

ESTUDIOS

EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA INVASIÓN RUSA DE UCRANIA: LA SIMBIOSIS ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

THE PROSECUTIN OF INTERNATIONAL CRIMES IN THE CONTEXT OF THE RUSSIAN INVASION OF UKRAINE: THE SYMBIOSIS BETWEEN NATIONAL JURISDICTIONS AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

ALICIA VILLAR MACÍAS*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONDUCTAS POTENCIALMENTE CALIFICABLES COMO CRÍMENES INTERNACIONALES. III. EL PRIMER BASTIÓN: LAS JURISDICCIONES NACIONALES. IV. EL SEGUNDO BASTIÓN: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El presente trabajo aborda el análisis jurídico de la responsabilidad penal individual dimanante de la comisión de crímenes internacionales –crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión– en el marco de la invasión rusa de Ucrania, iniciada el 24 de febrero de 2022, desde la perspectiva del Derecho Internacional Penal. Una vez analizada la calificación jurídica de las diversas actuaciones eventualmente constitutivas de crímenes internacionales, la investigación centrará su objeto de estudio en las posibilidades de enjuiciamiento dispensadas tanto por las jurisdicciones nacionales competentes como por la Corte Penal Internacional, así como en la relación simbiótica entre sendos mecanismos, sustanciada a partir del principio de complementariedad. De tal modo, se podrá dilucidar el grado de idoneidad jurídica de cada uno de los mecanismos en relación con el escenario ruso-ucraniano, así como apuntar su potencial eficacia a presente y futuro en la lucha contra la impunidad.

ABSTRACT: *This paper addresses the legal analysis of individual criminal liability arising from the commission of international crimes –war crimes, crimes against humanity, crime of genocide and crime of aggression– in the framework of the Russian invasion of Ukraine, which was launched on 24 February 2022, from the perspective of International Criminal Law. After analysing the legal qualification of the various actions that may constitute international crimes, the research will focus its object of study on the possibilities for prosecution provided by both the competent national jurisdictions and the International Criminal Court, as well as on the symbiotic relationship between these two mechanisms, based on the principle of complementarity. In this way, it will be possible to elucidate the degree of legal suitability of each of the mechanisms in relation to the Russian-Ukrainian scenario, as well as to point out their potential effectiveness in the present and future in the fight against impunity.*

PALABRAS CLAVES: Conflicto ruso-ucraniano, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio, crimen de agresión, Corte Penal Internacional.

Fecha de recepción del trabajo: 7 de abril de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de mayo de 2024.

* Graduada en Derecho por la Universidad de Jaén (Premio Extraordinario de Grado) y Máster Universitario en Derecho Internacional por la Universidad Complutense de Madrid (España). Becaria de Excelencia en *Berg Institute* (Madrid).

Correo electrónico: aliciavillarmacias@gmail.com

KEYWORDS: *Russian-Ukrainian conflict, war crimes, crimes against humanity, crime of genocide, crime of aggression, International Criminal Court.*

I. INTRODUCCIÓN

Una nueva “Guerra Fría” librada entre Occidente y Rusia; solo que esta vez en territorio ucraniano. Y menos fría que nunca.

La madrugada del 24 de febrero de 2022 la comunidad internacional acudía con perplejidad a un escenario en que retumbaban nuevamente sonidos de tanques, ametralladoras y bombarderos en el corazón de Europa. La invasión del territorio ucraniano por parte de la Federación de Rusia como culmen de un conflicto internacional que ya se venía fraguando desde los acontecimientos del Euromaidán a finales del año 2013 y recrudecido con la ocupación de la península de Crimea y la Guerra en el Donbás.

Un nuevo escenario bélico e, inexorablemente, una nueva probeta para el cultivo de las más deleznable conductas humanas: los crímenes internacionales. Definidos por A. Cassese como aquellas violaciones de normas internacionales que implican la responsabilidad penal individual de sus autores¹ y cuya persecución no puede –de acuerdo con la jurisprudencia de los “juicios posteriores de Núremberg”– restar exclusivamente en manos del Estado que resultaría competente en circunstancias ordinarias², estos engloban en su seno al cuarteto conformado por los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de genocidio y el crimen de agresión, conocidos como crímenes internacionales “en sentido estricto”³ o “de primer grado”⁴. Cuarteto que constituye la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional (CPI) y que vertebraba, precisamente, el contenido del presente trabajo.

Los crímenes internacionales generan, ante todo, víctimas. Y es precisamente al derecho a la verdad, reparación y no repetición de tales víctimas al que se refería en su informe de marzo de 2023 la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania (en adelante, “la Comisión de Investigación”) creada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) al clamar por la investigación de los crímenes internacionales presuntamente cometidos en este nuevo contexto y por el enjuiciamiento de sus autores “*either at the national or international level*”⁵. Palabras estas últimas que cobran una relevancia sentenciosa si se toma en consideración la actitud que ha venido mostrando la comunidad internacional ya desde los albores

1 CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 23.

2 *The United States of America against Wilhelm List et al.*, caso núm. 215, sentencia de 19 de febrero de 1948, p. 1241, <https://werle.rewi.hu-berlin.de/Hostage%20Case090901mit%20deckblatt.pdf>

3 HERNÁNDEZ CAMPOS, A., “La Corte Penal Internacional: fundamentos y características”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 55, 2002, pp. 437-517, p. 441, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084979>

4 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, 1ª ed., LA LEY, Madrid, 2008, pp. 190-191.

5 HUMAN RIGHTS COUNCIL (HRC), “Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine”, 15 de marzo de 2023, Doc. A/HRC/52/62, p. 1, https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A_HRC_52_62_AUV_EN.pdf [La accesibilidad de todos los enlaces

de la invasión. Una comunidad internacional que, no exenta de motivaciones políticas, ha tratado de favorecer la activación de todos los mecanismos de enjuiciamiento provistos por el Derecho Internacional Penal (DIP) –incluso de aquellos que antaño trató de socavar, tales como el principio de jurisdicción universal– en pro de la lucha contra la impunidad en este escenario concreto.

En esta tesitura, la investigación contenida en las sucesivas páginas tendrá por objetivo dilucidar con espíritu crítico el escenario judicial que se yergue frente a la impunidad de los crímenes internacionales presuntamente cometidos en el contexto de la invasión rusa de Ucrania a la luz del Derecho Internacional Penal. A tal fin, se abordará el estudio de dos de los principales bastiones que abanderan dicha disciplina, profundizándose tanto en la idoneidad jurídica de cada uno de ellos en relación con el escenario que nos atañe como en su potencial efectividad a presente y futuro: las jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional. Dos mecanismos cuya relación descansa –y con ella, el reparto de casos entre ambos– sobre el principio de complementariedad, consagrado en el art. 17 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (ECPI), de 17 de julio de 1998⁶, y cuyo examen no resulta en absoluto baladí.

La estructura del presente trabajo se cimenta sobre un total de cinco capítulos. Tras la sucinta introducción recién expuesta, el Capítulo II abordará la potencial calificación jurídica de los crímenes internacionales presuntamente perpetrados en el contexto de la invasión rusa de Ucrania, circunscribiéndose por tanto la competencia *ratione temporis* y *ratione loci* de la investigación a las conductas llevadas a cabo a partir del 24 de febrero de 2022 en territorio ucraniano y ruso. Seguidamente, el Capítulo III se focalizará en el estudio de aquellas jurisdicciones nacionales llamadas a conocer de tales crímenes, ya sea a través de criterios de atribución de competencia ordinarios (a saber, las jurisdicciones ucraniana y rusa) o a través del principio de jurisdicción universal. Una vez analizado este primer bastión contra la impunidad, el Capítulo IV se aventurará al estudio de la investigación sustanciada ante la CPI y su relación simbiótica con las investigaciones y procesos nacionales bajo el amparo del principio de complementariedad. *In fine*, se plasmarán las conclusiones alcanzadas tras la conducción de la presente investigación.

II. CONDUCTAS POTENCIALMENTE CALIFICABLES COMO CRÍMENES INTERNACIONALES

Ya desde los albores de la invasión rusa, las hostilidades cometidas en el curso de la misma han venido siendo objeto de una cobertura mediática casi sin precedentes. Es por esta razón que el presente capítulo dedicará su objeto al estudio de una selección ejemplificativa de aquellos patrones de conductas llevados a cabo en dicho contexto que resulten potencialmente calificables como “crímenes internacionales”. A efectos metodológicos, se tomarán como cimiento principal los tres más recientes informes elaborados por la Comisión de Investigación en marzo y octubre de 2023 y en marzo de 2024, respectivamente, así como diversos informes

contenidos en el presente trabajo ha sido verificada, en tanto que fecha de última consulta, el día 7 de abril de 2024]

6 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1998, 2187 UNTS, 38544, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf>

publicados al respecto por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y otras organizaciones internacionales.

1. Crímenes de guerra

Los crímenes de guerra se identifican jurídicamente con aquellas “infracciones graves” especificadas por los cuatro Convenios de Ginebra y por el *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, de 8 de junio de 1977⁷, así como con las “violaciones graves de las leyes y usos aplicables” en el marco de conflictos de índole internacional, plasmadas en el ECPI. Y es precisamente en relación con estas “infracciones graves” que los Estados signatarios resultan compelidos a “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales”, así como a buscar y hacer comparecer a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, tales infracciones⁸. En tal sentido, el presente capítulo dejará al margen aquellas violaciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH) que no cualifiquen como infracciones graves.

El conflicto armado que actualmente se libra entre Ucrania y la Federación de Rusia como consecuencia del despliegue masivo de las capacidades militares de esta última el 24 de febrero de 2022 ostenta la calificación de “conflicto armado internacional” a efectos del párrafo primero del art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra y del art. 1.3 del Protocolo I. No obstante, se debe apuntar además a la aplicación de las disposiciones específicas relativas a los territorios bajo ocupación contenidas en dichos instrumentos a las conductas perpetradas en la península de Crimea (ocupada por Rusia desde su anexión en 2014) y en las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk (RPD y RPL, respectivamente), sometidas en un inicio a la llamada “ocupación por proxy”⁹. De este modo, se solaparía la aplicación de un doble *corpus* de normas: aquellas que regulan los conflictos armados internacionales y los regímenes de ocupación.

7 *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, de 8 de junio de 1977, 1125 UNTS, 17512, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201125/v1125.pdf>

8 Art. 49 del I Convenio de Ginebra.

9 HEFFES, E., “El conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania: un breve análisis acerca del derecho internacional humanitario aplicable”, *Pensar en Derecho*, núm. 20, 2022, pp. 83-98, p. 95, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/20/el-conflicto-armado-entre-la-federacion-rusa-y-ucrania.pdf> El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia apuntó en la sentencia del caso *Fiscal c. Duško Tadić* la figura de la “ocupación por proxy”, que contempla la posibilidad de que el fenómeno de la ocupación pueda ser llevado a cabo por un Estado a través de sus agentes (no requiriéndose necesariamente el despliegue de sus Fuerzas Armadas), independientemente de la nacionalidad de los mismos y aplicándose, por ende, las leyes de DIH relativas a la ocupación. ARRIETA UQUILLAS, S. A. e IDROVO ROMO, J. F., “Ocupación por proxy y los test de control: un análisis jurisprudencial”, *Anuario Iberoamericano Sobre Derecho Internacional Humanitario*, vol. 2, 2021, pp. 87-118, https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/articulos-volumen-2/ocupacion-por-proxy-y-los-test-de-control-un-analisis-jurisprudencial/#_ftnref14

Una vez delimitado su ámbito de aplicación, resta señalar que los instrumentos referidos *supra* resultan aplicables al caso en tanto que Ucrania y la Federación de Rusia son Estados Partes de los mismos¹⁰.

A) INFRACCIONES GRAVES RELATIVAS A LOS MEDIOS Y MÉTODOS DE GUERRA

a) *Ataques indiscriminados y destrucción de infraestructura civil*

Los ataques indiscriminados y desproporcionados contra áreas pobladas tanto por parte de las fuerzas rusas¹¹ como ucranianas¹² han constituido una constante desde el inicio de la invasión. Expresamente prohibidos por el art. 51.4 y 5 del Protocolo I, el impacto de esta clase de ataques sobre personas y bienes civiles¹³ constituye una infracción grave a efectos de su art. 85.3.b). Especialmente destacable resulta el ataque “sistemático y generalizado” perpetrado por las fuerzas rusas contra la infraestructura energética ucraniana¹⁴, calificable igualmente como “infracción grave” en violación del deber de precaución cuando se prevean daños “excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹⁵ (art. 57.2.a) inciso iii y b) del Protocolo I). Preceptos estos últimos que se corresponden precisamente con la calificación jurídica referida por la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI (art. 8.2.b) inciso iv del ECPI) en la orden de arresto emitida el 5 de marzo de 2024 por cargos de –entre otros– crímenes de guerra contra S. Ivanovich Kobylash y V. Nikolayevich Sokolov, dos altos mandos del ejército ruso, a causa de su presunta responsabilidad en la destrucción de la infraestructura energética ucraniana¹⁶.

B) INFRACCIONES GRAVES RELATIVAS A LA INTEGRIDAD PERSONAL

a) *Traslado ilegal o deportación*

La Comisión de Investigación se ha hecho eco del traslado ilegal (referido al desplazamiento intraestatal¹⁷) o deportación (más allá de las fronteras estatales¹⁸) de civiles y personas protegidas a zonas controladas por las tropas rusas (o, incluso, a la propia Federación de Rusia)¹⁹. Espe-

10 https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028015847c&clang=_en

11 HRC, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine”, 5 de marzo de 2024, Doc. A/HRC/55/66, párrs. 31-32, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/a-hrc-55-66-auv-en.pdf>

12 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 39.

13 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párrs. 34-37.

14 *Ibid.*, párr. 47.

15 Véase *ibid.*, párr. 46.

16 *International Criminal Court*, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei Ivanovich Kobylash and Viktor Nikolayevich Sokolov”, 5 de marzo de 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-sergei-ivanovich-kobylash-and>

17 BOU FRANCH, V., “Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español”, en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 293-340, p. 311, <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788499857848>

18 *Ibidem.*

19 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 68-69.

cialmente alarmantes resultan las ingentes cifras arrojadas por el informe emitido en marzo de 2023 por el CDH en lo relativo al traslado forzado y deportación masiva de hasta 16.221 niños ucranianos (según cifras de febrero de 2023)²⁰. Tales conductas se encuentran expresamente prohibidas en tanto que “infracciones graves” por los arts. 147 del *IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949²¹, y 85.4.a) del Protocolo I, además de infringir el art. 49 del primero en aquellos casos en que el traslado forzado o deportación se hubiese hecho “del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante” (esto es, desde Crimea y la región del Donbás). Y es precisamente tal calificación jurídica como “crimen de guerra” –a la que igualmente aluden los dos más recientes informes del CDH²²– de la que se ha servido la CPI para encausar y ordenar el arresto el 17 de marzo de 2023 de aquella dupla que habría presuntamente orquestado tales actos: el propio V. Putin y la Comisionada Presidencial para los Derechos del Niño en Rusia, M. Lvova-Belova²³.

Tomando en cuenta la triple calificación jurídica de que goza el crimen internacional de traslado forzado o deportación –en tanto que crimen de guerra, crimen de lesa humanidad y una de las modalidades del crimen de genocidio–, no han resultado escasas las voces que han diferido del criterio de la CPI en relación con las conductas señaladas. Especialmente interesante resulta el análisis jurídico de lo alegado por el Consejo de Europa, el cual será expuesto en las secciones segunda y tercera del presente capítulo.

b) *Ejecuciones sumarias y detenciones arbitrarias*

Se ha registrado igualmente la perpetración por parte de las tropas rusas de ejecuciones sumarias²⁴ y sistemáticas de civiles²⁵ y personas *hors de combat* (“fuera de combate”), en violación del art. 75.2.a) inciso i del Protocolo I (calificables como “infracciones graves”, en tanto que “homicidio intencional”, en virtud del art. 147 del IV Convenio). Además, los informes no han pasado por alto la detención arbitraria e ilícita²⁶ de civiles y personas protegidas por parte tanto de autoridades rusas²⁷ como ucranianas²⁸ (igualmente “infracción grave” en virtud del art. 147 del IV Convenio).

20 *Ibid.*, párr. 95.

21 *IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS, 973, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/v75.pdf>

22 HRC, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine”, 19 de octubre de 2023, Doc. A/78/540, párr. 90, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A-78-540-En.pdf>; HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*”, párr. 97.

23 *International Criminal Court*, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova”, 17 de marzo de 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>

24 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*”, párr. 56.

25 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*”, párr. 56.

26 ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity”, 13 de abril de 2022, pp. 20-21, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>

27 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*”, párr. 60.

28 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/78/540 *op. cit.*”, párr. 70.

c) *Actos de violencia sexual y por razón de género*

Los informes consultados apuntan asimismo a la comisión por parte de las tropas rusas de actos de violencia sexual y por razón de género contra civiles y prisioneros de guerra con elementos potencialmente constitutivos de tortura²⁹ (arts. 27 del IV Convenio, 75.2.b) y 76 del Protocolo I, y 130, 13 y 14 del *III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949³⁰).

No obstante, la violencia sexual no se encuentra expresamente calificada como “infracción grave” en ninguno de los cuatro Convenios, ni tan siquiera en el Protocolo I. Ante esta tesitura, la inclusión en esta categoría de los actos de violencia sexual a efectos de su obligación de sanción a nivel nacional (sin perjuicio de que se encuentren tipificados como crímenes de guerra por el ECPI), así como la supresión de su arcaico vínculo al “honor” de la mujer³¹, debería considerarse una tarea prioritaria para la comunidad internacional. En tanto que esta reformulación no acaezca, debería optarse por subsumir este tipo de conductas, a efectos de su calificación como “infracciones graves”, bajo el paraguas de los “atentados graves contra la integridad física o la salud” (art. 147 del IV Convenio) o de la grave puesta en peligro de la “salud o la integridad física o mental” (art. 11 del Protocolo I).

d) *Tortura y tratos inhumanos*

Por lo que respecta a las conductas comunes a las tropas rusas y ucranianas, los informes describen la comisión de actos de tortura y tratos inhumanos contra civiles³² y prisioneros de guerra³³ (arts. 75.2.a) inciso iii del Protocolo I y 32 del IV Convenio, y arts. 87 y 13 del III Convenio, respectivamente), calificables como “infracciones graves” a efectos de los arts. 147 y 130 de los Convenios IV y III.

2. Crimen de genocidio

A) PRESUNTO GENOCIDIO CONTRA LA POBLACIÓN RUSA DEL DONBÁS

La minoría rusa que puebla la región ucraniana del Donbás goza, en tanto que sujeto internacional no estatal, de la protección penal otorgada en virtud de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948 (en adelante, la

29 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 81.

30 *III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS, 972, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/v75.pdf>

31 COPELON, R., “Women and War Crimes”, *St. John's Law Review*, vol. 69, núm. 1-2, 1995, pp. 61-68, p. 65, https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journal-s&handle=hein.journals/stjohn69&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=61

32 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 87.

33 *Ibid.*, párr. 71.

“Convención contra el Genocidio”), de la que son Estados Partes tanto Ucrania como Rusia³⁴. Y es precisamente este instrumento normativo del que se sirvió el presidente ruso para tratar de fundamentar su “operación militar especial”.

Más específicamente, V. Putin se retrotraía en su discurso de 21 de febrero de 2022 nada menos que 8 años atrás para referirse en términos de “humillación”, “horror” y “genocidio” a la situación que ha venido supuestamente sufriendo la población rusa del Donbás a manos del “régimen de Kiev”³⁵. Concretamente, el mandatario ruso arguye la persecución de la población rusófona (por medio de la promulgación de leyes que prohíben el uso de la lengua rusa en público) y su exclusión del reconocimiento como pueblo autóctono³⁶.

Precisamente acerca de la veracidad de los hechos alegados por Rusia se pronunció el Estado ucraniano en los fundamentos de hecho que engrosan la demanda presentada ante el Registro de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el 26 de febrero de 2022, y que dio origen al asunto *Alegaciones de genocidio con base a la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio (Ucrania c. Federación rusa)*³⁷. Ucrania asegura, en su párr. 21, la ausencia de cualquier tipo de “*factual basis*” que demuestre la existencia de un genocidio en los óblasts³⁸ de Donetsk y Lugansk, además de advertir la falta de pruebas suministradas por Rusia en respaldo de sus reclamaciones³⁹. Además, acaba por dinamitar la autenticidad de los hechos remitiéndose a los más recientes informes emitidos por la OACNUDH relativos a la situación en Ucrania, puesto que ninguno de ellos apunta a la comisión de genocidio por parte de Kiev⁴⁰.

No obstante, e incluso en caso de que se refutase la más que evidente falsedad de dichos hechos, estos difícilmente resultarían calificables a efectos jurídicos como constitutivos de genocidio. En primer lugar, el elemento material o *actus reus* de la suerte de “discriminación legislativa” a la minoría rusa del Donbás, de ser cierto, no resultaría lo suficientemente contundente como para ser identificable con alguna de las modalidades previstas en el art. II de la Convención contra el Genocidio. Y, en segundo lugar, en ningún caso sería posible la construcción del tipo penal genocida, ya que la ausencia de la *mens rea* o “intención de destruir total o parcialmente” al grupo –en este caso, nacional– resulta patente. En momento alguno se ha dejado entrever del discurso público o de la política de las autoridades de Kiev un solo

34 *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS, 1021, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2078/v78.pdf>

35 <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>

36 *Voz de América*, “Rusia alude falsamente a “genocidio” para justificar sus acciones contra Ucrania”, 24 de febrero de 2022, <https://www.vozdeamerica.com/a/verificado-rusia-alude-genocidio-agredir-ucrania/6453876.html>

37 GARRIDO MUÑOZ, A., “Al filo de su competencia *ratione materiae*: la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Ucrania c. Federación rusa)*”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. 74, núm. 2, 2022, pp. 77-104, p. 78, <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/97/169>

38 Los óblasts o “provincias” son las unidades administrativas en que se encuentra dividido el Estado ucraniano.

39 *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, demanda de incoación de 26 de febrero de 2022, párr. 21, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>

40 *Ibid.*, párrs. 21-22.

ápice de este propósito (elemento en cuyo análisis se profundizará a continuación), por lo que queda descartada de pleno la configuración jurídica del genocidio contra la población rusa.

B) PRESUNTO GENOCIDIO CONTRA LA POBLACIÓN UCRANIANA

La presunta comisión de un “genocidio” por parte de la Federación de Rusia en contra de la población ucraniana ha supuesto un *leitmotiv* en los medios de comunicación al uso. Y es que la utilización del término “genocidio” –en infinidad de ocasiones, de forma precipitada y sensacionalista– en tanto que concepto político en lugar de jurídico ha tenido por efecto la desvirtuación de su propio significado.

Son diversas las conductas llevadas a cabo durante la invasión de Ucrania que se han relacionado directamente con la perpetración del “crimen entre los crímenes” como objetivo ulterior de la operación: *i. e.*, el traslado o deportación forzada de niños ucranianos al territorio de la Federación de Rusia⁴¹ (calificado como tal por el Consejo de Europa⁴²) o la propia matanza de la población civil⁴³. Y es que si bien estas acciones se corresponden con el *actus reus* tipificado en el art. II de la Convención contra el Genocidio (en sus apartados a) y e), respectivamente), la concurrencia de la *mens rea* suscita ostensibles dudas al respecto.

La intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso resulta ser un “estado mental que debe ser inferido a partir de la conducta externa del agente al que se adscribe y de las circunstancias del contexto”⁴⁴. Ante la profunda ambigüedad y subjetividad que arroja esta idea, el Derecho Internacional ha sido testigo de un debate doctrinal y jurisprudencial que hasta día de hoy permanece irresoluto. De un lado, de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR, respectivamente) se deriva una tesis de carácter “acumulativo”: esto es, que la intención genocida no exige la prueba de un plan o política general estatal⁴⁵, sino que esta puede inferirse “desde el contexto de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo”⁴⁶. Por el contrario, el eminente *iusinternacionalista* W. A. Schabas ha argüido,

41 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 71 y 86-87.

42 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “Deportations and forcible transfer of Ukrainian children and other civilians to the Russian Federation or to temporarily occupied Ukrainian territories: create conditions for their safe return, stop these crimes and punish the perpetrators”, 27 de abril de 2023, 2495 (2023), párr. 2, <https://pace.coe.int/pdf/1172fe876310c10bfc8a8afb74b2974eb71e4ec-298710d83c8bb5a0080d5cbe1/res.%202495.pdf>

43 PRIEGO, A., *El Español*, “Sí, es posible juzgar a Vladimir Putin por genocidio”, 1 de noviembre de 2022, https://www.elspanol.com/opinion/tribunas/20221101/posible-juzgar-vladimir-putin-genocidio/715298464_12.html

44 PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “La noción de intención en la definición de genocidio”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. 64, núm. 2, 2012, pp. 163-177, p. 174, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4043425>

45 TRAVIS, H., “Sobre la comprensión originaria del crimen de genocidio”, *Revista de Estudios Sobre Genocidio*, vol. 12, 2017, pp. 101-128, p. 119, <https://www.revistas.untref.edu.ar/index.php/reg/article/view/75/78>

46 PÉREZ TRIVIÑO, J. L., *op. cit.*, p. 175.

apoyándose en la redacción del ECPI y en los “*Elements of Crimes*” del mismo⁴⁷, así como en la postura de la CIJ⁴⁸, que el crimen de genocidio sí requiere de la inexorable existencia de dicho plan general (que puede ser inferido a través de declaraciones oficiales, documentos o políticas⁴⁹).

En relación con la primera de las hipótesis, lo cierto es que la inferencia de la intención genocida en el aparato ruso en atención a un patrón sistemático de atrocidades dirigidas en contra de la población ucraniana puede resultar plausible a la luz del examen de los hechos, si se consideran en un sentido global las matanzas masivas de civiles (*i. e.*, la perpetrada en Bucha), los ataques contra zonas residenciales y corredores humanitarios, el asedio de ciudades como Mariúpol, la destrucción de la infraestructura energética y vital, los actos de violencia sexual o la deportación o traslado forzado⁵⁰ de civiles ucranianos.

En relación con la tesis contrapuesta, resulta un hecho que la retórica de la “Administración Putin” se ha venido centrando en la negación de la existencia misma de los ucranianos y de su Estado y, concretamente, de una lengua, cultura e identidad nacional ucranianas⁵¹. Y es que, como señaló la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su informe “*Framework of Analysis for Atrocity Crimes*”, la negación misma de la existencia de un grupo protegido constituye uno de los indicadores de riesgo ante un incipiente genocidio⁵². Quedaría satisfecho así el paso previo e ineludible en toda dinámica genocida: la identificación, diferenciación y deshumanización de un grupo humano concreto⁵³ en atención a sus características.

No obstante, y como refiere R. G. Suny, la intención destructiva debe tomarse en cuenta desde una perspectiva física, esto es: “*genocide is the physical destruction of a people*”⁵⁴. Centrándonos en la calificación del pueblo ucraniano como “grupo nacional”, no resulta lo suficiente-

47 SCHABAS, W. A., “State policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, núm. 3, 2008, pp. 953-982, p. 981, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=7299&context=jclc>

48 TRAVIS, H., *op. cit.*, p. 119.

49 NEW LINES INSTITUTE FOR STRATEGY AND POLICY, RAOUL WALLENBERG CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, “An Independent Legal Analysis of the Russian Federation’s Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Prevent”, mayo de 2022, p. 2, <https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/English-Report-1.pdf>

50 *Ibid.*, pp. 22-35.

51 *Ibid.*, p. 13.

52 UNITED NATIONS, “Framework of Analysis for Atrocity Crimes: A tool for prevention”, 2014, p. 18, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/about-us/Doc.3_Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes_EN.pdf

53 EIRENE DE PRADA, P., “Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio”, en OLASOLO, H. y EIRENE DE PRADA, P. (coords.), *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio: La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 191-230, p. 206, <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/217/Ebook%20La%20Evoluci%C3%B3n%20de%20la%20Definici%C3%B3n%20y%20la%20Aplicaci%C3%B3n%20del%20Delito%20de%20Genocidio.pdf#page=191>

54 SUNY, R. G., “Frames and Narratives: How the Fates of the Ottoman Armenians, Stalin-Era Ukrainians, and Kazakhs Illuminate the Concept of Genocide”, en GRAZIOSI, A. y SYSYN, F. E. (eds.), *Genocide: The Power and Problems of a Concept*, McGill-Queen’s University Press, 2022, pp. 87-106, p. 99, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/reader.action?docID=6836989>

mente patente, a la luz del discurso político de las autoridades rusas, la existencia a nivel estatal de un plan genocida en aras de la destrucción *física* del pueblo ucraniano que satisfaga las exigencias de la *mens rea*, definida en la sentencia del caso *Fiscal c. Jean Paul Akayesu* como la “intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el sujeto activo claramente trate de producir la conducta que se le imputa”⁵⁵. Y es que si acudimos al análisis comparado de este presunto “genocidio” con aquellos jurídicamente calificados como tal a lo largo de la historia, las diferencias resultan ostensibles. *V. gr.*, el elemento de la *mens rea* resultaba sobradamente probado en atención a ideología de “Poder Hutu” que venía esgrimiendo el *Mouvement Républicain National du Développement* en el genocidio ruandés⁵⁶, o a través de las intervenciones públicas del entonces presidente de Sudán, O. Al-Bashir, en el genocidio darfurí.

Todo este razonamiento, sumado a los datos arrojados por el Consejo de Europa (según los cuales los niños ucranianos deportados a territorio ruso habrían sido objeto de un proceso sistemático de “rusificación” a través de su reeducación en la lengua, cultura e historia rusas, con la intención de destruir “*the Ukrainian identity as well as the cultural and linguistic characteristics of its people*”⁵⁷) y por la OACNUDH⁵⁸, podría conducir a la siguiente conclusión: el proyecto bélico ruso no tiene como objetivo último la destrucción *física* de los ucranianos, sino que más bien podría perseguir la aniquilación de su identidad nacional y cultural, en aras de su integración y dilución en la identidad nacional rusa. Y es que el propio V. Putin ha expresado públicamente que los ucranianos y los rusos son “*one people, a single whole*”⁵⁹.

En virtud de este razonamiento, lo cierto es que la persecución de grupos culturales no se encuentra exenta de tipificación penal internacional, si bien no bajo el paraguas del crimen de genocidio –enfocado en la vertiente física y/o biológica⁶⁰–, sino de los crímenes de lesa humanidad (art. 7.1.h) del ECPI). Como refiere K. Ambos, “el genocidio constituye esencialmente un tipo de delito similar a la persecución por motivos discriminatorios”⁶¹, siendo precisamente la intención de destruir del primero la que lo torna en “*the most inhumane form*

55 AMBOS, K., “¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?”, *Revista Penal México*, núm. 1, 2011, pp. 11-30, p. 14, https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14204/que_significa_la.pdf?sequence=2

56 TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 23.

57 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, párr. 8.

58 Véase OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), “Human rights situation during the Russian occupation of territory of Ukraine and its aftermath: 24 February 2022 to 31 December 2023”, 20 de marzo de 2024, párrs. 127-152, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2024-03/2024-03-20%20OHCHR%20Report%20on%20Occupation%20and%20Aftermath.pdf>

59 <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>; <http://en.kremlin.ru/events/president/news/72994>

60 NERSESIAN, D., “A Modern perspective: The current status of cultural genocide under international law”, en BACHMAN, J. S. (ed.), *Cultural genocide: Law, Politics, and Global Manifestations*, 1ª ed., Routledge, 2019, pp. 62-91, p. 71, <https://www.taylorfrancis.com/books/oa-edit/10.4324/9781351214100/cultural-genocide-jeffrey-bachman>

61 AMBOS, K., “¿Qué significa la... *op. cit.*”, p. 13.

of persecution”⁶². En consecuencia, algunas de las conductas referidas en la presente sección serán retomadas en la siguiente, relativa a los crímenes de lesa humanidad.

Por añadidura, resulta preciso señalar, no obstante, que las declaraciones emitidas por ciertos sectores de la sociedad rusa (*i. e.*, determinados líderes políticos, autoridades religiosas o periodistas afiliados a medios de comunicación estatales⁶³) en las que se insta férreamente a la violencia contra los ucranianos reúnen en efecto los requisitos⁶⁴ para ser calificables, en tanto que conductas individualizadas, bajo el paraguas de la “incitación pública y directa al genocidio” (art. III, apartado c) de la Convención contra el Genocidio). Y es que la propia Comisión de Investigación ha afirmado que se encuentra investigando tales alegaciones⁶⁵.

3. Crímenes de lesa humanidad

Resulta patente que no existe a día de hoy⁶⁶ tratado internacional alguno que tipifique los crímenes de lesa humanidad, con excepción del ECPI. Se tomará por tanto como referencia, a efectos de su calificación jurídica, la tipificación de los mismos plasmada en el art. 7 del ECPI debido a que, a pesar de no ser Estados Partes del mismo, tanto Rusia (de forma explícita) como Ucrania (de forma implícita a través de sendas declaraciones de aceptación de la competencia de la CPI) han secundado tales definiciones⁶⁷.

A estos efectos, son cuatro los requisitos que el art. 7.1 del ECPI exige para construir todo crimen de lesa humanidad: la perpetración de un ataque dirigido explícitamente contra una población civil; su carácter generalizado y/o sistemático; el conocimiento del mismo; y la existencia de una política estatal u organizativa bajo cuyo paraguas se ampare este⁶⁸.

62 *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, caso núm. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 636, <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>

63 NEW LINES INSTITUTE FOR STRATEGY AND POLICY, RAOUL WALLENBERG CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, *op. cit.*, pp. 16-18.

64 En primer lugar, el empleo de una violenta retórica, y en segundo y tercer lugar, la no exigencia de relación causal entre tal incitación y los actos genocidas que eventualmente se llevasen a cabo, ni siquiera requiriéndose que estos efectivamente acaezcan. SCOTT MARAVILLA, C., “Hate Speech as a War Crime: Public and Direct Incitement to Genocide in International Criminal Law”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, núm. 1, 2008, pp. 113-144, p. 142, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulic17&div=8&g_sent=1&casa_token=DFyFZqhvJisAAAAA:ztOBXxC4mACXpufmshFspckN8AY6ODZIJXzbtXGcfSqYMEwlcugbMA1cNvAs319X7xj8CPL2&collection=journals

65 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 98.

66 Si bien, es cierto que actualmente la comunidad internacional está siendo testigo de la elaboración del *Proyecto de artículos sobre la prevención y castigo de los crímenes contra la humanidad*, aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional en 2019 e inserto en el programa provisional del 77º período de sesiones de la Asamblea General de la ONU. CAPELLÀ I ROIG, M., “Los retos y dilemas de un tratado sobre prevención y castigo de los crímenes contra la humanidad en el siglo XXI”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 44, 2022, pp. 1-42, pp. 2 y 11-12, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8783263>

67 ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), *op. cit.*, pp. 53-54.

68 THE GLOBAL ACCOUNTABILITY NETWORK, “Russian War Crimes Against Ukraine: The Breach of International Humanitarian Law by the Russian Federation”, abril de 2022, p. 26, <https://syrianaccountabilityproject.syr.edu/docs/russian-war-crimes-against-ukraine-the-global-accountability-network.pdf>

Cuando la Comisión de Investigación refirió en varios de sus informes la perpetración por parte de las fuerzas rusas de torturas, tratos inhumanos⁶⁹ y ejecuciones sumarias⁷⁰, así como la destrucción de la infraestructura energética ucraniana⁷¹, lo hizo calificando tales acciones como “sistemáticas y/o generalizadas”. En tal sentido, y de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY y TPIR –donde el carácter sistemático o generalizado de los actos demostraba la existencia de una política ulterior⁷²–, resultaría posible la eventual subsunción de las conductas citadas en los arts. 7.1.f) (relativo a la “tortura”), 7.1.a) (referido al “asesinato”) y 7.1.k) (referido a “otros actos inhumanos de carácter similar”), respectivamente, del ECPI. De hecho, la propia Comisión de Investigación terminó por aseverar en su más reciente informe la existencia de una política estatal rusa al amparo de la cual se habrían lanzado los mencionados ataques contra la infraestructura energética ucraniana⁷³, culminando así en este caso la construcción del crimen de lesa humanidad. Una conclusión desde luego compartida por la CPI, pues las previamente mencionadas órdenes de arresto emitidas contra S. Ivanovich Kobylash y V. Nikolayevich Sokolov incluían el cargo de crimen de lesa humanidad por actos inhumanos precisamente por su presunta responsabilidad en los ataques con misiles lanzados contra la infraestructura energética ucraniana⁷⁴.

Retomando las conductas relativas al traslado forzado y deportación de niños ucranianos, el Consejo de Europa apuntó además a su potencial calificación como “crimen de lesa humanidad”⁷⁵ precisamente en atención al art. 7.1.d) del ECPI. Pudiendo inferirse su carácter sistemático en atención a las cifras previamente apuntadas y a su nivel organizacional (pues la imposición de la ciudadanía rusa y la reubicación de los menores en familias de acogida⁷⁶ así lo demuestran), dicha sistematicidad podría denotar, de nuevo, la existencia de la requerida política estatal.

Tras lo expuesto en la sección previa en lo relativo al posible *animus* de destrucción identitaria del pueblo ucraniano, no resultaría descabellado añadir a la lista de potenciales crímenes de lesa humanidad la modalidad relativa a la “persecución”, precisamente la de la población civil ucraniana en razón de su identidad nacional (art. 7.1.h) del ECPI), tomando en cuenta todas las conductas expuestas en la presente sección en un sentido acumulativo.

69 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/78/540 *op. cit.*, párr. 48; HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 58.

70 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 53.

71 *Ibid.*, párrs. 24 y 43; HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 47.

72 MARCHUK, I., “No Crimes against Humanity during the Maydan Protests in Ukraine: Or the ICC Prosecutor’s Flawed Interpretation of Crimes against Humanity”, *Boston University International Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 2017, pp. 39-68, p. 63, <https://www.bu.edu/ilj/files/2017/04/35-BU-ILJ-Marchuk.pdf>

73 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 47. Igualmente, y en relación con los actos de tortura y la necesaria existencia de una política estatal en la construcción del crimen de lesa humanidad, el párr. 61 del mismo informe señala que “*the Commission has continued its investigations on whether torture was committed in furtherance of a policy*”.

74 *International Criminal Court*, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei... *op. cit.*

75 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, párr. 2.

76 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 96 y 100.

En otro orden de ideas, el problema concursal entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra deviene patente debido al solapamiento de ciertos elementos entre ambos tipos penales⁷⁷. No obstante, y como se desprende del art. I, apartado b) de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 26 de noviembre de 1968 (de la que forman parte tanto Rusia como Ucrania)⁷⁸, los primeros no requieren de vinculación a conflicto armado alguno, lo que permite su comisión “tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz”.

Ante esta cuestión, del análisis de la práctica judicial de los tribunales internacionales que antaño vinieron construyendo los cimientos del DIP pueden extraerse una serie de conclusiones cuyo significado no resulta baladí. En este sentido, el TPIY en el caso *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokić*⁷⁹ y el Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL, por sus siglas en inglés) en el caso *The Prosecutor v. Augustine Gbao*⁸⁰ persiguieron el asesinato de civiles (“murder”) tanto como crimen de guerra como de lesa humanidad. Igualmente, las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya encontraron culpable a K. Guek Eav en el caso *001*⁸¹ por la comisión de torturas a través de sendos cargos de guerra y lesa humanidad. Una *praxis* judicial que, como resulta patente, ha sido replicada por la CPI al imputar a los dos oficiales rusos previamente mencionados tanto por crímenes de guerra como de lesa humanidad por el lanzamiento de misiles.

Como corolario de lo recién expuesto y en aplicación al caso ucraniano, se puede inferir que, a pesar de la existencia de un más que evidente conflicto armado (al igual que otrora en la ex Yugoslavia, Sierra Leona y Camboya) y, con ello, de un poderoso nexo entre el mismo y la mayoría de conductas perpetradas (requisito esencial de los crímenes de guerra⁸²), este hecho no obsta a la persecución de algunas de las conductas en tanto que crímenes de lesa humanidad y en desconexión, por tanto, del factor bélico.

4. Crimen de agresión

A lo largo de la historia, en más bien escasas ocasiones se ha topado la comunidad internacional con una conducta estatal tan indudablemente identificable con la redacción del art. 1 de la Reso-

77 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 18, <https://bibliotecacomplutense.odiotk.es/info/00037865>

78 *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 26 de noviembre de 1968, 754 UNTS, 10823, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20754/v754.pdf>

79 *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokić*, caso núm. IT-02-60-T, sentencia de 17 de enero de 2005, p. 304 (cargos 3 y 4), <https://www.icty.org/en/cases/judgement-list>

80 *The Prosecutor against Augustine Gbao*, caso núm. SCSL-03-09, escrito de acusación de 16 de abril de 2003, párr. 60 (cargos 15 y 16), <https://docs.rscsl.org/document/SCSL-03-09-0009/2524>

81 *The Prosecutor against Kaing Guek alias Duch*, caso núm. 001/18-07-2007/ECCC/TC, sentencia de 26 de julio de 2010, párr. 677, https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/20100726_Judgment_Case_001_ENG_PUBLIC.pdf

82 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Elements of Crimes”, 2011, pp. 9-30, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

lución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU (AGNU), de 14 de diciembre de 1974, *Definición de la agresión*⁸³ (a la que se remite el art. 8.1 *bis* del ECPI en su definición del crimen de agresión) como aquella desplegada por la Federación de Rusia el 24 de febrero de 2022. Y es que el ataque flagrante y sistemático a la “soberanía, integridad territorial e independencia política” ucranianas perpetrado por el Ejército ruso constituye, en virtud del art. 3.a) de dicha resolución (referido particularmente a la invasión y/o consecuente ocupación o anexión), un más que evidente acto de agresión en contravención del art. 2.4 de la Carta de la ONU. En este sentido, no resulta sorprendente que la abrumadora cifra de 141 Estados otorgase tal calificación a la invasión rusa en el seno de la AGNU a través de la ya histórica Resolución ES-11/1, de 2 de marzo de 2022, *Agresión contra Ucrania*⁸⁴. Un ímpetu que no se dejó ver, sin embargo, ocho años atrás cuando la misma Rusia invadió y ocupó Crimea –igualmente calificable como acto de agresión–.

Como consecuencia, igualmente se ha referido la comunidad internacional a la participación de Bielorrusia en el mencionado acto⁸⁵, en tanto que Estado prestador de ayuda y asistencia a efectos de la comisión del hecho internacionalmente ilícito principal (art. 16 del *Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado*). Con todo, la actuación bielorrusa relativa a la puesta a disposición de su territorio para permitir que Rusia, entre otras actuaciones, dispere misiles balísticos o transporte armas pesadas, personal y vehículos militares hacia Ucrania⁸⁶, se adecúa a la conducta prevista en el art. 3.f) de la propia Resolución 3314 (XXIX), siendo constitutiva de un acto de agresión *per se*. En este sentido, resulta interesante preguntarnos, a lo largo del siguiente capítulo, acerca de los efectos de la traducción de una y otra calificación jurídica a efectos de responsabilidad penal individual: por un lado, en el marco de la complicidad si se opta por la *participación* de Bielorrusia en el ilícito ruso; y por otro, a efectos de autoría en el caso de calificar la conducta bielorrusa como “acto de agresión”⁸⁷.

III. EL PRIMER BASTIÓN: LAS JURISDICCIONES NACIONALES

La ratificación por parte de los Estados, en el ejercicio de su soberanía, de los diversos instrumentos internacionales que tipifican las conductas humanas más deleznable ha dado lugar, como ya se apuntó en relación con los Convenios de Ginebra, al fenómeno conocido en términos anglosajones como “*the domestication of international law*”⁸⁸. Y es que, como se des-

83 AGNU: A/RES/3314 (XXIX), “Definición de la agresión”, 14 de diciembre de 1974, <https://digitallibrary.un.org/record/190983?ln=es>

84 AGNU: A/RES/ES-11/1, “Agresión contra Ucrania”, 2 de marzo de 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=es>

85 *Consejo de la Unión Europea*, “El papel de Bielorrusia en la agresión militar rusa contra Ucrania: el Consejo impone sanciones a otras 22 personas y nuevas restricciones al comercio”, 2 de marzo de 2022, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/03/02/belarus-role-in-the-russian-military-aggression-of-ukraine-council-imposes-sanctions-on-additional-22-individuals-and-further-restrictions-on-trade/>

86 *Ibidem*.

87 A efectos de extensión, no se procederá a analizar el posible enjuiciamiento del crimen de agresión bielorruso de acuerdo con su sistema judicial en virtud del principio de personalidad activa.

88 CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos estatales: de la aplicación indirecta y directa del derecho internacional por el juez español”, *FORO*.

prende, el compromiso de “domesticar” los crímenes internacionales a través de la adopción de medidas legislativas en la órbita interna⁸⁹ genera una duplicidad en la tipificación de un determinado comportamiento tanto a nivel internacional como nacional. Como consecuencia de este fenómeno, el “conflicto de jurisdicciones”⁹⁰ o solapamiento en la competencia de los distintos órganos judiciales llamados a conocer de la presunta ilicitud del mismo viene de suyo. No obstante, la disciplina del DIP ha sabido encauzar con agudeza un salvoconducto ante esta superposición de jurisdicciones: el principio de “complementariedad”, que hace hincapié en el deber primario de las jurisdicciones penales de los Estados de perseguir y enjuiciar la comisión de crímenes internacionales sobre los que sean competentes.

1. Las jurisdicciones ucraniana y rusa

En este orden de ideas, la aplicación del principio de complementariedad en el conflicto ruso-ucraniano entraña la ineludible labor de analizar la primera línea de defensa contra la impunidad de los crímenes internacionales presuntamente cometidos durante el mismo: los tribunales nacionales tanto ucranianos –en virtud del principio de territorialidad⁹¹ (art. 6.1 del Código Penal de la República de Ucrania (CPRU), de 5 de abril de 2001⁹²)– como rusos –en atención tanto al principio de territorialidad⁹³ como de nacionalidad activa y a la “contrariedad a los intereses de la Federación de Rusia” (arts. 11.1, 12.1 y 2⁹⁴ y 12.3, respectivamente, del Código Penal de la Federación de Rusia (CPFR), de 13 de junio de 1996⁹⁵)–. Y es que el propio fiscal de la CPI, K. Khan, ha instado a los órganos judiciales de ambos Estados a satisfacer esta obligación primaria de enjuiciamiento⁹⁶.

Por ende, se abordará primeramente el grado y la calidad de tipificación de que gozan los crímenes internacionales objeto de estudio en la legislación penal ucraniana y rusa para analizar, a continuación, la existencia o ausencia de investigaciones y procesos penales internos

Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, núm. 14, 2011, pp. 167-193, p. 178, <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/38997>

89 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 159.

90 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 2001, p. 157.

91 CASSESE, A., *The Oxford companion to international criminal justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 123, <https://opil-oup.com.bucm.idm.oclc.org/display/10.1093/law/9780199238323.001.0001/law-9780199238323>

92 Criminal Code of Ukraine of 5 April 2001, The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), núm. 25–26, Art. 131, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/2341-14#Text>

93 La atribución competencial a los tribunales rusos en virtud del principio de territorialidad obedece a lo expuesto en el capítulo previo, habiéndose reportado la comisión de crímenes internacionales también en su propio territorio.

94 El art. 12.2 prevé expresamente la responsabilidad criminal de los miembros de las unidades militares de la Federación de Rusia que cometan crímenes en el territorio de terceros Estados.

95 Código Penal de la Federación de Rusia, de 13 de junio de 1996, núm. 63-FZ, <http://government.ru/docs/all/96145/> [Traducción propia]

96 *Europa Press*, “El TPI recuerda a Kiev y Moscú que puede juzgar actos de genocidio o crímenes de guerra en Ucrania”, 25 de febrero de 2022, <https://www.europapress.es/internacional/noticia-tpi-recuerda-kiev-moscu-puede-juzgar-actos-genocidio-crimenes-guerra-ucrania-20220225132718.html>

al respecto –relegándose el estudio de su eventual adecuación a los requisitos y estándares pregonados por el ECPI al capítulo relativo a la CPI–.

A) LA JURISDICCIÓN UCRANIANA

La introducción *ex novo* en 2001 de la “Sección XX” en el CPRU, bajo la presidencia de L. Kuchma, propició el alineamiento del Estado ucraniano con sus obligaciones internacionales de transposición respecto de los diversos instrumentos internacionales ratificados, añadiendo a su articulado un total de trece nuevos delitos con un bien jurídico protegido en común: la paz, la seguridad de la humanidad y el derecho y el orden internacionales⁹⁷.

a) Crímenes de guerra

La obligación de tipificación y sanción impuesta por el Derecho de Ginebra a sus Estados Partes en relación con las infracciones graves al DIH ha entrañado el desarrollo de diversas técnicas de penalización interna: bien por medio de la adopción de una ley específica e independiente del Código Penal o Militar de que se trate, bien a través de la inserción de normas, secciones, títulos o capítulos en los mismos⁹⁸.

En el caso ucraniano, la apuesta por la segunda de las opciones resulta clara. Por un lado, bajo el título de “Crímenes contra el orden establecido del servicio militar” se contienen, en la Sección XIX del CPRU, el hecho de infligir violencia contra la población en la zona de comisión de las hostilidades (art. 433) y malos tratos a los prisioneros de guerra (art. 434), así como el uso ilegal e indebido de los símbolos de la Cruz Roja, la Media Luna Roja y el Cristal Rojo (arts. 435 y 445)⁹⁹. La ya mencionada Sección XX tipifica como crímenes de derecho interno, por otro lado, la violación de las leyes y costumbres de la guerra (art. 438), el uso de armas de destrucción masiva (art. 439) y su desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, venta y transporte (art. 440)¹⁰⁰.

En lo relativo al concreto sistema de imputación empleado, en la mayoría de casos el legislador ucraniano ha optado por aquel de carácter específico, consistente en la transcripción en la norma interna de las infracciones graves previstas por los Convenios de Ginebra y el Protocolo I.

97 POPOVYCHUK, V. O., “Definición de la categoría de “crímenes contra la paz, la seguridad humana y el derecho y el orden internacionales”, *Revista de la Universidad de Derecho de Kiev*, núm. 3, 2015, pp. 320-323, p. 320, http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&S21P03=FILE=&S21STR=Chkup_2015_3_76 [Traducción propia]

98 BARRETO ARDILA, H., “Globalización del DIH: Penalización de infracciones y violaciones graves al DIH en el derecho interno colombiano”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 21, núm. 67, 1999, pp. 97-117, p. 104, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5312207>

99 POPOVYCHUK, V. O., *op. cit.*, p. 322.

100 *Ibidem*.

No obstante, el art. 438 se aparta de la tónica general y emplea el llamado “sistema de imputación combinada”, que agrega al anterior la técnica de la “imputación global o remisiva” (optando también por esta última el art. 439). Esencialmente, la transposición de la norma internacional en el instrumento interno viene acompañada por una cláusula residual de remisión al Derecho Internacional, favoreciendo la penalización de aquellas conductas que carezcan de imputación y sanción específica¹⁰¹. Y es que este artículo se refiere, tras la enumeración de determinadas conductas, a la criminalización de “*any other violations of the rules of the warfare stipulated by international treaties, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine*”. La inclusión de esta suerte de “cláusula abierta” –altamente frecuente en los ordenamientos internos– favorece la máxima ampliación del espectro de protección al establecer una sanción por aquellas conductas que, en el futuro, lleguen a ser calificadas como “crímenes de guerra” sin necesidad de reformular el artículo.

Empero, emerge como necesario verter algunas críticas acerca de la transposición de las normas analizadas. En primer lugar, destaca la falta de distinción a lo largo y ancho del articulado entre los conflictos armados internacionales e internos, contraviniendo el espíritu del Derecho de Ginebra. Además de la evidente falta de seguridad jurídica que propugna la cláusula de remisión mencionada, si se toman como ejemplo los arts. 438 y 433, el recurso a conceptos tan ambiguos como el “trato cruel” o la “violencia contra la población”, si bien trata de dilatar al máximo el ámbito de protección a través de conceptos genéricos, origina un margen de interpretación subjetivo excesivamente amplio por parte del juez ucraniano a la hora de determinar la responsabilidad criminal¹⁰², pudiendo arrojarse resultados diametralmente dispares según el caso concreto. Destaca igualmente la doble penalización de ciertas conductas como la relativa a los malos tratos a prisioneros de guerra (prevista en términos *quasi* idénticos en los arts. 434 y 438, si bien con penas de cárcel llamativamente dispares¹⁰³), o el requerimiento del elemento subjetivo del tipo relativo a la obligación de realizar trabajos forzados en el delito de deportación (art. 438).

Gravemente destacable resulta, por añadidura, la no inclusión en el art. 49.5 del CPRU –que regula la imprescriptibilidad de ciertos delitos– de las conductas prohibidas por los arts. 433, 434, 435, 440 y 445, a pesar de ser Ucrania Estado Parte de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, como ya se apuntó *supra*.

101 BARRETO ARDILA, H., *op. cit.*, p. 105.

102 En relación con la responsabilidad por la comisión de los crímenes internacionales tipificados en el CPRU, emerge como imprescindible referir la enmienda introducida a través del nuevo art. 43-1, que dota de *combat immunity* a las personas (incluida la población civil) que cometan actos *a priori* ilícitos de conformidad con el Código, siempre que estos se dirijan contra personas implicadas en la agresión armada a Ucrania y que la actuación haya sido llevada a cabo “*in the absence of signs of tortures or application of the means of warfare prohibited by international law, other violations of the laws and customs of war provided by international treaties which consent to be bound is provided by the Verkhovna Rada of Ukraine*”. BONDARENKO, O., REZNIK, O. y UTKINA, M., “Novelization of the Criminal Code of Ukraine during the 2022 Russian invasion”, *Journal of International Legal Communication*, vol. 4, núm. 1, 2022, pp. 31-38, pp. 33-34, <https://jilc.e-science.space/wp-content/uploads/2022/06/JILC-2022-4-1-031-038-Bondarenko.pdf>

103 El trato cruel a los prisioneros de guerra se encuentra penado, en caso de optar por el art. 434, con una pena de cárcel de hasta tres años; mientras que, si se enjuiciase bajo el art. 438, la pena prevista se encontraría entre los ocho y doce años de cárcel.

En suma, el CPRU no ha logrado acoger el DIH en su seno con el suficiente rigor jurídico, aunando consecuentemente bajo el mismo rango de penas un amplísimo espectro de conductas que difieren enormemente en su gravedad. En este sentido, y como afirman tanto la Comisión de Investigación¹⁰⁴ como expertos doctrinales ucranianos, emerge como necesario detallar y diferenciar los crímenes de guerra, así como armonizar sus características con aquellas plasmadas en el ECPI¹⁰⁵.

Empresa que, sin embargo, ya fue iniciada en mayo de 2021 a través de la adopción parlamentaria del Proyecto de Ley núm. 2689 “*On Amendments to Certain Legislative Acts on the Enforcement of International Criminal and Humanitarian Law*”¹⁰⁶. A pesar de la inconmensurable importancia de la reforma penal inserta en dicho proyecto de ley, que atraviesa diametralmente al CPRU alineando sus disposiciones con la legislación internacional relativa no solo a los crímenes de guerra, sino también a los de genocidio, lesa humanidad y agresión (cuyo estudio se expondrá a continuación), resulta absolutamente inconcebible, de acuerdo con Y. V. Orlov y N. A. Pribitkova, que a día de hoy el presidente V. Zelenski no haya estampado todavía su firma en el mismo, impidiendo consecuentemente su publicación y entrada en vigor¹⁰⁷.

Un estancamiento legislativo incomprensible que, sin duda, merma la calidad jurídico-internacional de los procesos internos contra milicias rusas que ya comenzaron a sustanciarse desde los albores de la invasión en mayo de 2022¹⁰⁸. Habiendo logrado el sistema ucraniano procesar y condenar a 53 de los 207 soldados rusos acusados de la comisión de los mismos, según datos de julio de 2023¹⁰⁹, es sin duda en la categoría de crímenes de guerra donde los tribunales nacionales han centrado su competencia enjuiciadora.

b) Crimen de genocidio

El “crimen entre los crímenes” goza, a diferencia de sus predecesores, de una transposición de alta calidad jurídica en la legislación ucraniana. Y es que el art. 442 del CPRU replica con fidelidad el contenido de los arts. II y III de la Convención contra el Genocidio y del art. 6 del ECPI.

Bajo dicha calificación jurídica se han iniciado, de acuerdo con el actual fiscal general de Ucrania A. Kostin, investigaciones relativas a procesos por genocidio¹¹⁰. Retomando lo ex-

104 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/78/540 *op. cit.*, párr. 111, apartado d).

105 ORLOV, Y. V. y PRIBITKOVA, N. A., “Guerra y política penal de Ucrania: retos y respuestas”, *Derecho y Seguridad*, vol. 85, núm. 2, 2022, pp. 40-49, p. 45, <https://doaj.org/article/8e4359aebd9841448d074c-19183da762> [Traducción propia]

106 *Human Rights Watch*, “Ukraine: International Crimes Bill Adopted: Law Could Strengthen Effective Prosecution of War Crimes”, 21 de mayo de 2021, <https://www.hrw.org/news/2021/05/21/ukraine-international-crimes-bill-adopted>

107 ORLOV, Y. V. y PRIBITKOVA, N. A., *op. cit.*, p. 45.

108 NURIDZHANIAN, G., “Ensuring fairness of war crime trials in Ukraine”, 2023, pp. 1-12, p. 3, <https://ssrn.com/abstract=4565541>

109 *Ibidem*.

110 *Ukrinform*, “Ukrainian law enforcement officers record more than 300 cases of genocide”, 1 de noviembre de 2022, <https://www.ukrinform.net/rubric-ato/3605179-ukrainian-law-enforcement-officers-record-more-than-300-cases-of-genocide-top-prosecutor.html>

puesto en el capítulo anterior acerca de la particular dificultad probatoria de la *mens rea*, y siendo aún demasiado pronto para determinar si los tribunales ucranianos han optado por la tesis de la necesaria “política estatal” o, por el contrario, de la inferencia de la intención a través del conjunto de hechos, las palabras del fiscal parecen apuntar *a priori* a la primera de las opciones: “*about 300 Russian prisoners of war [...] were asked, in particular, about how they understood the concept of “denazification and demilitarization of Ukraine”*”¹¹¹. Y es que la estrategia en la búsqueda de pruebas tendentes a la afirmación de la existencia de una política estatal última de sello ruso a través de la interrogación de los soldados de rango inferior parece desprenderse de tales declaraciones¹¹².

En relación con la modalidad de “incitación pública al genocidio” previamente calificada, igualmente se encuentra penada por el art. 442.2 del CPRU, de un modo incluso más detallado que su homólogo en la Convención contra el Genocidio (art. III, apartado c)), puesto que el primero castiga además la producción en aras de su distribución, así como la propia distribución, de cualquier tipo de material incitador. Y es precisamente la inclusión de esta modalidad la que permitió el engrosamiento de los cargos por los que fue acusado y enjuiciado *in absentia*¹¹³ el periodista ruso A. Krasovsky ante el Tribunal del Distrito de Shevchenkivskiyi de Kiev¹¹⁴, constituyendo esta una de las dos condenas relativas al crimen de genocidio (en la modalidad de incitación pública y directa) dictadas por tribunales ucranianos en el marco del conflicto hasta la fecha¹¹⁵.

c) *Crímenes de lesa humanidad*

Basta una sucinta lectura del CPRU para percibir que este tipo de crímenes no se encuentran fundamentados en él de manera teórica ni práctica¹¹⁶. Tan solo se logra advertir la tipificación de algunas de las diversas conductas, individualmente consideradas, que conforman el conjunto de crímenes de lesa humanidad –*i. e.*, el asesinato (art. 115) o la tortura (art. 127)–. A estos efectos, la consideración individualizada de dichos delitos entrañaría dos graves consecuen-

111 *Ibidem*.

112 Para K. Ambos, la responsabilidad de los autores de bajo rango en el crimen de genocidio viene precisamente dada por el conocimiento de que estos “forman parte de la campaña genocida y que, por tanto, contribuyen a la materialización de la intención colectiva de destruir”. AMBOS, K., “¿Qué significa la... *op. cit.*, p. 56.

113 El art. 323.3 del Código de Procedimiento Penal de Ucrania, de 13 de abril de 2012, permite el enjuiciamiento *in absentia* por crímenes de genocidio, agresión y determinados crímenes de guerra. Criminal Procedure Code of Ukraine of 13 April 2012, The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), núm. 9–10, núm. 11–12, núm. 13, Art. 88, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/4651-17#Text>

114 SALII, I. y CRUVELLIER, T., *Justiceinfo*, “Ukrainian justice sanctions “incitement to genocide”, 21 de abril de 2023, <https://www.justiceinfo.net/en/115750-ukrainian-justice-sanctions-incitement-to-genocide.html>

115 *European Pravda*, “Why Ukraine Needs to Change its Approach to Punishing Russian Propagandists for Incitement to Genocide”, 30 de noviembre de 2023, <https://www.eurointegration.com.ua/eng/news/2023/11/30/7174637/>

116 TOROSH, S. O., “Legal mechanism of solving crimes against humanity: historical and theoretical aspects”, *Boletín de la Universidad Nacional Politécnica de Lviv*, núm. 827, 2015, pp. 258-264, p. 260, <https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/jun/4854/torosh.pdf> [Traducción propia]

cias: en primer lugar, estos serían susceptibles de ser amnistiados y, en segundo, ninguno de ellos se encontraría sujeto al régimen de imprescriptibilidad previsto en el art. 49.5 del CPRU (tan solo reservado a *determinados* crímenes de guerra, al crimen de genocidio y al crimen de agresión).

Como posible vía alternativa para dotar de una mínima penalización a ciertas modalidades de crímenes de lesa humanidad y evitar su eventual prescripción y amnistía, no resultaría descabellado que los tribunales ucranianos aprovecharan el cierto solapamiento existente entre esta categoría y los crímenes de guerra¹¹⁷. No obstante ello, la opción por esta rudimentaria vía, carente de absoluto rigor jurídico, resultaría del todo indeseable al obviar los elementos específicos requeridos por el crimen de lesa humanidad y, en consecuencia, al no reflejar su especial gravedad en la imposición de la pena.

No siendo siquiera posible una interpretación del precepto interno conforme al Derecho Internacional porque, simple y llanamente, no existe tal, M. Ollé Sesé enuncia la tipicidad en Derecho Internacional de “todo *crimen internacional de primer grado* que esté prohibido por una norma previa *ius cogens*” (siempre que sus elementos se hallen descritos con la debida claridad e inteligibilidad) con independencia de que este se encuentre prohibido o no en el ordenamiento interno¹¹⁸. A estos efectos, la laxación del principio *nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege*¹¹⁹ y su sustitución en Derecho Internacional por la fórmula *nullum crimen sine iure*¹²⁰ permitiría el enjuiciamiento en sede ucraniana de tales crímenes de lesa humanidad, tomando como pena de referencia aquella correspondiente a los “delitos subyacentes” tipificados en el ordenamiento interno a través de los cuales se instrumentan dichos crímenes¹²¹ (en el caso ucraniano, el asesinato, la tortura, etc., individualmente considerados). Pena que, no obstante, no tomaría en cuenta las características especialmente graves de los crímenes de lesa humanidad, resultando además digno de análisis el rol que desempeñaría la prescripción de dichos “delitos subyacentes” en relación con la aplicabilidad de sus penas.

No obstante, la práctica de los tribunales ucranianos refleja una tendencia muy distinta a las recién expuestas. Y es que, de acuerdo con la OACNUDH, investigadores y fiscales ucranianos han clasificado algunos de los actos contenidos en el previamente mencionado art. 438 del CPRU como “crímenes de lesa humanidad”, incurriendo en una clasificación conductual errónea y jurídicamente inadmisibles al no referenciar siquiera los elementos contextuales de dichos crímenes¹²².

117 *V. gr.*, el previamente mencionado art. 438 del CPRU incluye la criminalización de la deportación de población civil en aras de su sometimiento a trabajos forzados, conducta a la que se refiere precisamente el art. 7.1.d) del ECPI.

118 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, pp. 179-180.

119 CRISTÓBAL TÁMARA, T., “El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, vol. 12, núm. 14, 2020, pp. 249-266, pp. 257-258, <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/267/412>

120 *Ibid.*, p. 183.

121 *Ibid.*, pp. 178 y 180.

122 OHCHR, “Report on the Human Rights situation in Ukraine: 1 February to 31 July 2023”, 4 de octubre de 2023, párr. 123, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/23-10-04-OHCHR-36th-periodic-report-ukraine-en.pdf>

d) *Crimen de agresión*

La tipificación del crimen de agresión en el art. 437 del CPRU resulta excesivamente pobre en comparación con la definición jurídica del mismo contenida en los instrumentos internacionales actuales. Y es que dicho precepto se limita a penalizar la planificación, preparación, desencadenamiento o conducción de una “guerra de agresión o conflicto armado” (además de los actos de conspiración a tal efecto) sin siquiera definir tal elemento del tipo ni remitir su interpretación a instrumento internacional alguno. No obstante, y sin perjuicio de la ausencia de referencia expresa, como apunta G. Werle en atención a la “sustancia y origen” internacional de la legislación de implementación, la interpretación de esta última debería llevarse a cabo conforme al Derecho Internacional¹²³. Una interpretación que no debe ser tomada como vía para eludir la diametral revisión de que requiere este artículo, al objeto de regular cuestiones virtualmente significativas como la definición del concepto de “guerra de agresión”, la utilización de asociaciones paramilitares, grupos armados ilegales o empresas militares privadas o la puesta a disposición del territorio del propio Estado en beneficio del agresor¹²⁴ (en referencia directa a Bielorrusia).

No obstante lo recién expuesto, lo cierto es que se están llevando a cabo investigaciones al respecto en sede ucraniana¹²⁵ en virtud del principio de territorialidad¹²⁶, si bien lo más certero sería inferir que estas mantienen en su punto de mira exclusivamente a soldados de medio y bajo rango en tanto que “conductores” de tal guerra de agresión. Y es que tanto la *troika* (jefe de Estado, jefe de Gobierno y ministro de Asuntos Exteriores) rusa (conformada por V. Putin y S. Lavrov) como bielorrusa (concretamente, A. Lukashenko y S. Aleinik) gozarían en todo caso de inmunidad de jurisdicción personal y absoluta ante tribunales penales extranjeros en virtud del derecho consuetudinario. El régimen de las inmunidades jurisdiccionales en Derecho Internacional resulta muy claro al respecto: suficientemente tajante resultó la CIJ en el *Asunto de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* al sentenciar que “*it is firmly established that [...] certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal*”¹²⁷, en virtud del principio *par in parem non habet imperium*. Una inmunidad que, sin embargo y como se abordará en el Capítulo IV, no opera ante tribunales penales internacionales tales como la CPI.

123 WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 78, <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788490041116>

124 ORLOV, Y. V. y PRIBITKOVA, N. A., *op. cit.*, p. 43.

125 *Ibid.*, p. 42.

126 El *Manual de ratificaciones e implementación de las Enmiendas de Kampala* dispone explícitamente que “todos los Estados que tipifican como crimen la agresión incluyen su competencia respecto a la agresión cometida en su territorio”. FERNÁNDEZ PONS, X., “El crimen de agresión en las jurisdicciones penales nacionales”, en SALINAS DE FRÍAS, A., PETIT DE GABRIEL, E. W. (dirs.), GARCÍA ANDRADE, P. y ÁLVAREZ ARCÁ, I. (coords.), *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 139-172, p. 159, <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413554297>

127 *Arrest Warrant of 11 April (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, *ICJ Reports* 3, párr. 51, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>

No obstante, la inmunidad de jurisdicción en sede extranjera no entraña que las altas cúpulas rusa y bielorrusa se encuentren blindadas *ad eternum*, puesto que en el momento en que dejasen de ostentar dichos cargos la inmunidad personal caería por su propio peso, pasando a estar únicamente amparados bajo la llamada “inmunidad funcional” (esto es, aquella de la que gozan los funcionarios estatales por actos oficiales¹²⁸), cuya inaplicabilidad al enjuiciamiento de crímenes internacionales incluso en sede extranjera es objeto de un amplio reconocimiento¹²⁹.

Corresponde en este punto retomar el estudio de las posibles modalidades de responsabilidad criminal de la *troika* bielorrusa, apuntada en el Capítulo II, sección cuarta, con arreglo a la legislación penal ucraniana. Y es que en caso de calificar la conducta bielorrusa como un “acto de agresión” por sí mismo, A. Lukashenko y S. Aleinik serían encausados en calidad de autores (art. 27.2 del CPRU); mientras que, en caso de tomarse esta como una participación en el acto de agresión ruso, la responsabilidad criminal de los mismos vendría encauzada a través de la complicidad (art. 27.5 del CPRU). Si bien el legislador penal ucraniano no estableció variaciones específicas en la imposición de la pena en atención a la concreta modalidad de responsabilidad (arts. 29.1 y 29.2, respectivamente), el art. 68.2.a) establece que el juez deberá tomar en cuenta, en el caso de la complicidad, “*the nature and the degree of each person’s participation in the criminal offense*”.

En suma, y habiendo desbaratado el obstáculo relativo a la inmunidad funcional, el eventual procesamiento de los previamente mencionados una vez abandonasen el cargo se llevaría a cabo, en todo caso, *in absentia*¹³⁰, a la luz de la escasa posibilidad de arresto. Sin embargo, la cada vez más aclamada apuesta por la creación de un tribunal internacional *ad hoc* que se encargue de enjuiciar en exclusiva el presunto crimen de agresión¹³¹ torna este escenario aún más remoto.

B) LA JURISDICCIÓN RUSA

El CPFR, adoptado bajo la presidencia de B. Yelstin, contiene la tipificación de *determinados* crímenes internacionales en el Capítulo 34 de la Sección XII, bajo el título “Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”.

128 PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, 1ª ed., Brill, 2014, p. 14, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/reader.action?docID=1875438>

129 FOAKES, J., *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, 1ª ed., Oxford University Press, 2014, p. 205, <https://opil-oup.com/bucom.idm.oclc.org/display/10.1093/law/9780199640287.001.0001/law-9780199640287>

130 *Vid. supra* nota al pie núm. 113, p. 21.

131 PARLAMENTO EUROPEO: 2022/3017 (RSP), “Sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania”, 19 de enero de 2023, *DOUE*, Serie C, núm. 214, de 16 de junio de 2023, pp. 109-113, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023IP0015> Para un estudio más detallado acerca de las cuestiones jurídicas relacionadas con la creación de un tribunal especial para Ucrania véase el análisis de K. Ambos en <https://verfassungsblog.de/a-ukraine-special-tribunal-with-legitimacy-problems/>

En virtud de los principios de nacionalidad activa, territorialidad y “contrariedad a los intereses de la Federación de Rusia” mencionados *supra*, la competencia de los tribunales rusos –y, por ende, la aplicación de su legislación penal– se circunscribe, en teoría, a aquellos crímenes internacionales presuntamente cometidos por milicias rusas tanto en Ucrania como en Rusia (y, eventualmente, por autoridades ucranianas en Rusia¹³²). Conviene precisar igualmente que no se procederá a realizar un análisis de la tipificación en sede rusa de los crímenes internacionales de calado similar al expuesto en el caso ucraniano debido a que, en esencia, ambas resultan enormemente similares –y, con ello, también su crítica–.

a) *Crímenes de guerra*

La tipificación de los crímenes de guerra en el CPFR ha sido calificada por G. Esakov como “*a legislative mistake*”¹³³. No solo el escasísimo número de artículos dedicados al respecto llena de contenido dicha afirmación –concretamente, los arts. 355 (relativo al desarrollo, fabricación, almacenamiento, adquisición o venta de armas de destrucción masiva), 356 (dedicado al uso de medios y métodos de guerra prohibidos) y 359 (que castiga el mercenarismo)–, sino que también lo hace el flagrante abuso del sistema de imputación global o remisiva de que se valen los arts. 355 y 356.

Y es que bajo sendas cláusulas de remisión tanto a las armas de destrucción masiva como a los medios y métodos de guerra prohibidos por los tratados internacionales de que sea Estado Parte Rusia se enmascara “*a mixture of the Hague and Geneva law, failure to include customary international law, gaps or overkills in criminalizing acts, failure to differentiate between international and non-international armed conflicts, etc.*”¹³⁴. Sumado a esto, y de nuevo bajo términos de excesiva generalidad (*i. e.*, el “trato cruel” a los prisioneros de guerra y civiles), se trata de transponer las infracciones graves al DIH utilizando la metodología de imputación específica. Como resulta evidente, y al igual que su homólogo ucraniano, la exigua calidad jurídica en la categorización de los crímenes de guerra deriva directamente en un sistema de penas que obvia la diversidad en la gravedad de las conductas.

b) *Crimen de genocidio*

La manifestación del consentimiento prestada por la Federación de Rusia a la Convención contra el Genocidio explica el alineamiento del art. 357 del CPFR con el art. II de la misma, si bien algunas diferencias captan la atención del lector. En primer lugar, la noción de “destrucción” del grupo es sustituida en el precepto ruso por el concepto de “exterminio”, lo que

132 *Vid.* HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 28: “[...] *the next day, a strike in central Belgorod city, in the Russian Federation, reportedly killed 25 persons*”.

133 ESAKOV, G., “Russian Criminal Legislation on Crimes against Peace and the Security of Humankind: A Critical Evaluation”, *Kutafin University Law Review*, vol. 2, núm. 4, 2015, pp. 296-305, p. 304, https://www.academia.edu/48021786/Russian_Criminal_Legislation_on_Crimes_against_Peace_and_the_Security_of_Humankind_A_Critical_Evaluation

134 *Ibidem*.

enfatisa aún más el carácter físico y/o biológico del crimen de genocidio. En segundo lugar, la incorporación *ex novo* de la modalidad relativa a la “reubicación forzada” se da directamente de bruce contra la ausencia de tipificación de la incitación pública y directa al genocidio, vaciando por ende de contenido el art. III, apartado c) de la Convención e imposibilitando, igualmente, el encausamiento de los ciudadanos y autoridades rusas que han llevado presuntamente a cabo esta conducta.

c) *Crímenes de lesa humanidad*

Al igual que su homólogo ucraniano, el CPFRR no contiene una tipificación *ad hoc* de los crímenes de lesa humanidad, lo cual se desprende, de nuevo, de la negativa rusa al ECPI. En su lugar, su articulado criminaliza, de forma individualizada y estanca, algunas de las conductas que conforman esta amplia categoría de crímenes (*i. e.*, los arts. 117, 105 y 301 castigan, respectivamente, la comisión de tortura, asesinato, y detención ilegal). No obstante, y al igual que sucede en el escenario ucraniano, en ningún caso resultaría jurídicamente tolerable la persecución de crímenes de lesa humanidad con arreglo a conductas típicas ordinarias pues, además de no estar sujetas a imprescriptibilidad de conformidad con el art. 78.5 del CPFRR¹³⁵, se estaría vilipendiando su carácter especialmente atroz al obviar precisamente sus elementos caracterizadores. En consecuencia, resultaría inevitable la imposición de penas que no alcanzan a sancionar proporcionalmente la gravedad de la conducta¹³⁶.

d) *Crimen de agresión*

El crimen de agresión, en tanto que “crimen contra la paz internacional”¹³⁷, se encuentra tipificado en el art. 353 del CPFRR, en una redacción que recuerda inevitablemente a la ucraniana. La competencia de los tribunales rusos respecto del crimen de agresión presuntamente cometido por sus propias autoridades se funda, como se apuntó al inicio del capítulo, en el principio de nacionalidad activa (tal y como recogió la Comisión de Derecho Internacional en el art. 8 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996¹³⁸). No obstante, en el plano pragmático el enjuiciamiento de las autoridades rusas resulta inmensamente improbable ante una más que evidente falta de voluntad al respecto por parte del Poder Judicial, sumada además a las inmunidades jurisdiccionales que, al igual que en el resto de Estados, ostenta la *troika* rusa respecto de sus propios órganos judiciales. Una

135 Dicho precepto sí contempla, por el contrario, el carácter imprescriptible de los crímenes de guerra establecidos en el art. 358, del crimen de genocidio y del crimen de agresión.

136 ESAKOV, G., *op. cit.*, p. 298.

137 GRECHENKOVA, O. Y. y KUZMENKO, Y. A., “Characteristics of Certain Crimes Against Peace and Security of Mankind as “Essential Threats”, en POPKOVA, E. G. (ed.), *The Future of the Global Financial System: Downfall of Harmony*, Springer, 2018, pp. 612-621, p. 613, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-00102-5_64

138 FERNÁNDEZ PONS, X., *op. cit.*, p. 158.

inmunidad que, en el caso de V. Putin, fue extendida *propria manu* a golpe de ley federal incluso después de que eventualmente abandonase el cargo¹³⁹.

No obstante lo expuesto en la presente subsección, concerniente a la jurisdicción rusa, el 24 de junio de 2023 el presidente ruso firmó la Ley núm. 270-FZ “*On peculiarities of criminal liability of individuals participating in the special military operation*”, que exime con efecto retroactivo de responsabilidad penal a los militares rusos respecto de una amplísima gama de crímenes –incluyendo potencialmente crímenes de guerra¹⁴⁰–. Se asestaba así el golpe de gracia a una legislación penal que ya de por sí dista enormemente de las exigencias internacionales.

En lo relativo a la existencia de procesos internos, y según atestigua la OACNUDH, no existe evidencia por el momento de la conducción por parte de Rusia de investigaciones o procesos relativos a la perpetración de crímenes internacionales por parte de sus propias tropas y oficiales¹⁴¹ conforme a los principios de nacionalidad activa y territorialidad. *A sensu contrario*, Rusia parece haber concentrado su maquinaria procesal ya desde los albores de la invasión en el encausamiento de prisioneros de guerra y civiles ucranianos¹⁴² en virtud del art. 12.3 del CPFR.

2. El principio de jurisdicción universal

El art. 17.1 del ECPI no reserva exclusivamente la primacía jurisdiccional sobre la Corte a aquellos Estados que, en atención a criterios de atribución de competencia ordinarios tales como el principio de territorialidad o el de nacionalidad activa, resultarían normalmente facultados para conocer del caso concreto (en este caso, Ucrania y Rusia). Por el contrario, el tenor literal del precepto coloca a cualquier Estado “que tenga jurisdicción sobre el caso” en la vanguardia de la lucha contra la impunidad. Esta intencionada ambigüedad en la redacción deja abierta la puerta a uno de los más controversiales resortes de la justicia internacional penal: el principio de jurisdicción universal. Principio al que precisamente hacía referencia el Consejo de la Unión Europea en relación con el conflicto ruso-ucraniano en sus Conclusiones de 9 de diciembre de 2022, al instar a los Estados miembros a permitir “el ejercicio de la jurisdicción universal u otras formas de jurisdicción nacional sobre los crímenes internacionales fundamentales”¹⁴³. Definido por A. Pigrau Solé como “la capacidad de un Estado de someter a sus propias leyes unos hechos respecto de los cuales carece de cualquier vínculo de conexión

139 Ley Federal núm. 462-FZ, de 22 de diciembre de 2020, *sobre las enmiendas al art. 3 de la Ley Federal sobre garantías al presidente de la Federación Rusa, que ha terminado el ejercicio de sus poderes, y miembros de su familia*, <http://government.ru/docs/all/131683/> [Traducción propia]

140 OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2023” *op. cit.*, párr. 129.

141 OHCHR, “Detention of civilians in the context of the armed attack by the Russian Federation against Ukraine: 24 February 2022 to 23 May 2023”, 27 de junio de 2023, párr. 139, https://www.ohchr.org/sites/default/files/2023-07/2023-06-27-Ukraine-thematic-report-detention-ENG_0.pdf

142 OHCHR, “Report on the Human Rights situation in Ukraine: 1 February to 31 July 2022”, septiembre de 2022, párr. 95, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-en.pdf>

143 Consejo de la Unión Europea, “El Consejo adopta unas Conclusiones sobre la lucha contra la impunidad en la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania”, 9 de diciembre de 2022, <https://www.consilium.europa>.

y la atribución a sus tribunales de la capacidad, que puede estar o no sujeta a restricciones, de conocer de los mismos¹⁴⁴, el principio de jurisdicción universal ha sido invocado en el escenario que nos atañe por un gran número de Estados occidentales –Alemania¹⁴⁵, Suecia¹⁴⁶ o Canadá¹⁴⁷–.

Sin duda, la nota característica de la práctica totalidad de las investigaciones iniciadas al amparo del mismo es su carácter *estructural*. Bajo esta denominación se conoce a aquellas investigaciones que no se hallan específicamente centradas en sospechosos concretos, sino en situaciones globales¹⁴⁸ y que, por ende, tienen por objetivo contribuir a los esfuerzos investigativos generales en lugar de devenir en procesos concretos.

Resulta imperativo añadir a dicha circunstancia el hecho de que la mayoría de los modelos de jurisdicción universal que se han manifestado a raíz de la invasión son de carácter restringido –el español o el francés¹⁴⁹– (esto es, se hallan constreñidos por la exigencia de determinados vínculos de conexión entre el foro investigador o enjuiciador y el hecho delictivo) y de que, además, en aquellos de carácter “puro, absoluto o incondicional” –el alemán¹⁵⁰ o el lituano¹⁵¹– (de los cuales no se predica la exigencia de vínculo alguno)¹⁵² continúa existiendo un amplio

[eu/es/press/press-releases/2022/12/09/council-adopts-conclusions-on-the-fight-against-impunity-in-russia-s-war-of-aggression-against-ukraine/](https://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/dgrip/RxDH_3_cast.pdf)

- 144 PIGRAU SOLÉ, A., “La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales”, *RxDH Col·lecció recerca per drets humans*, pp. 21-143, p. 23, https://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/dgrip/RxDH_3_cast.pdf
- 145 *Human Rights Watch*, “Q&A: Justice Efforts for Ukraine”, 29 de marzo de 2023, <https://www.hrw.org/news/2023/03/29/qa-justice-efforts-ukraine>
- 146 PETROVA GEORGIEVA, V., “Un año de guerra. El conflicto armado entre Rusia y Ucrania ante la justicia internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXXIII, núm. 286, 2023, pp. 5-30, p. 15, <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.286.86494>
- 147 TRIAL INTERNATIONAL, “Universal Jurisdiction Annual Review 2023 (UJAR)”, 2023, p. 10, https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2023/11/UJAR-2023_13112023_updated.pdf
- 148 GILCHRIST, H. R., “No Hiding from Justice: Universal Jurisdiction in Domestic Courts”, *Texas International Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2022, pp. 215-238, p. 225, https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/tilj57&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=215
- 149 Code de Procédure Pénale, de 23 de diciembre de 1958, art. 689-11, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/2023-06-14/
- 150 Code of Crimes against International Law of 26 June 2002 (CCAIL), Federal Law Gazette I, p. 2254, art. 5, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.pdf
- 151 Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code of 26 September 2000, No VIII-1968, art. 7.1, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=rivwzvvpvg&documentId=a84fa232877611e5bca-4ce385a9b7048&category=TAD>
- 152 OLLÉ SESÉ, M., “La jurisdicción universal en España por crímenes internacionales de primer grado”, en MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A. (dir.), *Derecho Penal Internacional: Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos*, 1ª ed., Aranzadi, 2022, <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranzadi%2Fmonografias%2F39057%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad6a6a2000001862cbf-2c3103519a2f#sl=e&eid=f054de7a5b9267295b690061a4601175&eat=%5Bbid%3D%222%22%5D&p-g=2&psl=&nvgS=false> [Formato electrónico]

margen de discrecionalidad por parte de la Fiscalía a la hora de decidir la apertura de eventuales investigaciones y/o procesos¹⁵³.

Ante esta tesitura, si bien el rol que pueden llegar a desempeñar los mecanismos de jurisdicción universal en este escenario no debe *a priori* minusvalorarse, lo cierto es que la previsible ausencia de investigaciones y procesos relativos a casos concretos debido tanto al carácter estructural de las investigaciones iniciadas como a la naturaleza restringida de los sistemas de jurisdicción universal invocados parece dinamitar la posibilidad de que surja un eventual solapamiento competencial a tres bandas: entre las jurisdicciones ucraniana y rusa, la CPI y el resto de jurisdicciones nacionales.

No obstante lo anterior, vale la pena detenernos en el análisis de una eventual concurrencia de jurisdicciones derivada en este caso de la activación del principio de jurisdicción universal por multitud de Estados¹⁵⁴. Una concurrencia que vendría dada, tal y como distingue C. Vallejo Peña, en una doble dimensión: vertical (entre tribunales penales internacionales –en este caso, la CPI– y jurisdicciones nacionales) y horizontal (entre las propias jurisdicciones nacionales)¹⁵⁵.

En lo relativo a la concurrencia vertical, será el estatuto de cada tribunal penal internacional el que determine las relaciones de complementariedad y/o subsidiariedad respecto de las jurisdicciones nacionales¹⁵⁶. En tal sentido, y como se apuntó previamente, el ECPI resulta genuinamente claro al respecto al proclamar en su art. 17 que la competencia de la CPI no ostenta prioridad sobre aquella de los tribunales internos¹⁵⁷. Por ende, la competencia de la Corte sobre aquellos casos que hayan sido o estén siendo objeto de investigación y/o enjuiciamiento por parte de las jurisdicciones nacionales en virtud del principio de jurisdicción universal –al igual que ocurre en el caso de las jurisdicciones ucraniana y rusa– quedará determinada a la luz del examen de admisibilidad contenido en dicho precepto. De este modo, y a efectos estructurales, el estudio en detalle de la aplicación del principio de complementariedad a las relaciones entre la CPI y los sistemas de jurisdicción universal invocados en el escenario ruso-ucraniano se remitirá al Capítulo IV, sección segunda, subsección b), apartado c).

Por lo que respecta a la concurrencia horizontal, deben distinguirse a su vez dos tipos de conflictos competenciales: por un lado, entre la jurisdicción territorial y las jurisdicciones de terceros Estados y, por otro, entre estas últimas.

153 *V. gr.*, en el sistema alemán uno de los factores a tomar en cuenta por parte de la Fiscalía es la eventual presencia del sospechoso en su territorio. GALLAGHER, K., “Universal Jurisdiction in Practice: Efforts to Hold Donald Rumsfeld and Other High-level United States Officials Accountable for Torture”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, núm. 5, 2009, pp. 1087-1116, p. 1103, https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/jicj7&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=1087

154 Como asevera M. Ollé Sesé, “el ejercicio jurisdiccional –en la aplicación del principio de justicia universal– es concurrente y no subsidiario respecto de otras eventuales jurisdicciones nacionales y de la CPI, con la única limitación de la existencia de cosa juzgada”. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 393.

155 VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el derecho internacional y en el derecho interno español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 117.

156 *Ibidem*.

157 PETROVA GEORGIEVA, V., *op. cit.*, p. 13.

En el primer caso, y a pesar de no existir obligación legal alguna al respecto, lo usual de acuerdo con la práctica estatal y la *opinio iuris* es que se otorgue preferencia jurisdiccional al Estado del *locus delicti commissi* –en este caso, a los tribunales ucranianos– en atención a la mayor posibilidad de eficacia que ofrece, entre otras, en materia de recopilación de pruebas¹⁵⁸. No obstante, dicha primacía carece de carácter absoluto, pues la misma cederá en favor del resto de foros nacionales amparados en el principio de jurisdicción universal en dos situaciones: en primer lugar, en caso de litispendencia tardíamente sobrevenida (a saber, que el Estado territorial inicie acciones judiciales con posterioridad existiendo ya una causa en un estado procesal más avanzado en otro foro que ha asumido el ejercicio universal)¹⁵⁹; y en segundo, en caso de que “no exista verdadera cosa juzgada y mientras exista inactividad en la investigación y posterior enjuiciamiento por parte del Estado territorial, bien por falta de voluntad, bien por falta de capacidad”¹⁶⁰. Palabras estas últimas que recuerdan indudablemente a la redacción del art. 17 del ECPI, tratándose, por ende, de una subsidiariedad condicionada al cumplimiento de las exigencias de la “buena fe”¹⁶¹ por el *forum loci delicti commissi*, incluso en el caso de que ya exista cosa juzgada –“devaluada, fraudulenta o aparente”¹⁶²–. Y dado que el previamente mencionado art. 17 del ECPI constituye precisamente una guía de ponderación a tales efectos¹⁶³, debemos remitirnos en este punto al examen de complementariedad de la jurisdicción ucraniana plasmado en el Capítulo IV, sección segunda, subsección b), apartado a).

En el segundo caso, no resulta baladí analizar la concurrencia horizontal entre foros amparados en el principio de jurisdicción universal, pues el escenario ruso-ucraniano se ha venido caracterizando precisamente por la activación de una ingente cantidad de los mismos. Dicha concurrencia se resolverá, en línea con el planteamiento de M. Ollé Sesé, a través de la determinación de la jurisdicción más adecuada a tenor del principio *pro actione* y de una interpretación conjunta del Derecho Internacional e interno, esto es, de los criterios de atribución de competencia existentes: personalidad activa, pasiva, protección de los intereses esenciales del Estado, universalidad, buena fe (art. 20.3 del ECPI), debidas garantías en el proceso (art. 17.2 del ECPI) e interés de la justicia¹⁶⁴. Criterios que, en todo caso, deben ser tomados con el fin de otorgar la potestad investigadora y/o enjuiciadora al foro más idóneo en atención a las circunstancias concretas y no como requisitos *ab initio*¹⁶⁵ que dinamiten toda posibilidad de concurrencia de jurisdicciones, dando así lugar a los previamente mencionados sistemas de jurisdicción universal restringidos.

Tal es el caso de España, que se sumó a los esfuerzos de justicia universal de otros Estados ya desde los albores de la invasión a través de la incoación de diligencias por parte de la Audiencia Nacional¹⁶⁶. Unos esfuerzos investigativos que, sin embargo, se dan de bruces contra un

158 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 118.

159 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, pp. 396, 402 y 411.

160 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 120.

161 *Ibid.*, p. 121.

162 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 389.

163 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 121.

164 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, pp. 411, 412, 413 y 417.

165 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 126.

166 *Europa Press*, “La Fiscalía abre diligencias de investigación por la invasión rusa de Ucrania”, 8 de marzo de 2022, <https://www.europapress.es/nacional/noticia-fiscalia-abre-diligencias-investigacion-invasion-rusa-ucrania-20220308142939.html>

“modelo restringidísimo” de jurisdicción universal fruto de un proceso progresivo de desmantelamiento guiado por el oportunismo político y el temor ante un impacto quizás negativo en las relaciones bilaterales del Estado español que culminó con la adopción de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal¹⁶⁷. Y es que del art. 23.4.a) de dicha Ley Orgánica 6/1985 se desprende, en aras de fundamentar la competencia de los tribunales españoles sobre crímenes de “genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, la exigencia de un vínculo de personalidad activa. Vínculo que termina por dinamitar un sistema de jurisdicción universal cercenado en casi todos sus flancos que ni siquiera otorga competencia a los tribunales españoles para enjuiciar la muerte en tanto que crimen de guerra de la única víctima –por el momento– de nacionalidad española en el conflicto: la cooperante Emma Igual¹⁶⁸.

Un modelo que, al igual que sus contrapartes occidentales invocados, difícilmente devendrá en procesos, acusados y condenas concretas en tanto que no acaezca la más que necesaria reforma del controvertido art. 23.4 –que, tras más de una década de protesta e incidencia por parte tanto de la sociedad civil como de la comunidad jurídica, parece comenzar a gestarse a raíz de la proposición de ley presentada exitosamente ante el Pleno del Congreso el 20 de febrero de 2024 por el grupo parlamentario Sumar¹⁶⁹–.

IV. EL SEGUNDO BASTIÓN: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. El iter de las relaciones entre Ucrania y la CPI

La génesis de la interacción entre el país postsoviético y la CPI comenzó el 20 de enero del año 2000, cuando Ucrania estampó su firma en el ECPI¹⁷⁰ para, un año después, introducir en su Código Penal los crímenes internacionales que conformaban precisamente la competencia *ratione materiae* de la CPI (a excepción de, como se apuntó previamente, los crímenes de lesa humanidad). No obstante, hoy en día acudimos a una realidad donde, más de 24 años después, Ucrania no es Estado Parte del ECPI al no haberlo ratificado. Ciertas inconsistencias con su Constitución –a día de hoy resueltas¹⁷¹– parecen explicar este hecho, al que se suman, con alta probabilidad,

167 Para un análisis crítico de la citada Ley española, véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 4, núm. 5, 2014, pp. 161-173, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/25723/1/Articulo%20Reforma%20JU-Revista%20DPyC%20Argentina.pdf>

168 *El Mundo*, “España pide a la Corte Penal Internacional que investigue el asesinato de Emma Igual como “crimen de guerra”, 13 de septiembre de 2023, <https://www.elmundo.es/espana/2023/09/12/6500a90de85e-ce213c8b45a0.html>

169 *Demócrata*, “El Congreso toma en consideración la proposición de ley de Sumar para recuperar la jurisdicción universal”, 21 de febrero de 2024, <https://www.democrata.es/actualidad/el-congreso-toma-en-consideracion-la-proposicion-de-ley-de-sumar-para-recuperar-la-jurisdiccion-universal/>

170 https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=_en

171 GLOBAL RIGHTS COMPLIANCE, ASSER INSTITUTE, “Quick sheet: Ukraine and the International Criminal Court”, septiembre de 2021, <https://www.asser.nl/media/795261/quick-sheet-ukraine-and-the->

los constantes virajes de signo que ha experimentado la política ucraniana en las dos décadas posteriores y que han imposibilitado el sostenimiento de una postura firme respecto de la Corte.

En esta tesitura, el *iter* que ha regido las relaciones entre Ucrania y la máxima institución de justicia internacional penal podría de buena manera considerarse un “híbrido” de situaciones ya vistas con anterioridad. La estrategia relativa a la aceptación de la competencia de la Corte a través de la emisión de declaraciones *ad hoc* en virtud del art. 12.3 del ECPI, que ya había sido esgrimida por Costa de Marfil (en 2003, 2010 y 2011)¹⁷² y Palestina (en 2009)¹⁷³, fue replicada por Ucrania hasta en dos ocasiones. La primera de ellas, emitida en 2014, coincidió con el Gobierno interino prooccidental de A. Turchnikov, delegando a la Corte competencia sobre los presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos durante las protestas del Euromaidán entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014¹⁷⁴. La segunda, emitida esta vez bajo la presidencia de P. Poroshenko en 2015, ampliaba el espectro material y temporal de la primera a aquellos crímenes de guerra y lesa humanidad presuntamente perpetrados en el marco de la ocupación de Crimea y la Guerra del Donbás desde el 20 de febrero de 2014 en adelante¹⁷⁵. A través de dichas declaraciones se dotaría de competencia a la Corte sobre aquellos crímenes internacionales cometidos en el territorio del Estado emisor de las mismas, con independencia de la nacionalidad de los perpetradores (en virtud del art. 12.2.a) del ECPI). Ante estos hechos, resulta notable que en 2016 Rusia retirase su firma del ECPI¹⁷⁶, posiblemente en un fútil intento de blindaje jurisdiccional.

Sea como fuere, la entonces fiscal de la CPI, F. Bensouda, decidiría el 25 de abril de 2014 iniciar *motu proprio* un examen preliminar sobre la situación en Ucrania¹⁷⁷, al objeto de determinar la procedencia de la apertura de una investigación al respecto y en provecho de la aceptación de la competencia de la Corte por parte del Estado afectado, de conformidad con el art. 15.1 y 2

[icc-final.pdf](#)

- 172 PÉREZ CABALLERO, J., “La Corte Penal Internacional en Ucrania. Aspectos procesales y materiales de la declaración sobre la crisis del Euromaidán”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014, pp. 77-110, p. 83, http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5005/Corte_penal_Ucrania.pdf
- 173 PALESTINIAN NATIONAL AUTHORITY, Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court, de 21 de enero de 2009, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>
- 174 Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine, “Declaration on the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity, committed by senior officials of the state, which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals during peaceful protests within the period 21 November 2013 – 22 February 2014”, de 25 de febrero de 2014, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationVerkhovnaRadaEng.pdf>
- 175 Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine, “Resolution on the Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine on the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity and war crimes committed by senior officials of the Russian Federation and leaders of terrorist organizations “DNR” and “LNR”, which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals”, de 4 de febrero de 2015, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine
- 176 https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=_en
- 177 BERTOT TRIANA, H., “El escenario judicial y arbitral internacional en el conflicto Rusia-Ucrania”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pp. 31-67, p. 51, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8899926>

del ECPI. Decisión relativa a la apertura de una investigación que, no obstante, requeriría de la ineludible autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, exigida precisamente para evitar una excesiva concentración de poder en las manos de la Fiscalía (art. 15.3 del ECPI)¹⁷⁸.

Anunciada el 28 de febrero de 2022 (una vez iniciada la invasión rusa) la intención por parte del nuevo fiscal, K. Khan, de solicitar dicha autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares a la luz de las conclusiones alcanzadas tras el examen preliminar de su predecesora¹⁷⁹, la comunidad internacional activaría, siguiendo el precedente venezolano¹⁸⁰ y la sugerencia del propio fiscal¹⁸¹, el resorte del art. 14 del ECPI. Y es que, siguiendo la iniciativa lituana, el 2 de marzo de 2022 treinta y nueve Estados Partes de la CPI se sumaron a una remisión conjunta dirigida a la Fiscalía acerca de la situación en Ucrania¹⁸². Una táctica procesal que, de forma inteligente, evitaría la dilación en el inicio de la investigación al eludir la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. No obstante, resulta ciertamente criticable la ausencia de control judicial por parte de dicho órgano en la decisión del fiscal, puesto que este resolverá el eventual inicio de la instrucción sobre la base de, *inter alia*, criterios sumamente metajurídicos¹⁸³ como “el interés de la justicia” (art. 53.1.c) del ECPI¹⁸⁴). Quizás hubiese resultado preferible, en el caso ucraniano, que la apertura de la investigación hubiese sido sustanciada conforme a la vía original (esto es, el inicio de la investigación *ex officio* por parte del fiscal), al objeto de garantizar la primacía del principio de legalidad sobre el de oportunidad¹⁸⁵ y no *a sensu contrario*.

Sin perjuicio de esto último, y a la luz de los acontecimientos, lo cierto es que el fiscal procedió sin demora al anuncio de la apertura de una investigación relativa al caso ucraniano¹⁸⁶, pasando a engrosar la larga lista de situaciones bajo escrutinio de la Corte.

178 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, pp. 180-181.

179 *International Criminal Court*, “Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation”, 28 de febrero de 2022, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>

180 ROHT-ARRIAZA, N. y MARTÍNEZ, S., “Grand Corruption and the International Criminal Court in the “Venezuela Situation”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 17, núm. 5, 2019, pp. 1057-1082, p. 1064, https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/jicj17&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=1057

181 *International Criminal Court*, “Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation”, 2 de marzo de 2022, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>

182 Posteriormente se sumarían a dicha declaración conjunta Japón, Macedonia del Norte, Montenegro y Chile. QUESADA ALCALÁ, C., “La Unión Europea y la Justicia Penal Internacional en Ucrania: Más allá del deber”, *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, núm. 64, 2024, pp. 27-54, p. 34, <https://www.unisci.es/la-union-europea-y-la-justicia-penal-internacional-en-ucrania-mas-alla-del-deber/>

183 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 183.

184 El art. 53.1 del ECPI llama igualmente a la toma en consideración de la eventual existencia de un “fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen competencia de la Corte” (apartado a)) y de la satisfacción de los criterios de admisibilidad consagrados en su art. 17.

185 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 183.

186 *International Criminal Court*, “Statement of ICC Prosecutor... *op. cit.*

2. Análisis de la investigación hasta el momento y perspectivas de futuro

A) SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE CASOS

Sin perjuicio de que K. Khan anunciase la apertura de la investigación con base en las conductas que ya habían sido identificadas en las conclusiones al examen preliminar de diciembre de 2020 (el cual comprendía tan solo los acontecimientos del Euromaidán, la ocupación de Crimea y la Guerra del Donbás)¹⁸⁷, el cambio de dirección en la Oficina de la Fiscalía y el inicio de la invasión rusa precipitaron la inclusión de los hechos acaecidos en el contexto de esta última. De tal modo, la investigación quedaría circunscrita al examen de tres de los cuatro crímenes internacionales que conforman la competencia *ratione materiae* de la Corte: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio (con evidente exclusión del crimen de agresión en virtud del art. 15.5 *bis* del ECPI¹⁸⁸).

En esta tesitura, el ingente número de potenciales crímenes internacionales cometidos desde el 24 de febrero de 2022 requiere de la acción independiente, imparcial y objetiva¹⁸⁹ (si bien enormemente discrecional) de la Fiscalía en aras de la selección y priorización de aquellos casos que, de acuerdo con los criterios previstos por el “*Policy paper on case selection and prioritisation*”, deban ser sometidos a las Salas de la Corte para su enjuiciamiento. A estos efectos, el fiscal tomará en consideración la gravedad de las conductas, los potenciales cargos y el grado de responsabilidad de los perpetradores¹⁹⁰.

En este sentido, el fiscal se decantará por aquellos crímenes más serios que constituyan “*a representative sample of the main types of victimisation*”, en atención a criterios cuantitativos (*i. e.*, número de víctimas) y cualitativos (la especial afectación a los niños, la sistematicidad, la existencia de una política estatal, la integración de elementos de violencia sexual, la vulnerabilidad de las víctimas, etc.)¹⁹¹. Ergo, la inclusión en el *case selection document*¹⁹² de los crímenes de guerra relativos al traslado ilegal de niños ucranianos (art. 8.2.a) vii del ECPI) o a los actos de violencia sexual (art. 8.2.b) xxii y 8.2.e) vi del ECPI), así como los potenciales crímenes de lesa humanidad (art. 7 del ECPI), resulta especialmente previsible.

187 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Report on Preliminary Examination Activities”, 2020, pp. 68-72, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>

188 El art. 15.5 *bis* del ECPI supone uno de los más evidentes talones de Aquiles de la CPI, puesto que deniega su competencia respecto del crimen de agresión cometido por los nacionales o en el territorio de un Estado no Parte en el mismo. De este modo, y al no haber ratificado ni Ucrania ni Rusia el ECPI, las declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte emitidas por Ucrania se resuelven papel mojado en lo relativo al crimen de agresión.

189 AMBOS, K., “Introductory note to Office of the Prosecutor: Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (Int’l Crim. Ct.)”, *International Legal Materials*, vol. 57, núm. 6, 2018, pp. 1131-1145, p. 1138, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CCDEE693BCF6E6B1A6E858851D0CFE08/S0020782918000499a.pdf/office-of-the-prosecutor-policy-paper-on-case-selection-and-prioritisation-intl-crim-ct.pdf>

190 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Policy paper on case selection and prioritisation”, 15 de septiembre de 2016, párrs. 35, 42 y 45, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

191 *Ibid.*, párrs. 38-40 y 45.

192 AMBOS, K., “Introductory note to... *op. cit.*”, p. 1133.

La Fiscalía se centrará además en la persecución de las autoridades de alto rango (art. 28 del ECPI), sin desdeñarse el enjuiciamiento de perpetradores de medio rango de ser necesario para establecer la responsabilidad de los primeros¹⁹³, o incluso de aquellas autoridades de bajo rango cuyas conductas hayan sido particularmente graves o notorias¹⁹⁴, pudiendo generarse en dichos casos un solapamiento competencial con los tribunales nacionales que deberá resolverse a través del principio de complementariedad.

En cuanto a la priorización de los casos seleccionados, la pronta emisión de las mencionadas órdenes de arresto en relación con el traslado ilegal y deportación de menores y con la campaña de ataques contra la infraestructura energética ucraniana denota la evidente prioridad que se ha otorgado a dichas conductas en atención, *inter alia*, a la calidad y cantidad de pruebas incriminatorias al respecto¹⁹⁵ y al impacto de los futuros procesos en la criminalidad de las autoridades rusas¹⁹⁶.

B) EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La relación de casos finalmente seleccionados debe ser sometida, una vez más, al filtro de la admisibilidad, al objeto de dilucidar la existencia de investigaciones o procesos a nivel interno susceptibles de solapamiento con los casos seleccionados¹⁹⁷. Como se desprende del art. 17 –o más bien, de su lectura en un sentido negativo–, para que la CPI se inhiba del conocimiento de aquellos casos que sean “objeto de una investigación o enjuiciamiento” (art. 17.1.a)) por parte de los tribunales competentes o sobre los que estos “hayan decidido no incoar acción penal” tras haber sido objeto de una investigación (art. 17.1.b)), el Estado no solo debe mostrarse dispuesto a llevar a cabo dicha investigación o enjuiciamiento (art. 17.2), sino que también debe ser materialmente capaz de ello (art. 17.3). Igualmente, los apartados c) y d) imposibilitan, respectivamente, la investigación y enjuiciamiento ante la Corte en caso de que “la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia” –dinamitando sin embargo el art. 20.3.b) del ECPI el efecto de cosa juzgada en caso de que tales procesos hubiesen adolecido de independencia o imparcialidad, posibilitando por ende la acción de la CPI¹⁹⁸– o de que el asunto no revista de la gravedad suficiente. En atención al hecho de que la discrecionalidad para determinar la gravedad de un determinado asunto corresponderá en última instancia al fiscal –apartado d)–, conviene centrar el análisis en las tres primeras hipótesis.

a) *En lo relativo a los tribunales ucranianos*

En primer lugar, y en relación con la disposición a investigar y enjuiciar (art. 17.2) y la existencia de sentencias con valor de cosa juzgada (art. 20.3), resulta evidente que, a la luz del

193 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Strategic plan June 2012-2015”, 11 de octubre de 2013, párr. 4.a), <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Strategic-Plan-2013.pdf>

194 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Policy paper on... *op. cit.*, párr. 42.

195 Véase HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 95-102.

196 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Policy paper on... *op. cit.*, párrs. 50-51.

197 DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 983.

198 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 414.

ingente número de procesos incoados por crímenes de guerra, la justicia ucraniana se ha mostrado más que dispuesta a proceder al enjuiciamiento de las milicias *rusas*. Y se hace especial hincapié en el adjetivo *rusas*, puesto que resulta llamativo que la Fiscalía General haya afirmado que las investigaciones sobre las tropas ucranianas por crímenes internacionales vayan a ser pospuestas al período de posguerra¹⁹⁹. Si bien uno de los más recientes informes emitidos por la OACNUDH en relación con la situación ucraniana ha reportado la apertura por parte de las autoridades nacionales de investigaciones relativas a crímenes presuntamente cometidos por sus propias tropas, lo cierto es que el documento apunta a una falta de progreso visible en los mismos²⁰⁰, no habiéndose emitido por el momento veredicto alguno bajo cargos de crímenes de guerra²⁰¹.

Esta orientación unilateral de los procesos judiciales ucranianos se destila igualmente de la Ley de Cooperación ucraniana con la CPI, en vigor desde el 20 de mayo de 2022²⁰², referida exclusivamente a la presunta comisión de crímenes por parte de las tropas rusas²⁰³, o de la participación ucraniana en el Equipo Conjunto de Investigación (JIT, por sus siglas en inglés) en el marco de la Unión Europea, sin ostentar siquiera Ucrania membresía en la misma²⁰⁴. Y es que de tales hechos podría resultar inferible una “falta de disposición a actuar” respecto de las conductas ucranianas en tanto que “demora injustificada” en el sentido del art. 17.2.b) del ECPI.

Más aún, la satisfacción de los requisitos de independencia e imparcialidad pregonados por el art. 17.2.c) del ECPI en la totalidad de procesos ucranianos resulta difícil de sostener, tomando por ejemplo en cuenta las sentencias dictadas contra miembros de los grupos armados afiliados a Rusia en razón de la mera conducción de las hostilidades –en evidente contravención al principio de inmunidad de los combatientes²⁰⁵– o la violación de diversas garantías procesales durante el enjuiciamiento de soldados rusos, tales como el derecho a no declarar contra sí mismos o el axioma penal *non bis in idem*.

199 AMBOS, K., “La persecución penal en Ucrania de crímenes internacionales: ¿Equitativa, independiente e imparcial?”, *Revista Pensamiento Penal*, núm. 425, 2022, pp. 1-3, p. 2, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/La%20persecuci%C3%B3n%20penal%20en%20Ucrania%20de%20cr%C3%ADmenes%20internacionales%20-%20COLUMNNA.pdf>

200 OHCHR, “Report on the Human Rights situation in Ukraine: 1 August to 30 November 2023”, 12 de diciembre de 2023, párr. 82, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2023-12/23-12-12-OHCHR-37th-periodic-report-ukraine-en.pdf>

201 OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2023” *op. cit.*, párr. 122.

202 BERTOT TRIANA, H., *op. cit.*, p. 56.

203 OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2022” *op. cit.*, párr. 94.

204 La Unión Europea ha hecho gala a través de, entre otras, su Agencia para la Cooperación Judicial Penal (*Eurojust*) –cuyo Reglamento fue precisamente reformado tan solo tres meses después del comienzo de la invasión–, de una implicación sin precedentes en lo relativo a la lucha contra la impunidad en el escenario que nos atañe. Un compromiso manifestado no solo a través de la creación del mencionado JIT (integrado por Ucrania, seis Estados miembros de la organización y la propia CPI), sino también de la Base de Datos para la prueba de Delitos Internacionales (CICED) y del Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión (ICPA) a efectos de recopilación de pruebas y apoyo a las investigaciones ya existentes. QUESADA ALCALÁ, C., *op. cit.*, pp. 38, 39 y 46.

205 *Vid. supra* nota al pie núm. 102, p. 19. OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2023” *op. cit.*, párr. 122-124.

Con todo, y en relación con este último aspecto, el examen del cumplimiento de algunas de las garantías del debido proceso debe ser tomado no como causa de (in)admisibilidad *per se*, sino más bien, y de acuerdo con la redacción del ECPI y los *travaux préparatoires* del mismo, como indicador de la intención *bona o mala fide* del Estado para perseguir los crímenes internacionales que sean de su competencia²⁰⁶. Y es que “*the Court is not primarily called upon to decide whether in domestic proceedings certain requirements of human rights law or domestic law are being violated. Rather, what is at issue is whether the State is willing genuinely to investigate or prosecute*”²⁰⁷. Una aproximación que sin embargo no parece haber sido objeto de práctica unívoca por parte de las Salas de la Corte —que han resuelto en ciertas ocasiones la admisibilidad (caso *Saif al-Islam Gaddafi*) y en otras la inadmisibilidad (caso *Abdullah al-Senussi*) de casos a raíz de la infracción de *las mismas* garantías procesales—, conduciendo a la Sala de Cuestiones Preliminares a adoptar el criterio de la distinción entre aquellas violaciones de derechos humanos que no afectan a la naturaleza genuina del proceso de justicia y aquellas otras que sí lo hacen (siendo únicamente las primeras relevantes en el examen de admisibilidad)²⁰⁸.

Criterio este último que, sin embargo, dista enormemente de proveer la necesaria objetividad y congruencia en el análisis del rol de las debidas garantías procesales como causa de (in) admisibilidad, por lo que en el escenario ucraniano la discrecionalidad de los jueces volverá a ser, en este tipo de disyuntivas, el elemento decisivo.

En segundo lugar, y ante la ingente cantidad de potenciales crímenes internacionales registrados, emerge la cuestión relativa a la capacidad de los tribunales ucranianos de hacer frente a tal aluvión de casos con total efectividad y garantías, tomando en cuenta además la flagrante incapacidad enjuiciadora de los tribunales situados en las zonas bajo ocupación rusa (a pesar de continuar ostentando competencia sobre los mismos en virtud del art. 64 del IV Convenio de Ginebra). Tomando en cuenta dicha ocupación *parcial* del territorio ucraniano, puede afirmarse que su sistema judicial se halla también en una situación de incapacidad *parcial*. No obstante, la redacción literal del art. 17.3 del ECPI tan solo permite activar la competencia de la Corte en caso de colapso *total o sustancial* del sistema judicial nacional²⁰⁹, no correspondiéndose por ende con la situación en Ucrania. Si bien, lo cierto es que históricamente la aproximación de la Corte al concepto de “incapacidad” no ha resultado del todo congruente si se compara el espíritu inicial de la redacción del ECPI con la jurisprudencia posterior emanada de sus propias Salas²¹⁰. Y es que la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Saif al-Islam*

206 NABIL JURDI, N., “The Complementarity Regime of the International Criminal Court in Practice: Is it Truly Serving the Purpose? Some Lessons from Libya”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 30, 2017, pp. 199-220, pp. 208-209, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/72162DDA7975EEFAF47820E8A88E8AD3/S0922156516000571a.pdf/div-class-title-the-complementarity-regime-of-the-international-criminal-court-in-practice-is-it-truly-serving-the-purpose-some-lessons-from-libya-div.pdf>

207 *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, caso núm. ICC-01/11-01/11 OA 6, sentencia sobre la apelación de 24 de julio de 2014, párr. 190, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2014_06755.PDF

208 NABIL JURDI, N., *op. cit.*, pp. 209-213.

209 *Ibid.*, p. 215.

210 *Ibid.*, p. 219.

Gaddafi determinó con base en la incapacidad *parcial* del sistema judicial libio su competencia sobre el mismo²¹¹.

Siguiendo el documento emitido por la Oficina de la Fiscalía “*Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*”, lo cierto es que algunos de los indicadores referidos para identificar una situación de “*total or substantial collapse or unavailability of national judicial system*” pueden ser reconocidos en el escenario ucraniano: *i. e.*, la ausencia de tipificación de los crímenes de lesa humanidad en la legislación penal ucraniana o la obstrucción del normal funcionamiento de sus tribunales debido a la situación bélica²¹². Empero, y de acuerdo con N. Nabil Jurdi, “*not any [...] ‘lack of substantive or judicial penal legislation’ or ‘any obstruction by uncontrolled elements’ would render the system unavailable*”²¹³, por lo que ninguna de las mencionadas situaciones ostentaría la suficiente envergadura como para dinamitar total o sustancialmente la capacidad del sistema ucraniano para procesar y sancionar a los perpetradores de crímenes internacionales –que es, en definitiva, el propósito del ECPI–.

Sin embargo, no resultaría descabellado que la Corte estimase –siguiendo el precedente libio– la incapacidad *parcial* del sistema judicial ucraniano como causa de admisibilidad.

b) *En relación con los tribunales rusos*

Como se apuntó en el capítulo previo, la ausencia de procesos en sede rusa dirigidos en contra de sus propios nacionales contrasta con el enjuiciamiento de ucranianos en procesos carentes de los estándares internacionales sobre procesos justos²¹⁴ (especialmente sustanciados ante los cuestionables “órganos jurisdiccionales” de las RPD y RPL²¹⁵). En suma, la insatisfacción de los estándares de imparcialidad e independencia a efectos de los arts. 17.2.c) y 20.3.b) del ECPI en dichos procesos y la ausencia de procedimientos sobre sus propias fuerzas (art. 17.2.b)) denotarían una flagrante indisposición a actuar por parte de Rusia, sumada además a una incapacidad apuntada por la falta de tipificación interna de los crímenes de lesa humanidad e incitación al genocidio (art. 17.3).

c) *En relación con el resto de jurisdicciones nacionales*

Debido al carácter estructural de la práctica totalidad de investigaciones incoadas al amparo del principio de jurisdicción universal y, por ende, a la ausencia de casos concretos, la aplicación del examen de complementariedad contenido en el art. 17 del ECPI a las jurisdicciones de

211 *Ibid.*, pp. 214-215.

212 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “*Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*”, 2003, p. 31, <https://www.legal-tools.org/doc/ff5cf5/pdf>

213 NABIL JURDI, N., *op. cit.*, p. 203.

214 OHCHR, “*Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2022*” *op. cit.*, párrs. 97 y 109.

215 Una sustanciación de procesos que resulta en todo caso contraria a las facultades de la Potencia ocupante al quedar prohibida “la reorganización judicial del territorio ocupado”. MASIDE MIRANDA, L., “*Cuestiones relativas a la occupatio bellica*”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 461-485, p. 480, <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2332/AD-8-26.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

terceros Estados resulta, por el momento, vacua. Y es que, simple y llanamente, aún no existen casos en dichos foros cuya competencia pudiera llegar a ser disputada por la Corte.

Únicamente resultaría susceptible de análisis la investigación iniciada por las autoridades de la República de Lituania en virtud del criterio de personalidad pasiva a raíz de la muerte del cineasta lituano M. Kvedaravičius en el curso del conflicto²¹⁶. No obstante, y a pesar de tratarse de una investigación no de carácter estructural, sino enfocada en una situación concreta e incluso con tres sospechosos ya definidos²¹⁷, el medio o bajo rango de los mismos torna remota la posibilidad de solapamiento con la actividad jurisdiccional de la CPI en atención a los criterios de selección de casos previamente definidos.

C) ACUSACIÓN Y PRÓXIMOS PASOS

De las ya referidas órdenes de arresto emitidas por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 17 de marzo de 2023²¹⁸ y el 5 de marzo de 2024²¹⁹ resulta inferible que la Fiscalía había concluido previamente, y de conformidad con el art. 58.1 del ECPI, la existencia de “indicios racionales de criminalidad”²²⁰ suficientes para ejercer la acusación en relación con la deportación o traslado ilegal de niños ucranianos y con los ataques a la infraestructura energética ucraniana, respectivamente.

En lo relativo a la orden de arresto contra V. Putin, se trata de una acusación contra un jefe de Estado que se sostiene en la jurisprudencia internacional puesto que, de un lado, la CIJ ha señalado expresamente a la CPI como uno de aquellos tribunales penales internacionales donde el principio *par in parem non habet imperium* cae por su propio peso²²¹ y, de otro, la propia Sala de Apelaciones de esta última refirió en el caso del *Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* la no existencia de práctica estatal ni *opinio iuris* que avale la inmunidad jurisdiccional de la *troika* frente a tribunales internacionales en tanto que norma consuetudinaria²²². Siendo el Estado ucraniano plenamente consciente del blindaje jurisdiccional que ostenta el presidente ruso a día de hoy ante sus tribunales internos, ha optado de forma inteligente por renunciar al procesamiento del mismo –que solo podría haber llevado a cabo, *en todo caso*, una vez abandonado el cargo– precisamente para acelerar la mínima posibilidad existente al respecto: el recurso a un tribunal internacional.

Siendo este el escenario al que acudimos actualmente, no resulta en absoluto descabellado que en los meses venideros la Sala de Cuestiones Preliminares II proceda a la confirmación de los

216 TRIAL INTERNATIONAL, *op. cit.*, p. 71.

217 <https://www.ecchr.eu/en/case/kriegsverbrechen-in-mariupol-gerechtigkeit-fuer-litauischen-filmemacher/>

218 International Criminal Court, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir... *op. cit.*

219 International Criminal Court, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei... *op. cit.*

220 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 188.

221 *Arrest Warrant of 11 April (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, *ICJ Reports* 3, párr. 61, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>

222 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso núm. ICC-02/05-01/09 OA2, sentencia de 6 de mayo de 2019, párr. 1, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02593.PDF

cargos de los cuatro encausados, la cual será con alta probabilidad sustanciada *in absentia* (art. 61.2.b) del ECPI) debido a la virtual dificultad en el arresto de los mismos²²³. Por añadidura, resulta ostensible que la Corte haga próximamente públicas nuevas órdenes de arresto, tomando en cuenta el ritmo al que avanza la instrucción.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El transcurso del conflicto armado iniciado el 24 de febrero de 2022 ha venido derramando –y continúa haciéndolo– un extenso reguero de crímenes internacionales tras de sí. El registro de conductas potencialmente calificables como “crímenes de guerra” por parte de las fuerzas rusas y ucranianas ha sido una constante desde el comienzo de la invasión. Igualmente, la construcción jurídica del crimen de agresión por parte de las autoridades rusas y bielorrusas no presenta mayores dubitaciones. En lo relativo a la doble posibilidad de imputación de la comisión de este último por parte de la cúpula bielorrusa bien en grado de autoría, bien en grado de participación en la agresión rusa, lo cierto es que, habiéndose demostrado la ausencia de diferencias ostensibles a efectos de imposición de penas, la imputación de un crimen de agresión propio a las autoridades bielorrusas lanzaría un mensaje notoriamente más contundente y simbólico a efectos disuasivos a futuro.

La caracterización de ciertos crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos por efectivos rusos resulta, en este escenario concreto, ciertamente compleja debido a dos factores claves. En primer lugar, la determinación de la existencia de una política estatal al amparo de la cual dichas conductas hubiesen sido perpetradas constituye un enorme desafío. Y es que no se debe ignorar el hecho de que tanto la OACNUDH como la CPI han requerido de nada menos que dos años de investigación para verificar la existencia de dicha política tan solo en relación con la destrucción de la infraestructura energética ucraniana. En segundo lugar, la calificación jurídica de los crímenes de lesa humanidad se presenta ardua en atención a la dificultad de aislar la conducta concreta de un más que probable nexos con el conflicto armado. No obstante, habiéndose desprendido de la práctica de los tribunales internacionales precedentes la posibilidad y, de hecho, el gran recurso a la imputación de sendos cargos por crímenes de guerra y lesa humanidad a aquellas conductas comunes a ambos, no resulta descabellado apuntar a que en los futuros procesos existirán aún más cargos por estos últimos, tomando además en cuenta el precedente ya sentado por la orden de arresto de 5 de marzo de 2024.

En lo relativo al crimen de genocidio, y sin perjuicio de la potencial imputación de un presunto crimen de incitación pública y directa al genocidio a ciertas personalidades de la sociedad rusa y de la incontestable existencia de conductas por parte de las fuerzas rusas que resultan identificables con el *actus reus* del genocidio, la construcción jurídica del mismo se da de bru-

223 Dicha dificultad quedó evidenciada, en relación con la obligación de colaboración en el arresto por los Estados Partes de la CPI y como señala M. M. Martín Martínez, en “los vaivenes de Sudáfrica ante la posibilidad de que Putin visitara su país con ocasión de la XV cumbre de los BRICS que tuvo lugar a finales de agosto de 2023”. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La Corte Penal Internacional frente al espejo: a 25° años de la adopción del Estatuto de Roma”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 6, núm. 6, 2023, <https://doi.org/10.24215/2618303Xe054>

ces contra una *mens rea* respecto de la cual no existe una opinión doctrinal y jurisprudencial unánime, por lo que la concurrencia de esta última dependerá, en ulterior instancia, de la tesis por la que opte el tribunal encargado de dirimir el caso concreto. Si bien la tesis “acumulativa” favorece la ampliación del espectro de aplicación del crimen de genocidio al no requerirse prueba de la existencia de política estatal alguna de la que resulte inferible la “intención de destruir”, la apuesta por la misma podría llegar a diluir en gran medida la distinción entre el crimen de genocidio y una sucesión igualmente “acumulativa” de crímenes de lesa humanidad.

Abordado el análisis de los distintos mecanismos de enjuiciamiento provistos por el DIP, lo cierto es que la primera línea contra la impunidad de los crímenes internacionales previamente referidos ha resultado distar enormemente de los estándares internacionales a causa de la deficiente tipificación de que gozan los mismos en los ordenamientos ucraniano y ruso. Caso especialmente paradójico el ucraniano, pues su actitud hace un más que flaco favor a la capacidad de su propio sistema nacional para contribuir a los esfuerzos de una justicia internacional que tan enérgicamente ha venido demandando.

La ausencia de cobertura legal de los crímenes de lesa humanidad en sendos ordenamientos jurídicos resulta, con alta probabilidad, atribuible al hecho de que los primeros no se encuentren tipificados bajo tal denominación en ningún otro instrumento internacional salvo en el art. 7 del ECPI. En este sentido, resulta inferible la urgencia en la pronta adopción de un instrumento jurídicamente vinculante y distinto del ECPI que tipifique dichos crímenes, al objeto de que los Estados convengan en obligarse internacionalmente a la penalización en sede interna de los mismos sin que ello implique su membresía –políticamente inadmisibles para algunos de ellos, como sería el caso ruso– en la CPI.

No obstante, y en tanto que dicha opción permanezca deshabilitada, la ratificación del ECPI por parte de Ucrania –habiéndolo firmado ya en el año 2000– debería constituir el primer paso lógico hacia la adecuada tipificación doméstica de los crímenes de lesa humanidad. Una actitud ciertamente enigmática por parte del Gobierno ucraniano que se aparta del precedente sentado por Costa de Marfil y Palestina, que inmediatamente después de remitir a la Corte sus respectivas declaraciones *ad hoc* de aceptación de la competencia procedieron a manifestar su consentimiento al ECPI.

El principio de jurisdicción universal se ha erigido como uno de los grandes estandartes en la lucha contra la impunidad en el escenario ruso-ucraniano. No obstante, el histórico desangre que ha experimentado tal principio desde su nacimiento debe invitarnos a reflexionar con cautela. Y es que a pesar de que la mayoría de Estados occidentales haya proclamado el inicio en su seno de investigaciones al amparo de la jurisdicción universal, estas se hallan, en su mayoría, encaminadas hacia una mera –si bien no por ello desdeñable– contribución en los esfuerzos investigativos internacionales. Una abrumadora cantidad de investigaciones que, no obstante, podría llegar a resultar contraproducente al incurrir en un considerable riesgo de solapamiento, exceso de documentación y, quizás, revictimización.

Ante esta tesitura, sin embargo, la realidad es que el abrumador consenso internacional de repulsa a la invasión rusa y sus efectos no ha logrado el surgimiento de una voluntad generalizada de reforma por parte de los Estados de aquellos escollos creados previamente por ellos

mismos en relación con el Derecho Internacional Penal. Cuestiones como la necesaria laxación o supresión de los vínculos requeridos en la jurisdicción universal deberían haber sido puestas sobre el tablero internacional tiempo atrás por parte de unos Estados que claman tan incesantemente por la dispensa de justicia.

En definitiva, y ante este desalentador escenario, tan solo los países con sistemas de jurisdicción universal absolutos, puros o incondicionales –evidentemente, la minoría– ostentarían una auténtica capacidad para contribuir a la apertura de procesos concretos. Países que, no obstante, parecen haber optado por el momento por no desplegar la verdadera potencialidad de sus sistemas y escudarse bajo meras investigaciones estructurales siguiendo el ejemplo de sus contrapartes con modelos restringidos.

Ya en el ámbito de la CPI, la investigación iniciada en su seno ha puesto bajo escrutinio los procesos iniciados en sede ucraniana y rusa en virtud del principio de complementariedad. Procesos e investigaciones de los que, sin embargo, resulta predicable una notoria unilateralidad que, sumada a la falta de independencia e imparcialidad destilada de la práctica totalidad de litigios rusos y de muchos de los procesos ucranianos, a la escasamente rigurosa tipificación doméstica de los crímenes internacionales en sendos ordenamientos, y a la incapacidad de los tribunales ucranianos de conocer de la totalidad de casos, podría precipitar la acción de la CPI incluso respecto de aquellos casos donde ya existiese valor de cosa juzgada. Una acción cuya decisión restará, en todo caso, en manos de la propia Corte y no de las jurisdicciones nacionales, pues no se debe desdeñar que será la misma quien se encargue de determinar el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad del art. 17 del ECPI²²⁴.

Condiciones respecto de las cuales la CPI no ha sostenido, como se ha demostrado previamente en relación con la indisposición e incapacidad para investigar y enjuiciar por parte de las jurisdicciones nacionales, una práctica uniforme a lo largo y ancho de su jurisprudencia. En este sentido, y existiendo dudas tangibles acerca de cuál será la tesis seguida por las Salas de la Corte en el caso ruso-ucraniano, la configuración de una aproximación y práctica homogéneas al respecto emerge como fundamental –sin ignorar, por supuesto, el ineludible grado de discrecionalidad judicial en el caso por caso–. Todo esto al objeto de brindar una más que necesaria seguridad jurídica y de evitar la extralimitación de la Corte en su competencia.

No obstante, y a pesar del denuedo demostrado por la Fiscalía en su tarea, lo cierto es que el futuro de la investigación no se augura demasiado favorable. Si bien el escenario ucraniano difiere aparentemente de sus predecesores en cuanto al grado de cooperación con la Corte en relación con el arresto de los sospechosos que se espera de la mayoría de Estados del globo en atención a la masiva condena del acto de agresión ruso, no se debe pasar por alto que no son 193, sino 123 los Estados Partes del ECPI que se hallan jurídicamente compelidos a ello. 123 de los que algunos, con alta probabilidad, tratarán de eludir sus obligaciones para con la Corte cuando los intereses políticos nacionales así lo exijan.

224 FUENTES TORRIJO, X., “El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional”, *Estudios Internacionales*, vol. 44, núm. 169, 2011, pp. 119-140, p. 122, <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2011.19414>

Existiendo, por tanto, serias dudas acerca de la efectividad de las órdenes de arresto ya emitidas y de aquellas que sean difundidas en un futuro no tan lejano, resulta desgraciadamente inferible la elevada probabilidad de que los procesos iniciados no logren desarrollarse más allá de la confirmación de los cargos, puesto que el art. 63 del ECPI demanda la inexorable presencia del acusado ante la Sala de Primera Instancia para la conducción del juicio.

En todo caso, y tal y como demuestran la horda sin precedentes de remisiones acerca de la situación en Ucrania ante la CPI y la activación de los mecanismos nacionales de jurisdicción universal, se puede afirmar que la comunidad internacional –bajo liderazgo occidental– se ha erigido como actor protagónico en la pugna contra la impunidad a que acudimos hoy día. Una justicia que no debe en ningún caso resultar unilateral, sino que debe quedar absolutamente desvinculada de la nacionalidad de los presuntos perpetradores para enfocarse, como apuntan los diversos informes del CDH, en el derecho de *todas* las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición. La justicia como cuarto elemento de la Justicia Transicional.