión en relación con el tribunal especial debía comenzar cuanto antes, la Unión decidió centrarse en definir su marco de cooperación con Ucrania y así ayudar a las autoridades ucranianas e internacionales a obtener las pruebas que se podrán utilizar en el futuro tribunal especial¹⁵¹.

En particular, la UE optó por la creación de un Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión contra Ucrania (ICPA)¹⁵². Dicho Centro tiene como finalidad mejorar y apoyar las investigaciones referentes al crimen de agresión. Pero la creación de este organismo implicaba necesariamente una serie de medidas para adecuarse al mismo. Así, el 23 de marzo de 2023, los siete países miembros del Equipo Conjunto de Investigación (ECI) creado por la UE para facilitar las investigaciones sobre los crímenes cometidos en Ucrania¹⁵³, decidieron

151 Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania (2022/3017(RSP)), en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.html, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023, en particular párr. 8.

152 Dicho Centro fue anunciado por Ursula von der Leyen el 2 de febrero de 2023. Ver: https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/news/statement-president-von-der-leyen-joint-press-conference-ukrainian-president-zelensky-2023-02-02_en, consultado por última vez el 22 de agosto de 2023. Ver también: <https://www.eurojust.europa.eu/news/international-centre-prosecution-crime-aggression-made-official-united-justice-conference> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

153 Los Equipos Conjuntos de Investigación (ECIs) —o en inglés Joint Investigation Teams (JITs)— son grupos investigadores-operativos creados sobre la base de un acuerdo entre dos o más Estados Miembros de la Unión Europea u otras partes, con un objetivo específico y un periodo de vigencia limitado. El reconocimiento de Resoluciones Judiciales y, fundamentalmente, aquellas resoluciones previas al inicio de un procedimiento judicial penal constituyen la base de los mismos (QUESADA LÓPEZ, P. M., “Los equipos conjuntos de investigación penal en el derecho de la Unión Europea. Estatuto jurídico, obligaciones para los estados miembros y su adaptación al ordenamiento jurídico español”, en HERNÁNDEZ LÓPEZ, A.; LARO GONZÁLEZ, M. E.; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (coords.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 377-414). Lo novedoso en el caso de Ucrania es la constitución de un equipo de estas características para la lucha contra el núcleo de graves crímenes internacionales y no transnacionales, y el hecho de contar con Estados miembros de la Unión, un tercer Estado y una Institución Internacional como es la Corte Penal Internacional a través de su Fiscalía. La necesaria cooperación de la UE con la CPI se ha intensificado propiciando la colaboración de Eurojust con el equipo de la Fiscalía de la Corte, a través de un Equipo Conjunto de Investigación (ECI), que involucra, en un primer momento, fuerzas policiales y judiciales de Polonia, Lituania y Ucrania (TORRES PÉREZ, M., “Eurojust, veinte años de compromiso por la cooperación judicial penal en Europa. el futuro de la agencia ante la guerra en Ucrania”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 44, diciembre 2022, pp. 1-17). En marzo de 2022, Eurojust ayudó a Lituania, Polonia y Ucrania a establecer un Equipo Conjunto de Investigación sobre graves crímenes internacionales presuntamente cometidos en Ucrania. La Oficina del Fiscal de la CPI firmó un acuerdo en abril para participar en este Equipo Conjunto de Investigación, siendo la primera vez que dicha Oficina se une a un equipo de estas características. En mayo de ese mismo año, Eslovaquia, Estonia y Letonia también se unieron al JIT. El 14 de abril de 2023, los siete miembros del ECI acordaron investigar no solo los presuntos crímenes de guerra, sino también los crímenes de genocidio cometidos en Ucrania, extendiendo el ámbito competencial del Equipo. Ver: Statement by ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC: “Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine”. Statement 25 April 2022, en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint>,

modificar el acuerdo entre ellos con el fin de contemplar el papel futuro de este Centro en relación con la agresión.

Por su parte, la Fiscalía de la CPI, como participante en el ECI¹⁵⁴ mencionado, también se dispone a cooperar con dicho Centro Internacional, en el ámbito competencial de la CPI. Sería aconsejable la mayor interacción posible entre la Fiscalía y el Centro de cara a favorecer el éxito en la investigación sobre el crimen de agresión.

El 5 de julio de 2023 se creó el ICPA¹⁵⁵, con el apoyo de la Comisión. Dicho Centro está compuesto por fiscales nacionales seleccionados que ya participan en el Equipo Conjunto de Investigación. Del mismo modo, los expertos participantes podrán colaborar cada día, intercambiando pruebas rápidamente y acordando una estrategia común. Eurojust prestará apoyo operativo, jurídico, financiero y logístico. Dicho apoyo se concretará en ayuda respecto de la conservación, el almacenamiento y el análisis de pruebas. Igualmente, se prevé que los miembros del ICPA funcionen en Eurojust, de modo que cuenten con el apoyo de sus expertos jurídicos y analistas. Las pruebas obtenidas se conservarán de forma segura en la Base de Datos de Pruebas de Crímenes Internacionales de Especial Gravedad¹⁵⁶.

consultado por última vez el 8 de agosto de 2023. Ver también: <https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-and-the-war-in-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

154 <https://www.eurojust.europa.eu/news/icc-participates-joint-investigation-team-supported-eurojust-alleged-core-international-crimes> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

155 La ICPA fue inaugurada por el presidente de Eurojust, Ladislav Hamran, el comisario europeo Didier Reynders, el fiscal general de Ucrania, Andriy Kostin, el fiscal de la CPI, Karim A. A. Khan, el Fiscal General Adjunto Kenneth A. Polite y la Ministra de Justicia de los Países Bajos, Sra. Dilan Yeşilgöz-Zegerius. Al mismo tiempo, se firmó un acuerdo de contribución con el Servicio de Instrumentos de Política Exterior de la Comisión Europea y se celebró la primera reunión de lanzamiento operativo del Centro. Ver: <https://www.eurojust.europa.eu/international-centre-for-the-prosecution-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. Son muy significativas las declaraciones de la Presidenta Ursula von der Leyen al respecto: «La invasión rusa de Ucrania sigue acarreando horrores indescriptibles cada día. Las muy inquietantes noticias sobre ataques deliberados contra civiles, incluidos niños, se han convertido en un cruel recordatorio diario del baño de sangre que Putin ha impuesto de nuevo a nuestro continente. Se están acumulando pruebas de innumerables crímenes internacionales cometidos por Rusia. El nuevo centro internacional de enjuiciamiento desempeñará un papel clave a la hora de garantizar que los autores sean llevados ante la justicia, también por el crimen de agresión. No dejaremos hasta hacer rendir cuentas a Putin y sus esbirros» (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_23_1363, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

156 En consonancia con esta sensibilidad del Parlamento Europeo y con la propia reforma del Reglamento de Eurojust, es de destacar la puesta en marcha, el 23 de febrero de 2023, de la Base de Datos de Pruebas de Crímenes Internacionales de Especial Gravedad (CICED) (<https://www.eurojust.europa.eu/news/start-operations-core-international-crimes-evidence-database-and-new-international-centre> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

La base jurídica y política para la creación de esta Base de Datos se halla en la misma reforma del Reglamento de Eurojust de mayo de 2022. Con la misma se sientan las bases para CICED, que es una base de datos judicial centralizada y hecha a medida de Eurojust para preservar, almacenar y analizar pruebas de crímenes internacionales de forma segura. Conviene recordar que, tal y como hemos mencionado con anterioridad, desde 2018, Ucrania es uno de los Estados no miembros de la UE que poseen dicho Fiscal de Enlace en Eurojust.

El CICED consta de tres componentes: un método seguro de transmisión de datos digitales, almacenamiento seguro de datos y herramientas de análisis avanzadas. La base de datos también contiene un registro de

En consecuencia, la tarea del Centro, junto con el ECI, y el nuevo rol de Eurojust se revelan como factores decisivos para la preparación de futuros juicios, ya sea ante tribunales nacionales o internacionales. En dichos tribunales internacionales estaría incluido un posible tribunal para el crimen de agresión, o la Corte Penal Internacional (CPI) a efectos de los delitos de su competencia. Mientras tanto, prosiguen los debates sobre la posible creación de un Tribunal Especial para el crimen de agresión¹⁵⁷.

Destacamos que la actuación de la UE en relación con la agresión rusa de Ucrania resulta totalmente complementaria de la llevada a cabo por otras Organizaciones Internacionales al respecto. Así, el 17 de mayo de 2023, en la Cumbre del Consejo de Europa, se crea un Registro de daños para Ucrania como primer paso hacia un mecanismo internacional de compensación para las víctimas de la agresión rusa¹⁵⁸. El Registro de daños causados por la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania es una plataforma para la cooperación intergubernamental que actuará dentro del marco institucional del Consejo de Europa. Su función principal será servir de registro, en forma documental, de las pruebas e informaciones relativas a reclamaciones sobre daños, pérdidas o lesiones causadas, a partir del 24 de febrero de 2022, en el territorio de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas. Dicho Registro funcionará en coordinación con el Centro creado por la UE para el crimen de agresión y el resto de los mecanismos establecidos por dicha Organización regional¹⁵⁹.

información sobre quién presentó la prueba, así como el hecho y el tipo de delito al que se refiere (RIEHLE, C., “Eurojust: One Year of Judicial Support for Ukraine”, 5 May 2023, [https://eucrim.eu/news/eurojust-one-year-of-judicial-support-for-ukraine/#:~:text=On%202023%20February%202023%2C%20the,Database%20\(CICED\)%20began%20operation.](https://eucrim.eu/news/eurojust-one-year-of-judicial-support-for-ukraine/#:~:text=On%202023%20February%202023%2C%20the,Database%20(CICED)%20began%20operation.), consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

Su método de funcionamiento se basa en la transferencia segura de archivos a CICED por parte de las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros de la UE y los países con Fiscales de enlace en Eurojust, como Ucrania (<https://www.eurojust.europa.eu/core-international-crimes-evidence-database>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023). Sin embargo, la presentación de pruebas es voluntaria y la autoridad que las presenta mantiene el control de cómo se comparten las pruebas o la información sobre las mismas. Dichas pruebas pueden consistir, entre otras, en: videos, fotografías, grabaciones, imágenes de satélite, testimonios de testigos y víctimas, así como documentos forenses y médicos.

157 “The European Council took stock of efforts to establish a tribunal for the prosecution of the crime of aggression against Ukraine, including work done in the Core Group, and calls for the work to continue. The tribunal should enjoy the broadest cross-regional support and legitimacy”. (*European Council conclusions on Ukraine*, 03. 07. 2023, en https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/european-council-conclusions-ukraine_en?s=232, consultado por última vez 13 de noviembre de 2023).

158 Resolution CM/Res(2023)3 establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine (Adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2023 at the 1466th meeting of the Ministers’ Deputies). Ver: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/register-of-damage-for-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

159 La misma Resolución que crea dicho Registro recuerda que cualquier Estado miembro u observador del Consejo de Europa y de la Unión Europea, así como cualquier otro Estado que haya votado a favor de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/ES-11/5 de 14 de noviembre de 2022 “Fomento del recurso y la reparación por la agresión contra Ucrania”, podrá unirse al Registro como Participante mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Igualmente, podrán unirse al Registro como Miembro Asociado mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Del mismo modo, se alienta a los Miembros Asociados a realizar contribuciones voluntarias al Registro de conformidad con el Artículo 10. Los Miembros Asociados podrán, en cualquier momento,

En conclusión, esta actuación conjunta de la UE junto con el Consejo de Europa, los propios tribunales nacionales y la CPI es de gran relevancia para conseguir un acceso eficaz a las pruebas y a los acusados por parte del tribunal internacional *ad hoc* a crear, llenando los huecos que posee el sistema jurídico internacional al respecto¹⁶⁰.

VII. CONCLUSIONES: HACIA UN TRIBUNAL ESPECIAL LEGÍTIMO Y EFICAZ, QUE NO DESLEGITIME A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ante la situación de parálisis del Sistema de las Naciones Unidas y del propio Sistema de Justicia Penal Internacional, la única respuesta posible es la legalidad y la legitimidad. Una de las claves posibles es la legitimidad en las dos esferas jurídicas implicadas en la agresión contra Ucrania: legitimidad en la determinación de la acción del Estado y legitimidad en la determinación del acto del individuo. La consecución de dicha legitimidad en los dos ámbitos está, además, íntimamente relacionada. De esta manera, el enjuiciamiento en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo traería consigo el mensaje de que no está permitida la violación manifiesta de la Carta de la ONU por un Estado, Rusia, al utilizar la fuerza contra Ucrania. Las razones de la imposibilidad de acción de la Corte Penal Internacional respecto del crimen de agresión contra Ucrania ya han sido desgranadas anteriormente, pero ésta no es la única vía posible.

De todos modos, coincidimos con MC DOUGALL¹⁶¹ cuando afirma que, para que quede clarísimo que todas las vías para acudir ante la CPI han sido agotadas, sería deseable someter a votación una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU instando a la CPI a actuar. Obviamente, dicha votación fracasaría por el veto de Rusia como Miembro Permanente, pero, de este modo, queda cerrado completamente el camino ante la Corte, antes de crear un tribunal *ad hoc*.

Se abre, por tanto, la puerta a otra acción viable: el establecimiento de un Tribunal internacional para enjuiciar a los responsables del crimen de agresión contra Ucrania. La creación de un Tribunal *ex novo* debe responder a los parámetros de legalidad establecidos por el Derecho Internacional Penal. La legalidad queda perfectamente asegurada a la luz de la demostración de la existencia de un crimen de agresión en Ucrania, conforme a los estándares que nos proporciona el propio Derecho consuetudinario y el Estatuto de Roma de la CPI. En consecuencia, la creación de un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los responsables individuales del crimen de agresión en Ucrania se adecuaría perfectamente al Principio de legalidad imperante en el Sistema de Justicia Penal Internacional, siempre y cuando se estableciera conforme a las garantías necesarias que impone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

convertirse en Participantes mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa (*Ibidem*).

160 KRESS, C.; HOBE, S. AND NUßBERGER, A., “The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to Fill the Gaps in the International Legal System”, *Just Security*, January 23, 2023, en <https://www.justsecurity.org/84783/the-ukraine-war-and-the-crime-of-aggression-how-to-fill-the-gaps-in-the-international-legal-system/> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

161 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. ., *op. cit.*, p. 9.

En este sentido, una acción legítima de la ONU podría servir de base para la creación de un Tribunal verdaderamente internacional. Ya que no podemos lograr la acción del Consejo de Seguridad, dicha operación vendría protagonizada por la Asamblea General de la ONU. En la consecución de dicha acción, sería una buena opción lograr persuadir al Sur Global¹⁶², reacio a condenar la acción del Kremlin y a participar en las sanciones económicas contra Rusia, para conseguir una resolución de la Asamblea General en línea con la *Unión Pro Paz*. Con posterioridad a esta resolución, se podría acudir a diferentes vías con el fin de establecimiento de este tribunal: bien el Acuerdo de Ucrania con la ONU, bien a través de un tratado internacional con un número significativo y representativo de Estados (incluido, por tanto, el Sur Global).

El posible papel de la UE y del Consejo de Europa al respecto está por definir, aunque puede existir un liderazgo de estos dos actores internacionales, en la línea de las medidas adoptadas por ellos hasta el momento. En todo caso, no podemos olvidar que las dos acciones legítimas mencionadas, resolución de la Asamblea General y un tratado internacional, han de servir para eludir la percepción de dicho tribunal internacional como un instrumento al servicio de los Estados Occidentales. Por esta razón, habremos de perfilar cuidadosamente cuál habría de ser la participación de dichas Organizaciones Internacionales en el enjuiciamiento del crimen de agresión contra Ucrania.

Este Tribunal internacional tendría que evitar conflictos con las normas constitucionales en cuestión. De este modo, y para evitar cualquier conflicto con la Constitución ucraniana, el acuerdo entre Ucrania y la ONU debería especificar que el nuevo Tribunal será internacional, no nacional ni híbrido con predominio del elemento nacional. Así, se evitarían conflictos con el mencionado artículo 125 de dicho texto constitucional, que prohíbe los tribunales especiales o extraordinarios¹⁶³.

En cuanto a la definición del crimen de agresión que recoja el Estatuto del Tribunal a crear, sería conveniente que se adecúe a la definición de agresión que contempla el art. 8bis del Estatuto de Roma¹⁶⁴. Si queremos lograr un Sistema de Justicia Penal Internacional que sea íntegro y coherente, hemos de velar porque no existan incoherencias que conlleven dudas de cara a la interpretación del Derecho Internacional consuetudinario en relación con el crimen de agresión. Más dudas plantea el requisito de liderazgo que, si bien forma parte del Derecho consuetudinario, encuentra una formulación diferente en los precedentes de Nuremberg y en el propio Estatuto de Roma.

Dicho Tribunal internacional podría enjuiciar a aquellas personas que, con el umbral de liderazgo establecido en el Estatuto de Roma, hayan cometido un crimen de agresión contra Ucrania. Serían claramente el Presidente de Rusia, Vladimir Putin, el Ministro de Asuntos Exterio-

162 Carl Preston OGLESBY, un activista político estadounidense, acuñó el término “Sur Global” en 1969, en un artículo sobre la guerra de Vietnam en el que sostenía que el “dominio del norte sobre el sur global ha producido un orden social intolerable”. Desde ese año se ha utilizado profusamente en el ámbito académico. Se refiere, principalmente, los países de África, América Latina, Oriente Medio y Asia en vías de desarrollo.

163 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “The Best Path for...*op. cit.* p. 2.

164 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. ., *op. cit.*, p. 9.

res, Serguéi Lavrov, y otros líderes militares rusos; igualmente, encajaría en la competencia material el enjuiciamiento de los dirigentes políticos y militares de Bielorrusia, como Estado facilitador de la agresión, más concretamente el Presidente de Bielorrusia, Alexander Lukashenko y otros líderes políticos y militares de dicho país. Esta determinación de la competencia personal se adecúa a los estándares del ER, al tiempo que está en consonancia con la postura de la Unión Europea al respecto¹⁶⁵. Sin embargo, queda en el aire si es posible la extensión de la responsabilidad penal internacional por el crimen de agresión a otros individuos que hayan participado en el planeamiento o desencadenamiento del mismo, conforme a unos estándares propios del Derecho consuetudinario general e, incluso, regional en la materia.

Una cuestión crucial sería la relativa a la inmunidad de los Jefes de Estado y Ministros en relación con el Tribunal Internacional a crear. Ésta ha sido resuelta afortunadamente por la propia Corte Penal Internacional en el caso Al Bashir así como por la Comisión de Derecho Internacional, de modo que queda claro la inoponibilidad de la inmunidad referida frente a los Tribunales internacionales, como sería el Tribunal a establecer para el crimen de agresión contra Ucrania. Un obstáculo más resulta salvado.

Otro aspecto importante es el relativo a la adecuada delimitación de la competencia material, personal y territorial de dicho tribunal *ad hoc*. Dicha competencia debería estar muy bien acotada¹⁶⁶, para evitar la deslegitimación de la Corte Penal Internacional y la labor desarrollada por ésta durante las últimas décadas. De hecho, en cuanto a competencia material y personal, es obvio que en algunos de los crímenes puede existir una confluencia en la persona de Putin, pero no en otros, ya que el Presidente ha cometido el crimen de agresión claramente, pero puede no haber cometido de modo directo ciertos crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Además, desde el punto de vista práctico, la delimitación competencial en relación con la CPI contribuiría, a su vez, a acotar el coste del mencionado tribunal internacional a crear. En este sentido, es de destacar que la existencia de múltiples pruebas disponibles en relación con el crimen de agresión va a ser de gran utilidad para el funcionamiento de dicho tribunal internacional, al igual que para la Corte Penal Internacional y su ejercicio de la competencia sobre otros crímenes internacionales. La sinergia entre ambas jurisdicciones se plantea como necesaria y conveniente, de modo que dicha cooperación mutua habrá de ser constante y proactiva.

Desde la perspectiva de la cooperación, los instrumentos propiciados por la Unión Europea pueden servir de gran ayuda para facilitar la interacción y la compartición de pruebas entre jurisdicciones internacionales y/o nacionales, ya que el Centro Internacional creado al respec-

165 Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania (2022/3017(RSP)), en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.html, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023, en particular párr. 7.

166 REISINGER CORACINI, A., “The Case for Creating a Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Against Ukraine (Part II). Jurisdiction and Composition”, *Just Security*, September 23, 2022, en <https://www.justsecurity.org/83201/tribunal-crime-of-aggression-part-two/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

to, y la participación en la investigación del Equipo Conjunto de Investigación y de la propia Eurojust puede ser decisiva.

Pero, incluso si no se lograra la adecuada cooperación entre Estados, dadas las reticencias de la Federación Rusa, está asegurado el enorme valor simbólico y disuasorio de una orden de detención contra Putin, en relación con el crimen de agresión, emitida por parte de un tribunal internacional. Ahora sólo queda esperar que la voluntad política de los Estados ceda frente a la erradicación de la impunidad en Ucrania respecto del crimen de agresión, el crimen matriz de todos los crímenes internacionales.