

UCRANIA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UNA OPORTUNIDAD PARA LA CORTE Y PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ*

RESUMEN

UCRANIA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UNA OPORTUNIDAD PARA LA CORTE Y PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Con la invasión rusa de Ucrania y el conflicto armado que ha generado, la Corte Penal Internacional ha recuperado su papel central en el emergente Sistema de Justicia Penal Internacional y se ha vuelto a percibir como un instrumento útil para luchar contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional. Sin embargo, la complejidad de la situación de Ucrania obliga a contemplar con prudencia la acción de la Corte y, sobre todo, a colocar en un lugar adecuado lo que puede pedir y lo que se puede esperar de ella. En este contexto, este trabajo ofrece un estudio inicial de cuestiones relativas a su competencia, jurisdicción y del papel que puede jugar el principio de complementariedad.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Ucrania, competencia, jurisdicción, principio de complementariedad.

ABSTRACT

UKRAINE AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: AN OPPORTUNITY FOR THE COURT AND FOR THE FIGHT AGAINST IMPUNITY

With Russia's invasion of Ukraine and the armed conflict it has generated, the International Criminal Court has regained its central role in the emerging International Criminal Justice System and has once again been perceived as a useful instrument in the fight against impunity for the most serious crimes under international law. However, the complexity of the Ukrainian situation makes it necessary to view the Court's action with caution and, above all, to place conveniently what it can ask and what can be expected of it. In this

* Catedrática de Derecho Internacional Público, UNED. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Directora del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (cescobar@der.uned.es).

context, this paper offers an initial study of issues relating to its competence, jurisdiction, and the role that the principle of complementarity can play.

Keywords: International Criminal Court, Ukraine, competence, jurisdiction, principle of complementarity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ATRIBUCIÓN Y ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA.—3. EL ALCANCE DE LA COMPETENCIA EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA.—4. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN: REALIDADES Y DESAFÍOS.—5. EL JUEGO DE LA COMPLEMENTARIEDAD EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA.—6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Contrariamente a lo que sucedió con ocasión de la crisis de Crimea, la respuesta de la comunidad internacional tras la invasión rusa de Ucrania el pasado mes de febrero ha sido contundente. Y ello no solo desde una perspectiva política, sino también institucional y jurídica, como lo demuestra el hecho de que se han puesto en marcha mecanismos que no se habían utilizado en décadas o que han adquirido una nueva dimensión y virtualidad. En el primero de los casos, baste con mencionar el «renacimiento» de la resolución Unión Pro-Paz¹, la expulsión de la Federación Rusa del Consejo de Europa² o la suspensión de Rusia en su condición de miembro del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³. En el segundo de los planos, destacan de modo particular el recurso a la jurisdicción internacional, en especial la Corte Internacional de Justicia⁴ (en adelante CIJ) y la Corte Penal Internacional (en adelante CPI). En ambos casos en estrecha relación con la comisión en territorio ucraniano de crímenes de Derecho internacional de extrema gravedad.

¹ La Resolución 377 A (V), de 3 de noviembre de 1950, ha constituido la base para la celebración del undécimo periodo extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas, convocada por la Resolución del Consejo de Seguridad 2623 (2022). En la misma se ha aprobado la Resolución ES-11/1, de 2 de marzo de 2022, en la que la Asamblea General se ha pronunciado ya sobre la comisión de ciertas prácticas que constituyen graves violaciones del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos (preámbulo, párr. 12, y párrs. operativos 9, 11 y 12). Véase igualmente la Resolución ES-11/2.

² La expulsión se produjo el 16 de marzo pasado, mediante la adopción por el Comité de Ministros de la decisión de aplicar el art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa a la Federación Rusa. Esta decisión siguió a la resolución aprobada la víspera por la Asamblea Parlamentaria, en la que expresó su voluntad de que la Federación Rusa no debería seguir siendo miembro del Consejo de Europa como consecuencia de su agresión contra Ucrania.

³ Véase la Resolución ES-11/4, de 7 de abril de 2022, aprobada por la Asamblea General en su Undécimo Período extraordinario de sesiones de emergencia.

⁴ Véase *ICJ, Allegation of Genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Ucrania presentó la demanda ante la CIJ el 27 de febrero de 2022 y el mismo día solicitó la adopción de medidas cautelares. Aunque Rusia no ha participado en el procedimiento, con fecha 16 de marzo, la CIJ ha dictado una orden otorgando las citadas medidas cautelares y el día 23 del mismo mes ha dictado otra orden fijando los plazos para la presentación de la memoria y la contramemoria por las partes.

El presente trabajo se dedica al examen de la actividad de la CPI respecto de los crímenes de competencia de la Corte que, si bien ya se había puesto en marcha con anterioridad a la invasión rusa, ha adquirido una nueva dimensión a partir de ese momento. Para ello, en las siguientes páginas se abordarán las siguientes cuestiones: la atribución de competencia y la activación de la jurisdicción de la Corte (2); el alcance de la competencia de la Corte (3), y los retos a que se enfrenta la CPI en el ejercicio de la jurisdicción (4). Por último, se abordará brevemente la aplicación del principio de complementariedad (5).

2. ATRIBUCIÓN Y ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA

El Estatuto de Roma de la CPI diferencia claramente entre la atribución de la competencia a la Corte y la activación de su jurisdicción respecto de una situación específica, con la única excepción de los supuestos en que una situación sea remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad en que ambos elementos se producen en virtud de un acto único: la resolución del Consejo adoptada conforme a lo previsto en el Capítulo VII de la Carta.

Como regla, la atribución de competencia se basa exclusivamente en la voluntad de los Estados directamente afectados por la situación, bien sea porque los crímenes se hayan cometido en su territorio, bien porque hayan sido cometidos por uno de sus nacionales. Dicha atribución de competencia se producirá de modo general por la ratificación o adhesión al Estatuto de Roma por el Estado en cuyo territorio o cuyos nacionales han cometido algún crimen de competencia de la Corte⁵, pero puede tener lugar también mediante un reconocimiento *ad hoc* para una situación específica⁶.

Por su parte, la activación de la jurisdicción está sometida a reglas distintas, en las que la voluntad del Estado directamente afectado no constituye la única fuente de activación de la CPI. Por el contrario, si bien es necesario que dicho Estado haya reconocido la competencia de la Corte, la activación de su jurisdicción puede producirse por la intervención de cualquier Estado parte en el Estatuto de Roma (incluido, en su caso, el Estado en cuyo territorio o cuyos nacionales hayan cometido presuntamente los crímenes)⁷ o bien *motu proprio*, a instancia del fiscal y previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares⁸. Junto a ello, en el supuesto excepcional de que la situación sea remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como

⁵ Véase Estatuto de Roma, art. 12, párrs. 1 y 2.

⁶ De conformidad con el párr. 3 del art. 12, «un Estado que no es Parte en el presente Estatuto [...] podrá, mediante declaración depositada en poder del secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate», cuando el mismo se haya cometido en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave matriculados en dicho Estado [art. 12.2.a)] o por uno de sus nacionales [*ibid.*, párr. 2.b)].

⁷ Véase Estatuto de Roma, arts. 13.a) y 14.

⁸ *Ibid.*, arts. 13.c) y 15, párrs. 3 y 4.

es bien sabido, la voluntad del Estado o Estados afectados no solo no es necesaria, sino que resulta irrelevante⁹.

El examen de la situación de Ucrania por la CPI constituye un magnífico laboratorio en el que han operado todos los mecanismos previstos en este complejo sistema de atribución de la competencia y de activación de la jurisdicción de la CPI, con la única excepción de la participación en dicho proceso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, como es fácilmente comprensible, no resulta operativa en una situación en la que están implicados nacionales de uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Se trata, además, de una situación en la que los mecanismos de atribución y activación de la competencia de la CPI no han seguido el modelo consolidado en la práctica anterior.

En efecto, la competencia de la CPI para ocuparse de los crímenes enumerados en los arts. 5 a 8 bis no puede derivarse en este caso de una voluntad abstracta de los Estados parte en el Estatuto de Roma, ya que ni Ucrania ni Rusia —los dos Estados directamente afectados en la situación— han ratificado o se han adherido al Estatuto¹⁰. Sin embargo, tras los acontecimientos de Maidán, la anexión de Crimea y el conflicto armado que se inició inmediatamente en el Donbás, Ucrania ha hecho uso de la potestad que le atribuye el art. 12.3 del Estatuto de Roma, emitiendo dos declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte en 2014 y 2015, ambas apoyadas en sendas declaraciones aprobadas previamente por la *Venkhova Rada* (Parlamento) de Ucrania. En la primera de ellas la competencia de la CPI se limita a los crímenes cometidos en el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014¹¹, mientras que en la segunda se amplía a los actos cometidos en el territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014¹². Ambas declaraciones tienen una duración ilimitada y, por tanto, la Corte es competente para investigar y enjuiciar los crímenes cometidos en Ucrania desde el 21 de noviembre de 2013, sin límite temporal alguno.

Esta atribución unilateral de competencia permitió a la CPI llevar a cabo algunas actividades referidas a la situación en Ucrania, incluso antes de la invasión rusa. Así, la fiscal Bensouda acordó la realización de un «examen preliminar» que se inició el 25 de abril de 2014 y se extendió hasta 2020. En este marco, la Fiscalía examinó las comunicaciones recibidas sobre la situación

⁹ *Ibid.*, arts. 13.b) y 12.2, *a sensu contrario*.

¹⁰ La Federación Rusa firmó el Estatuto el 13 de septiembre de 2000, pero con fecha 30 de noviembre de 2006 comunicó al secretario general de Naciones Unidas, en su condición de depositario, su intención de no llegar a ser parte en el tratado, prevaleciendo así de lo previsto en el art. 18.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por su parte, Ucrania ha firmado el Estatuto el 20 de enero de 2000, pero no lo ha ratificado.

¹¹ El texto de la declaración de 9 de abril de 2014 se puede consultar en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/items/Documents/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014>. La Rada había adoptado la declaración previa el 25 de febrero de 2014.

¹² El texto de la declaración de 8 de septiembre de 2015 se puede consultar en https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12_3_declaration_08092015.pdf. La Rada había adoptado la declaración previa el 4 de febrero de 2015.

en Ucrania y recabó información complementaria, concluyendo en el Informe sobre exámenes preliminares publicado en 2020¹³ que existían elementos suficientes para afirmar que se habrían cometido crímenes de la competencia de la Corte en dicha situación¹⁴ y que en todos los casos examinados se cumplían *prima facie* los requisitos de admisibilidad establecidos en el Estatuto, así como las reglas propias de la complementariedad, y que la gravedad de los hechos justificaba el inicio de una investigación formal¹⁵. Sin embargo, la conclusión mencionada no se tradujo en la activación de la jurisdicción de la Corte, ya que ningún Estado parte en el Estatuto instó el inicio de la fase de investigación ni tampoco la fiscal ejerció la potestad de solicitar la preceptiva autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. Sin duda, la compleja situación mundial provocada por la pandemia de la covid-19 y el hecho de que el mandato de la fiscal Bensouda se acercaba a su fin¹⁶, contribuyeron a que —a pesar de que la Corte fuese competente ya en ese momento— la situación de Ucrania permaneciera en la situación de *impasse* en que ha estado hasta el pasado mes de febrero.

Sin embargo, la invasión de Ucrania y el consiguiente conflicto armado han vuelto a situar en un primer plano la problemática de los graves crímenes de Derecho internacional cometidos en este contexto y la necesidad de poner en marcha los mecanismos disponibles a nivel internacional para deducir la responsabilidad penal de los presuntos autores de dichos crímenes, incluida la activación de la jurisdicción de la CPI que, por esta vía, ha visto vivificado su papel de referente internacional en la lucha contra la impunidad.

La activación de la jurisdicción de la CPI respecto de la situación de Ucrania¹⁷ presenta algunos rasgos peculiares que merecen ser destacados.

En primer lugar, la jurisdicción no ha podido ser activada por Ucrania, ya que —a pesar de haber reconocido la competencia de la Corte— no puede prevalerse de la potestad de poner en marcha el mecanismo jurisdiccional al no ser Estado parte en el Estatuto de Roma. Y, en segundo lugar, la activación de la jurisdicción por el Consejo de Seguridad quedaba descartada al estar implicado en la situación uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que, en virtud de su derecho de veto, podría impedir la adopción de la resolución requerida a tal fin por el art. 16 del Estatuto de Roma¹⁸. Ello

¹³ El último informe sobre el examen preliminar de Ucrania se puede consultar en el siguiente documento: *Report on Preliminary Examination Activities 2020*, disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-pe-report-eng.pdf>, pp. 67 y ss.

¹⁴ El examen preliminar sobre Ucrania concluyó que se habrían cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad tanto en el contexto de la crisis de Crimea como en el del conflicto armado ulterior en el este de Ucrania (*ibid.*, párr. 277). Para una enumeración de los crímenes presuntamente cometidos, véanse los párrs. 278 a 281 del informe citado *supra*.

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 282-284.

¹⁶ Así parece señalarlo expresamente la fiscal Bensouda en el párr. 289 del informe citado.

¹⁷ Para una visión de conjunto de la actividad de la CPI respecto de la situación de Ucrania puede consultarse: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>. Tras el inicio del procedimiento la situación de Ucrania ha recibido el siguiente código de identificación: ICC-01/22.

¹⁸ A pesar de ello, el Consejo de Seguridad no ha estado inactivo respecto de los crímenes de Derecho internacional cometidos en Ucrania a partir de la invasión rusa. Y así, a instancias de Francia

no impedía —sin embargo— que la CPI iniciase el ejercicio de su jurisdicción bien fuese *motu proprio*, bien a instancia de algún Estado parte. Y ambas posibilidades se han convertido en realidad.

Así, sobre la base del reconocimiento por Ucrania de la competencia de la CPI, el fiscal Khan anunció el 28 de febrero su intención de solicitar la preceptiva autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación, lo que hizo formalmente el 1 de marzo¹⁹, asignando la Presidencia la competencia para examinar dicha solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares II al día siguiente²⁰. La importancia de la decisión del fiscal no puede ser minusvalorada, ya que —a falta de una remisión estatal— representaba el paso imprescindible para la activación de la jurisdicción de la Corte y, por tanto, el requisito necesario para que la CPI pudiera ejercer sus responsabilidades en una situación a la que la comunidad internacional ha singularizado de forma significativa. Sin embargo, a pesar de su importancia, la decisión del fiscal no habría permitido por sí misma el inicio inmediato de la investigación, ya que la solicitud de autorización no es sino un acto preparatorio de un procedimiento ulterior que, como la práctica de la CPI ha puesto de manifiesto, no podría completarse sino tras un proceso complejo y prolongado que habría obligado a demorar algunos meses el inicio de la investigación. Sin duda por ello, el propio fiscal advirtió en su declaración de 28 de febrero de la posibilidad de que cualquier Estado parte en el Estatuto remitiese la situación a la Corte, simplificando así la activación de la jurisdicción tanto en términos procesales como temporales. Y esta circunstancia se produjo tan solo unos días después.

En efecto, el pasado 1 de marzo Lituania instó a la CPI a que ejerciera su jurisdicción sobre los crímenes cometidos en Ucrania activando de esta manera la jurisdicción de la Corte. Al día siguiente, otros 38 Estados parte²¹ —entre ellos España—²² remitieron de forma conjunta la situación de Ucrania a la CPI y con posterioridad lo han hecho otros cuatro Estados²³.

y Albania, el 27 de abril se celebró en su seno la *Arria-Formula meeting of the UN Security Council on «Ensuring accountability for atrocities comited in Ukraine»*.

¹⁹ Véase doc. ICC-01/22-1-AnxI, disponible en la página web de la CPI, en la dirección indicada en la nota 17.

²⁰ Véase doc. ICC-01/22-1.

²¹ Albania, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chipre, Chequia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia, Suiza y Reino Unido. La remisión conjunta fue remitida por nota verbal de Reino Unido y posteriormente ha sido reafirmada individualmente por cada uno de los Estados remitentes. La nota verbal, la lista de participantes y los términos de la remisión se contienen en el doc. ICC-01/22-2, Anexos A, C, D y E.

²² La Nota Verbal de España, de 17 de marzo de 2022, que reafirma la nota verbal antes mencionada, se contiene en el doc. ICC-01/22-7-AnxB. La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, atribuye la competencia exclusiva para solicitar el inicio de una investigación al Gobierno, que deberá adoptar el correspondiente Acuerdo de Consejo de Ministros a propuesta conjunta del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio de Justicia (art. 7.1).

²³ El 11 de marzo remitieron la situación a la Corte Japón y Macedonia del Norte. El 21 de marzo lo hizo Montenegro y el 1 de abril Chile.

Aunque esta remisión colectiva de una situación no es la primera que se ha producido hasta la fecha²⁴, sí es la de mayor envergadura y merece ser destacada por varias razones. En primer lugar, por el elevado número de Estados implicados (43) que, además, han actuado de forma coordinada. En segundo lugar, por el hecho de que, si bien es cierto que los Estados pertenecientes al Grupo de Europa Occidental y otros y al Grupo de Europa del Este representan una clara mayoría, no puede obviarse la participación en esta remisión colectiva de países de distintos grupos regionales, lo que incrementa la legitimidad social de la iniciativa y de la propia actuación de la Corte. Y, en tercer lugar, porque ninguno de los Estados remitentes son parte en el conflicto armado, ni —por tanto— puede entenderse que los crímenes que han de ser investigados y juzgados por la CPI se han cometido en sus respectivos territorios ni por sus nacionales; lo que permite calificar la remisión colectiva como una suerte de actuación en interés del Derecho y la comunidad internacionales. Por todo ello, la remisión colectiva de la situación de Ucrania en virtud del art. 13.a) del Estatuto no puede interpretarse sino como un espaldarazo a la CPI, que ha visto reconocido así su papel central en el Sistema de Justicia Penal Internacional.

3. EL ALCANCE DE LA COMPETENCIA RESPECTO DE LA SITUACIÓN DE UCRANIA

Aunque no cabe duda de que la CPI es competente para ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en Ucrania, el alcance de dicha competencia ha de definirse a la luz de la interpretación conjunta de las reglas generales establecidas en el Estatuto de Roma y de las declaraciones de reconocimiento de competencia formuladas por Ucrania en 2014 y 2015. Teniendo esto en cuenta, ha de llamarse la atención sobre el alcance especial y limitado de la competencia de la Corte en este caso.

En efecto, como ya se ha señalado anteriormente, la competencia de la Corte para investigar y enjuiciar, en su caso, los hechos acaecidos en la situación de Ucrania viene determinada por el contenido de las declaraciones unilaterales de este país que, en virtud de lo previsto en el Estatuto de Roma, pueden limitar tanto el ámbito material como temporal de la competencia.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos, como ya se ha señalado anteriormente, la declaración de 2014 limitó la competencia de la CPI a los crímenes cometidos entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014. Por su parte, la declaración de 2015 reconoce dicha competencia a partir del 20 de febrero de 2014, sin fijar una fecha de cierre del periodo en que la Corte podría ejercer su jurisdicción. Con este modelo de reconocimiento de

²⁴ El 27 de septiembre de 2018, Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y Perú habían remitido a la Corte la situación de los posibles crímenes cometidos en la República Bolivariana de Venezuela desde el 12 de febrero de 2014.

la competencia, que sigue el empleado en su día por el Consejo de Seguridad para definir la competencia temporal del Tribunal para la antigua Yugoslavia, la Corte podrá ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos a partir de la fecha crítica del 21 de noviembre de 2013, pero sin que esté limitada temporalmente por los hechos que motivaron las sucesivas declaraciones de reconocimiento de competencia (los acontecimientos de Maidán, la anexión de Crimea y el conflicto armado en el Donbás). En consecuencia, la Corte tiene competencia igualmente para enjuiciar los crímenes cometidos tras la invasión rusa, siendo estos últimos los que —sin duda— han motivado la activación de la jurisdicción de la Corte el pasado mes de marzo.

Pero, sobre todo, las declaraciones unilaterales de Ucrania juegan un papel muy destacado a los efectos de definir el ámbito sustantivo de la competencia de la CPI. A este respecto, baste con destacar que, si bien las Declaraciones de la Rada que se han mencionado anteriormente circunscriben el reconocimiento de competencia a los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, las declaraciones de Ucrania en virtud del art. 12.3 del Estatuto de Roma, en particular la de 2015, se refiere de forma genérica a los «*acts committed in the territory of Ukraine since 20 February 2014*». Ello influye en la determinación de la competencia material de la CPI, que podrá ejercerse tanto respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, quedando excluida en todo caso la competencia de la Corte del crimen de agresión. Esta diferencia entre las declaraciones de la Rada y las declaraciones comunicadas a la Corte en virtud del art. 12.3 carece de relevancia, puesto que —en última instancia— tan solo las declaraciones remitidas oficialmente al secretario de la Corte por Ucrania son válidas para determinar la competencia de esta última. Sin embargo, debe señalarse que la interpretación de su propia competencia realizada por el fiscal ha experimentado cambios, ya que, si en el marco del «examen preliminar» se limitó a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra», a partir de febrero de este año se limitó inicialmente a estos mismos crímenes, pero con posterioridad el propio fiscal ha declarado igualmente su competencia respecto del crimen de genocidio.

En todo caso, conviene destacar que la Presidencia de la Corte ha definido el alcance de la competencia bajo los términos genéricos de «*alleged crimes committed in the context of the situation in Ukraine since 21 November 2013*». Lo que, por otro lado, es coherente con los términos de la remisión realizada por los Estados parte en virtud del art. 14 del Estatuto, que está redactada en los siguientes términos:

«*Requesting the Prosecutor to investigate any acts of war crimes, crimes against humanity and genocide alleged to have occurred on the territory of Ukraine from 21 November 2013 onwards, including any allegations of current and ongoing crimes occurring throughout the territory of Ukraine, thereby requested the Court to exercise its jurisdiction with respect to the jurisdictional scope accepted by Ukraine*»²⁵.

²⁵ Véase <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/State-Party-Referral.pdf>.

Por lo que se refiere al crimen de genocidio, conviene destacar que el ejercicio de su jurisdicción por parte de la CPI será concurrente con el ejercicio de su competencia por la CIJ en el asunto *Allegation of Genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)*²⁶. Aunque cada uno de estos tribunales tendrá que abordar la cuestión del genocidio desde distintas perspectivas (responsabilidad penal individual la CPI y responsabilidad del Estado la CIJ), el mero hecho de que ambas jurisdicciones examinen los mismos hechos para definir la eventual existencia de genocidio tiene una relevancia que no se puede ignorar. En particular, teniendo en cuenta la problemática que se generó en su día por la distinta valoración de hechos de una naturaleza similar que llevaron a cabo la CIJ y el Tribunal para la antigua Yugoslavia al ejercer sus respectivas jurisdicciones en relación con casos referidos al conflicto en la antigua Yugoslavia.

En todo caso, conviene destacar que, al reconocer la competencia de la CPI para investigar y enjuiciar estos crímenes, Ucrania ha aceptado la tipificación de los citados crímenes tal y como se establece en el Estatuto de Roma vigente en el momento en que la CPI ejerza su jurisdicción, sin que pueda limitar la competencia de esta a tan solo algunos de los tipos definidos en los arts. 6, 7 y 8.

Sin embargo, la Corte no podrá en ningún caso ejercer su jurisdicción respecto del crimen de agresión, ya que un eventual reconocimiento unilateral por Ucrania de la competencia de la Corte respecto de esta categoría de crímenes no solo no se ha producido, sino que —además— resulta imposible como consecuencia de las especiales reglas que se establecen en el Estatuto de Roma respecto de la atribución y ejercicio de la competencia de la CPI para esta categoría de crímenes²⁷. Este constituye, sin duda, el principal límite a que ha de enfrentarse la actuación de la Corte en la situación de Ucrania, que no podrá ejercer su jurisdicción en unas circunstancias que —sin duda— pueden calificarse como un acto de agresión contra Ucrania imputable a la Federación Rusa y que, por ello, podrían desembocar en la comisión del crimen de agresión definido en el art. 8 bis del Estatuto de Roma por líderes rusos, incluido el presidente Putin. No es de extrañar, por tanto, que hayan surgido diversas iniciativas para poner en marcha una nueva jurisdicción penal *ad hoc* para el enjuiciamiento de los presuntos autores de crímenes de agresión que, sin embargo, hasta la fecha no se han concretado en el establecimiento de mecanismos formales²⁸.

²⁶ Véase nota 4.

²⁷ Véanse, en particular, los arts. 15 bis y 15 ter del Estatuto de Roma (en ambos casos, en especial sus respectivos párrs. 5).

²⁸ En este sentido, cabe destacar la iniciativa impulsada desde la sociedad civil por Philippe Sands, que ha tenido un amplio seguimiento y apoyo (véase <https://justice-for-ukraine.com/>). La creación de un tribunal *ad hoc* para enjuiciar a los responsables del crimen de agresión ha sido apoyada también en el seno del Consejo de Europa y en la Unión Europea. Respecto de la primera de las iniciativas, véase la Resolución 2436 (2022), de 28 de abril, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Por su parte, el Parlamento Europeo ha instado igualmente la creación de un tribunal *ad hoc* en

Por último, en lo que se refiere a la competencia subjetiva, se ha de destacar que la misma se rige en todo caso por las reglas generales contenidas en el Estatuto de Roma, que no admiten excepción alguna y que se aplican de forma automática a la situación de Ucrania. Por tanto, las declaraciones unilaterales de reconocimiento de competencia no pueden introducir límite alguno a la competencia subjetiva de la CPI, siendo irrelevante la referencia que en la de 2015 se hace a los «*senior officials of the Russian Federation and leaders of the terrorist organisations “DNR” and “LNR”*».

Así, aplicando el vínculo de territorialidad contenido en el art. 12.2.1) del Estatuto, la CPI será competente para enjuiciar todos los crímenes de genocidio, guerra o lesa humanidad cometidos tanto por nacionales ucranianos como por nacionales de terceros Estados, incluso cuando estos no hayan ratificado el Estatuto de Roma ni aceptado la competencia de la Corte por otra vía, siempre que los crímenes en cuestión hayan sido cometidos en Ucrania. Ello reviste una relevancia especial en la situación actual, ya que permite a la Corte enjuiciar a los nacionales rusos que hayan cometido o participado en la comisión de un crimen de competencia de la Corte, que —como regla— serán militares rusos que han participado en los combates y otras acciones militares en Ucrania.

Además, ha de tenerse igualmente en cuenta que la competencia de la Corte se determina por la comisión de los crímenes en territorio ucraniano y no por la presencia en dicho territorio del presunto responsable en el momento en que se comete el crimen. Aunque lo habitual será que este se encuentre en el lugar donde se comete el crimen, nada impediría que la CPI pueda ejercer su jurisdicción respecto de individuos que no se encontraban físicamente en Ucrania en ese momento, siempre que resulte posible atribuirles algún tipo de responsabilidad en virtud de las reglas de responsabilidad y participación criminal establecidas en los arts. 25²⁹ y 28³⁰ del Estatuto. Si a ello se le añade que la Corte Penal Internacional tiene competencia para enjuiciar a cualquier

su Resolución de 19 de mayo de 2022, sobre la lucha contra la impunidad por los crímenes de guerra en Ucrania [2022/2655(RSP)] [P9_TA (2022)0218], y en su Recomendación de 8 de junio de 2022, al Consejo y al vicepresidente de la Comisión/alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad sobre la política exterior, de seguridad y de defensa de la Unión Europea tras la guerra de agresión rusa contra Ucrania [2022/2039(INI)] [P9_TA (2022)0235]. Tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el Parlamento Europeo proponen la creación de un tribunal *ad hoc* que se constituiría mediante un tratado multilateral y se establecería dentro del sistema de Naciones Unidas.

²⁹ De conformidad con lo previsto en el art. 25.3, «será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable.

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

(Véase nota 30 en página siguiente)

individuo mayor de dieciocho años, con independencia de cuál sea su rango jerárquico, así como la inoponibilidad ante esta de la inmunidad de jurisdicción³¹, no cabe sino concluir que la CPI podría juzgar a cualquier responsable político o militar, incluido el presidente Putin, siempre que pueda imputarles alguna forma de participación en la comisión de crímenes de genocidio, guerra o lesa humanidad en territorio ucraniano. Y ello con independencia de la viabilidad real del ejercicio de esta jurisdicción, cuestión a la que se hará referencia más adelante.

En cualquier caso, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la competencia subjetiva de la CPI en el caso de Ucrania, como en cualquier otra situación, se aplica de forma horizontal y sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad. Por consiguiente, la Corte está obligada a ejercer su jurisdicción tanto sobre nacionales rusos como ucranianos, con

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa.

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo».

³⁰ Conforme al art. 28 (Responsabilidad de los jefes y otros superiores), «además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apdo. a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

³¹ El art. 27 (Improcedencia del cargo oficial) regula tanto la irrelevancia del cargo oficial («[e]l presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena») como la inoponibilidad de las inmunidades ante la CPI («[l]as inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella»).

independencia del vínculo que estos últimos mantengan con las autoridades legítimas de Ucrania o con las que controlan la parte del territorio ucraniano que persigue la secesión o, incluso, con las autoridades militares rusas que controlan la parte del territorio ucraniano ocupado. Y, de la misma manera, la CPI podrá ejercer su jurisdicción respecto de los nacionales de terceros Estados que se encuentren en Ucrania y cometan o participen en la comisión de crímenes de genocidio, guerra o lesa humanidad. Ello permitirá a la Corte extender igualmente su jurisdicción sobre nacionales de terceros Estados que, según la información disponible, estarían participando en el conflicto armado en apoyo tanto de las tropas rusas como de las tropas ucranianas.

4. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN: REALIDADES Y DESAFÍOS

La activación de la jurisdicción de la CPI a raíz de la remisión colectiva de la situación de Ucrania ha puesto en marcha la maquinaria de investigación y ha generado no pocas expectativas sobre el enjuiciamiento efectivo de los autores de los graves crímenes de guerra y de lesa humanidad que se están cometiendo en dicho territorio. Sin embargo, el hecho de que la CPI haya iniciado sus actividades en Ucrania no puede ser entendida como la panacea para alcanzar el objetivo de que todos los responsables de la comisión de dichos crímenes rindan cuentas de su comportamiento.

Por el contrario, las expectativas que ha motivado el inicio de las investigaciones deben ser analizadas de forma prudente, teniendo en cuenta varios elementos. En primer lugar, que la actuación de la CPI es de naturaleza judicial y está sometida —por tanto— a las reglas y procedimientos establecidos en el Estatuto de Roma y otras normas aplicables. En segundo lugar, que la Corte es una jurisdicción extraordinaria que no está llamada a enjuiciar a todos los responsables de los crímenes de guerra cometidos en Ucrania (habiéndose concentrado en los de más alto nivel) y debe compartir dicho mandato con otras jurisdicciones competentes; en especial los tribunales penales ucranianos, pero también otras jurisdicciones nacionales de terceros Estados. En tercer lugar, que la Corte tiene una competencia limitada respecto de la situación de Ucrania y que, además, dispone de medios limitados tanto humanos como materiales. Y, por último, que —como la práctica ha puesto de manifiesto— el ejercicio de su jurisdicción por parte de la CPI se desarrolla en plazos relativamente largos y que, contrariamente a lo que ya está sucediendo ante los tribunales ucranianos, el enjuiciamiento y —en su caso— condena de los responsables de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no va a producirse de manera inmediata. Todos estos elementos deben ser debidamente tenidos en cuenta a la hora de evaluar de forma realista qué se puede esperar de la acción de la CPI, así como los desafíos a que esta deberá hacer frente en los próximos meses y años en relación con la situación de Ucrania.

A pesar de lo que se acaba de señalar, no puede dejar de destacarse muy positivamente el hecho de que el inicio de las investigaciones por parte de la Fiscalía se ha producido de manera casi inmediata tras la remisión colectiva de la situación a la Corte, ordenándose el inicio de la investigación el pasado 3 de marzo³². Hasta la fecha, el fiscal ha celebrado encuentros con las autoridades ucranianas y otras partes interesadas y ha diseñado un plan de investigación que ha empezado a poner en marcha con gran rapidez, incluidas la instalación y despliegue de miembros de su Oficina en Ucrania. Ello le está permitiendo obtener información que, junto a la ya analizada con ocasión del «examen preliminar», serán de utilidad en la fase de investigación a fin de obtener un nivel adecuado de pruebas sobre el que construir futuras actas de acusación.

Sin embargo, a pesar de la celeridad con que la Fiscalía ha emprendido su mandato y el apoyo que la CPI ha recibido de la comunidad internacional, no puede dejar de señalarse que los trabajos propios de la fase de investigación no están exentos de dificultades, que se derivan tanto de las circunstancias del caso como de las condiciones en que se debe llevar a cabo la investigación: un conflicto armado de una enorme intensidad; en el que participan unidades militares de varias nacionalidades (no solo ucranianos y rusos), así como grupos armados no estatales; en el que buena parte del territorio en que se han cometido o se están cometiendo los crímenes no está controlado por las autoridades ucranianas; y en el que se han producido desplazamientos masivos de población, dentro y fuera de Ucrania, que dificultan aún más la obtención de pruebas y la localización de testigos. Y aunque es cierto que la Fiscalía ha tenido que responder en el pasado a importantes dificultades, no es menos cierto que el nivel que alcanzan en Ucrania no admite comparación con situaciones anteriores de las que se ha ocupado la CPI. Probablemente por estas características especiales de la situación de Ucrania, y también por la importancia que la comunidad internacional ha reconocido a la Corte en este caso, el fiscal Khan ha puesto en marcha nuevos mecanismos de investigación que operan junto a los sistemas tradicionales utilizados por la Fiscalía, al tiempo que ha intensificado los instrumentos de cooperación con terceros.

Entre los primeros se encuentra el recurso a los medios digitales, debiéndose destacar la creación de un portal de comunicación en el sitio web de la CPI, cuya finalidad es facilitar el contacto con la Fiscalía de cualquier persona que disponga de información sobre la comisión de cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte en Ucrania³³. Aunque ya existía con anterioridad un punto de contacto con la Fiscalía de carácter general, el establecimiento de este nuevo sistema hace más sencillo el acceso de los individuos a la Fiscalía, lo que resulta especialmente importante en las circunstancias de desplazamientos de población que se está produciendo en el conflicto de Ucrania. Además, el nuevo instrumento telemático está diseñado para garantizar la

³² Véase la notificación del fiscal a la Sala de Cuestiones Preliminares II, doc. ICC-01/22-2.

³³ Se trataba de la bautizada como *OTP Pathway* (<https://otppathway.icc-cpi.int>).

protección de los comunicantes, incluida su confidencialidad, así como de la información recibida hasta que comience a utilizarse formalmente en la investigación. Se trata, sin duda, de un mecanismo interesante que podrá ser utilizado en el futuro en las investigaciones de nuevas situaciones y que, en principio, podría constituir un elemento dinamizador de los métodos de obtención de información empleados por la Fiscalía.

Junto a la creación de este portal de información, deben mencionarse de manera especial los esfuerzos del fiscal por obtener la cooperación de los Estados parte y de las organizaciones europeas, articulando incluso nuevos mecanismos formales de colaboración, de lo que constituye un buen ejemplo la incorporación de la Fiscalía en el Equipo de Investigación Conjunto (JIT, por sus siglas en inglés) constituido con anterioridad por Ucrania, Polonia y Lituania bajo los auspicios de Eurojust. Esta iniciativa, que se ha producido por primera vez en la historia de la CPI, ha tenido lugar en ejercicio de las competencias del fiscal para definir los métodos de investigación y ha sido posible gracias a la firma de un acuerdo con las Fiscalías de los tres Estados³⁴. La incorporación de la Fiscalía de la CPI en el JIT le permitirá participar en investigaciones que se desarrollan por instituciones nacionales y acceder a la información obtenida en este marco, al tiempo que facilitará igualmente la cooperación de la Fiscalía en las investigaciones que desembojarán en procesos penales en el seno de las jurisdicciones nacionales de los tres Estados participantes. Aunque habrá que esperar a los resultados de esta nueva modalidad de investigación, en principio debe valorarse positivamente en tanto en cuanto puede contribuir a una mejor aplicación del principio de complementariedad.

Con independencia de la valoración que puedan merecer cada uno de estos mecanismos, lo cierto es que a través de ellos se puede facilitar la obtención de información relevante para la investigación. Información a la que podrá añadirse la que proporcionen otros órganos de investigación *ad hoc*, de naturaleza no penal, que han sido creados por organizaciones internacionales para evitar la impunidad de los crímenes de Derecho internacional cometidos en Ucrania. A tal fin, es obvio que resultará de especial relevancia el Informe elaborado por la Misión de expertos sobre las violaciones del Derecho internacional humanitario y los derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en Ucrania desde el 24 de febrero de 2022, creado por la OSCE en el marco del Mecanismo de Moscú, que ya ha sido publicado³⁵. E igualmente serán de interés los informes que elabore en su momento la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre

³⁴ El Equipo de Investigación Conjunto se constituyó el 25 de marzo y la Fiscalía se unió al mismo por acuerdo de 25 de abril de 2022. Véase <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-Karim-aa-Khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint>.

³⁵ El Informe ha sido elaborado por un comité de expertos integrado por Wolfgang Benedik, Verónica Bilkova y Marco Sassoli. Véase *Report on Violation of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022*, doc. ODIHR/GAL/26/22/Rev.1, disponible en <https://www.osce.org/files/f/a/515868.pdf>.

Ucrania, creada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas³⁶. Aunque esta información no ha sido recopilada con una finalidad penal, no por ello será menos relevante para los trabajos de la Fiscalía y de la Corte, como ya se puso de manifiesto con el empleo por los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda de la información recopilada por las respectivas comisiones de investigación que habían sido creadas previamente por el Consejo de Seguridad. La fiscal se beneficiará igualmente de la decisión de la Unión Europea de encargar a Eurojust la función de preservar, analizar y almacenar pruebas relativa a los crímenes de genocidio, contra la humanidad y guerra, que ha adoptado como un instrumento para luchar contra la impunidad en la crisis de Ucrania, y que contempla expresamente el acceso a la misma por parte de la CPI³⁷.

Sin embargo, como ya señaló la Sala de Cuestiones Preliminares en el asunto Lubanga, la información procedente de terceros no puede sustituir a la obtenida por la propia Fiscalía que, además, debe ser susceptible de ser puesta a disposición de la defensa de los acusados. Ello exige dotar a la Fiscalía de medios suficientes para llevar a cabo una investigación eficiente e imparcial, en especial poniendo a disposición de la Oficina del fiscal personal cualificado y medios adecuados para llevar a cabo su trabajo, ya que los medios de que dispone en la actualidad no son suficientes para responder a una situación como la de Ucrania y, además, debe ser compartida con el resto de las situaciones en que se están llevando a cabo investigaciones. Las peticiones del fiscal en tal sentido ya han dado frutos con la puesta a disposición de la Fiscalía de equipos de investigadores y forenses procedentes de varios países, que han hecho posible el despliegue con rapidez de un equipo integrado por más de cuarenta personas que, en palabras del propio fiscal, es el más grande desplegado nunca por la Fiscalía. Para apoyar a estos equipos y al personal de la Corte desplegado sobre el terreno, el fiscal ha anunciado recientemente la próxima apertura de una Oficina de la CPI sobre el terreno³⁸, similar a la que ha establecido en relación con otras situaciones. En cualquier caso, a pesar de la cooperación de los Estados parte, no puede dejar de señalarse que la investigación será, en buena medida, deudora de la cooperación imprescindible de Ucrania, pero también de la no menos importante de Rusia y de las autoridades locales que controlan parte del territorio ucraniano. En el caso de Ucrania la cooperación es obligatoria en virtud de su aceptación de la competencia de la Corte y así lo ha reconocido expresamente este país en sus dos declaraciones unilaterales, en las que se compromete a cumplir de manera inmediata con lo previsto en la Parte IX del Estatuto. La colaboración con

³⁶ La Comisión ha sido creada con carácter de urgencia por Resolución 49/1, de 4 de marzo de 2022. Tendrá su sede en Viena y, tras el nombramiento de sus miembros, su oficina y métodos de trabajo se encuentran en fase de organización.

³⁷ Véase Reglamento (UE) 2022/838, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas (DOUE L 148/1, de 31 de mayo de 2022).

³⁸ Véase <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karimkhan-qa-visits-kharkov-ukraine-15-june-2022>.

las autoridades ucranianas está así asegurada jurídicamente y parece estar cumpliéndose en la práctica.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la cooperación de Rusia y de las autoridades locales de las autoproclamadas Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk, ilegalmente reconocidas por Rusia. En el primero de los casos, cabe destacar que las autoridades rusas no han respondido a las ofertas de cooperación que les ha dirigido el fiscal ni a los ofrecimientos de mantener contactos formales. Este silencio permite anticipar una clara voluntad de no cooperación, cuya incidencia negativa en la investigación es evidente y genera un problema difícil de superar dado que Rusia no está obligada por el Estatuto de Roma. En el caso de las autoridades locales de Donetsk y Lugansk, aunque estarían vinculadas por la obligación de cooperar asumida por Ucrania, dicha obligación será difícilmente operativa y exigible teniendo en cuenta la situación política de estas dos provincias ucranianas, en especial sus respectivas declaraciones unilaterales de independencia.

En todo caso, en el mejor de los escenarios posibles, no cabe esperar que los presuntos autores de crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad en Ucrania vayan a ser objeto de actas de acusación en un plazo breve. Pero incluso cuando ello se produzca, el ejercicio de la jurisdicción por la CPI estará sometido a las reglas previstas en el Estatuto, en especial la prohibición de juicios en ausencia³⁹. Teniendo esto en cuenta, la cooperación estatal resultará igualmente necesaria en la fase de enjuiciamiento, en particular a los efectos de proceder a la detención y entrega a la Corte de aquellos acusados que se encuentren en su territorio y asegurar por esta vía el efectivo ejercicio de su jurisdicción por la CPI.

Aunque la detención y entrega de los acusados está recogida entre las formas obligatorias de cooperación contempladas en la Parte IX del Estatuto⁴⁰, no es menos cierto que la práctica ha puesto de manifiesto el alto nivel de incumplimiento de esta obligación, que se refleja en el relativamente elevado número de acusados que se encuentran en rebeldía⁴¹. La incidencia que ello tendrá en la situación de Ucrania es aún difícil de evaluar, pero cabe pensar que la prohibición de los juicios en ausencia será una dificultad añadida en el caso de los acusados que se encuentren fuera del territorio de Ucrania en el momento en que dicte el acta de acusación por el fiscal, en especial los nacionales rusos o de terceros países que estén de vuelta en el territorio de un Estado no parte en el Estatuto. Como es evidente, ello resultará especialmente complejo en el caso de las actas de acusación y órdenes de detención dictadas contra líderes rusos, incluido el presidente Putin, que —además de

³⁹ De conformidad con lo previsto en el art. 61 del Estatuto, el acusado deberá estar siempre presente en el juicio. Con carácter excepcional, la Sala de Cuestiones Provisionales podrá celebrar una vista de confirmación de cargos en ausencia del acusado, que deberá estar representado por un abogado (art. 61).

⁴⁰ Véanse, en particular, los arts. 89, 90, 91, 92, 97 y 98.

⁴¹ Según la información pública disponible, en la actualidad se encuentran en rebeldía 11 acusados de los 47 inscritos en su momento en los registros de la CPI.

encontrarse en el territorio de un Estado no parte— podrían encontrarse bajo la cobertura del art. 98.1 del Estatuto⁴², facilitando que un Estado parte pudiese alegar la existencia de alguna forma de inmunidad internacional para concluir su incapacidad para proceder a su detención y entrega a la Corte. Y aunque es cierto que esta se ha pronunciado ya al respecto en el caso *Al-Bashir*, negando la oponibilidad de la inmunidad ante la CPI de un Jefe de Estado en ejercicio⁴³, no cabe descartar que la problemática pudiese reaparecer de nuevo en relación con algún caso vinculado a la situación de Ucrania.

5. EL JUEGO DE LA COMPLEMENTARIEDAD EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA

Los elementos que se han expuesto en las páginas precedentes, en especial en los apartados 2 y 3, sirven para ilustrar las limitaciones a las que necesariamente se va a enfrentar la Corte al ocuparse de los crímenes cometidos o que se puedan cometer en Ucrania. Ello no debe entenderse como una minusvaloración de la función esencial que le corresponde a la Corte para deducir la responsabilidad penal de sus autores y contribuir a la lucha contra la impunidad de dichos crímenes, sino como un recordatorio de los límites que la propia comunidad internacional ha impuesto a la CPI que, conviene recordar, es una jurisdicción extraordinaria llamada a operar únicamente cuando los tribunales nacionales no lo hagan o no lo puedan hacer. Ello nos sitúa frente al principio de complementariedad⁴⁴, que ocupa un lugar central en el Estatuto de Roma y que está llamado a jugar un papel relevante respecto de la situación de Ucrania.

El principio de complementariedad ha estado presente en los trabajos de la CPI sobre Ucrania desde la fase de «examen preliminar». Así, baste recordar que en su Informe de 2020 la fiscal Bensuda tuvo ya en cuenta la aplicación de las reglas de la complementariedad⁴⁵. Y que, al ocuparse de los pasos a seguir a partir del cierre del examen preliminar, declaró expresamente su intención de mantener consultas con Ucrania y Rusia «*to determine how justice may best be served under the shared framework of complementary domestic and international action*»⁴⁶. Este mismo enfoque ha sido seguido por el fiscal Khan, que al incorporarse al JIT mencionado *supra*, ha reconocido que los tribunales nacionales de Ucrania, Lituania y Polonia pueden ejercer

⁴² De conformidad con esta disposición «[l]a Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad».

⁴³ Véase *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, de 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09 OA2, 397-Corr).

⁴⁴ Véanse los arts. 17 a 20 del Estatuto de Roma.

⁴⁵ Véase *Report on Preliminary Examination Activities 2020*, párr. 283.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 290.

—y ejercerán— sus respectivas competencias sobre crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad y ha expresado la disposición a colaborar con los mismos a tal fin. El principio de complementariedad se ha convertido así en un elemento esencial de la política fiscal en el caso de Ucrania al que el fiscal se refiere de modo reiterado, en especial respecto de sus relaciones con la Fiscalía ucraniana.

La complementariedad de la jurisdicción de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales competentes para enjuiciar los mismos crímenes ha adquirido un especial significado en el caso de Ucrania, ya que desde el inicio de las operaciones militares varios Estados han manifestado su voluntad de ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes que se estaban cometiendo en territorio ucraniano⁴⁷, o han declarado que sus Fiscalías están examinando la posibilidad de ejercer jurisdicción sobre los mismos⁴⁸. En todos los casos se trata de países cuyos ordenamientos jurídicos atribuyen a sus tribunales nacionales el ejercicio de alguna forma de jurisdicción universal.

Junto a ello, la aplicación del principio de complementariedad está teniendo ya un efecto destacado en relación con la actuación de los tribunales ucranianos y rusos. En el primero de los casos, según la información disponible, sus tribunales habrían dictado ya sentencias condenatorias contra soldados rusos acusados de cometer crímenes de guerra y lesa humanidad, imponiéndoles penas de enorme gravedad como lo es la cadena perpetua. En el segundo de los casos, según la información disponible, los tribunales de Lugansk, bajo control ruso, habrían dictado sentencias de muerte contra nacionales de terceros Estados que han participado en las operaciones armadas al servicio o cooperando con las tropas o grupos armados ucranianos.

Aunque ambos casos son distintos, en especial por lo que se refieren a los títulos competenciales de unos y otros tribunales, no puede negarse que la intervención inmediata de los tribunales de los dos países contendientes constituye un claro ejemplo del ejercicio de la jurisdicción penal nacional para el enjuiciamiento de los crímenes de competencia de la Corte en Ucrania. Y, desde esta perspectiva, podrían constituir la base para que la CPI aplicase el principio de complementariedad y optase por no ejercer su propia jurisdicción.

Sin embargo, toda valoración de estos supuestos de ejercicio de su jurisdicción por Ucrania y Rusia debe realizarse con cautela. No solo por lo escaso de la información disponible hasta la fecha, sino —sobre todo— porque el principio de complementariedad no puede interpretarse como la mera obligación de la Corte de no ejercer su competencia cuando ya se han producido pronunciamientos sobre los mismos hechos por tribunales nacionales. Por el

⁴⁷ Según la información disponible, al menos Alemania, Suecia y Francia habrían iniciado investigaciones sobre estos crímenes.

⁴⁸ Este es el caso de nuestro país, en que la fiscal general del Estado decretó en marzo el inicio de un estudio sobre la posibilidad de ejercer funciones de investigación respecto de los crímenes cometidos en Ucrania, sin que hasta la fecha existan informaciones disponibles sobre el seguimiento de tal estudio.

contrario, la acción de las jurisdicciones nacionales es únicamente el requisito esencial para poner en marcha el principio de complementariedad, pero de conformidad con el Estatuto de Roma la CPI dispone de un alto grado de apreciación para valorar si los tribunales nacionales no están ejerciendo su jurisdicción porque no pueden o no quieren, pero también para valorar si la han ejercido en contra de los principios de justicia contenidos en el Estatuto. En todos estos casos la Corte podrá decidir ejercer su competencia, con independencia de que haya intervenido o no algún tribunal nacional e —incluso— levantando el valor de cosa juzgada de las decisiones nacionales.

Por tanto, habrá que esperar al avance de los trabajos del fiscal y de las salas judiciales para concluir si las rápidas sentencias que están siendo dictadas por tribunales ucranianos y rusos son suficientes y válidas para bloquear la acción de la CPI en virtud del principio de complementariedad. Ello, claro está, con independencia de que la intervención de los tribunales penales nacionales no puede ser minusvalorada ni despreciada, ya que están llamados a cumplir la función básica de deducir la responsabilidad penal de los autores de un número elevado de crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad que no podrán ser examinados por la Corte.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Al igual que ha sucedido en otros ámbitos, la invasión rusa de Ucrania y el conflicto armado que ha generado han constituido un importante revulsivo para el Sistema de Justicia Penal Internacional, que ha venido a ocupar un lugar central en el discurso político y jurídico a nivel internacional. La constatación de que se han cometido y se siguen cometiendo graves crímenes de guerra y lesa humanidad, y la alegación de crímenes de genocidio, han reactivado el principio de rendición de cuentas y han situado de nuevo en un primer plano la lucha contra la impunidad como objetivo.

En este contexto, la Corte Penal Internacional ha recuperado su papel central en el emergente Sistema de Justicia Penal Internacional y se ha vuelto a percibir por los Estados como un instrumento útil para luchar contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional. La CPI ha recibido, sin duda, un gran respaldo de la comunidad internacional y ha sabido responder de forma ágil a un reto que constituye, al mismo tiempo, una oportunidad para consolidar su posición como jurisdicción de referencia para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales.

Sin embargo, la complejidad de la situación de Ucrania obliga a contemplar con prudencia la acción de la Corte y, sobre todo, obliga a colocar en el lugar adecuado lo que se puede pedir y lo que se puede esperar de la CPI, a fin de evitar expectativas no realistas que —en última instancia— podrían terminar por perjudicar la credibilidad y legitimidad internacionales de la Corte. Que la Corte no tiene competencia para enjuiciar el crimen de agresión es una realidad. Y que probablemente tendrá serias dificultades para enjui-

ciar a los líderes rusos, incluso por crímenes de guerra y lesa humanidad, tampoco puede negarse. Sin embargo, estas no son las únicas ni tampoco las principales dificultades a que tendrá que hacer frente la CPI. Por el contrario, investigar en un contexto de conflicto armado, garantizar la independencia y evitar toda posible sombra de parcialidad respecto de una de las partes en el conflicto, reforzar los mecanismos de investigación y la colaboración activa con terceros y definir un correcto modelo de complementariedad son —sin duda— los retos de mayor importancia a que tendrá que hacer frente la Corte en la situación de Ucrania.

En este difícil contexto, la CPI tiene una gran oportunidad para reforzar la confianza que los Estados depositen en ella y, de esta manera, el papel que le corresponderá jugar en el futuro en un Sistema de Justicia Penal Internacional consolidado. Pero también se juega mucho y es necesario que los Estados, en especial los Estados parte, estén a la altura de las circunstancias y le presten toda la cooperación que la CPI precisa. Y ello no solo para reforzar la posición de la Corte, sino también para reforzar el principio de rendición de cuentas y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional como elementos axiológicos irrenunciables del Derecho internacional del siglo XXI.