



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.38.31>

## EL ESCENARIO JUDICIAL Y ARBITRAL INTERNACIONAL EN EL CONFLICTO UCRANIA-RUSIA

### *THE INTERNATIONAL JUDICIAL AND ARBITRATION SCENARIO IN THE UKRAINE-RUSSIA CONFLICT*

**HAROLD BERTOT TRIANA<sup>1</sup>**

*Universidad de La Habana. Cuba*

Recibido: 10/10/2022 Aceptado: 26/11/2022

#### RESUMEN

El artículo analiza el conflicto Ucrania-Rusia desde la perspectiva del amplio escenario judicial y arbitral que se ha abierto con su existencia. Para ello se argumentan las distintas posiciones de ambas partes ante jurisdicciones internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia y tribunales arbitrales. En este punto también se discute el papel de la Corte Penal Internacional y las posibles vías que se plantean en materia jurisdiccional ante la presunta comisión de crímenes que son competencia de este tribunal por medio de su Estatuto. Entre las materias que son controversia ante estos tribunales se encuentran hechos que afectan los derechos humanos, el régimen jurídico de los espacios marinos entre Ucrania y Rusia, entre otros.

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas (Línea Derecho) de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Máster Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Escuela Diplomática de España. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de la Habana. Licenciado en Derecho con Título de Oro, Universidad de La Habana. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional Público.

*Palabras clave:* Conflicto militar, Ucrania, Rusia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, Corte Internacional de Justicia, tribunales arbitrales.

#### ABSTRACT

The article analyzes the Ukraine-Russia conflict from the perspective of the broad judicial and arbitration scenario that has opened up with its existence. For this, the different positions of both parties before international jurisdictions such as the European Court of Human Rights, the International Court of Justice and arbitration tribunals are described and argued. At this point, the role of the International Criminal Court is also discussed and the possible ways that arise in jurisdictional matters before the alleged commission of crimes that are the competence of this court through its Statute. Among the matters that are disputed before these courts are facts that affect human rights, the legal regime of marine spaces between Ukraine and Russia, among others.

*Keywords:* Military conflict, Ukraine, Russia, European Court of Human Rights, International Criminal Court, International Court of Justice, arbitral tribunals.

*Sumario:* 1. Introducción. 2. La presunta responsabilidad de Rusia por la violación de derechos humanos a través del litigio interestatal ante el TEDH y la CIJ. 3. El régimen jurídico de los espacios marinos de Ucrania y Rusia después de la anexión de Crimea. 4. La lucha contra la impunidad en los límites de una jurisdicción penal internacional: la CPI mientras llega un tribunal especial para el crimen de agresión. 5. Un intento de loable simbolismo, pero infructuoso (en la práctica) para detener la agresión a Ucrania: la vía judicial ante la CIJ. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

El conflicto entre Ucrania y Rusia, que data del año 2014, alcanzó una dimensión mayor con la agresión militar de Rusia el 28 de febrero de 2022 (“Operación Militar Especial”). Al momento de escribir estas líneas, son varios los escenarios en los que Ucrania ha hecho frente a este *ataque armado*. En el plano militar, la resistencia ucraniana tiene avances significativos, con la indiscutible ayuda de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y la Unión Europea. En el ámbito diplomático y político, si bien no se ha logrado consenso en el aislamiento internacional a Rusia –por la posición fundamental de China

y otros Estados-, la condena y el apoyo a Ucrania es abrumador en la comunidad internacional.

En el plano de Derecho internacional, son muchos los campos de discusión y aplicación que se abren en este conflicto: la relación entre la violación de normas imperativas del Derecho internacional (*ius cogens*) y la licitud de los Estados terceros en aplicar contramedidas (entre ellas las “sanciones” económicas); el alcance y los límites del derecho de libre determinación y el principio de integridad territorial, con respecto a la realización de referendos y la posterior aneación de territorios; la legalidad internacional de la ayuda militar, logística y de otro tipo de varios Estados a Ucrania para resistir la agresión; la cuestión de si esta ayuda incide en la consideración de “parte” en el conflicto de los Estados involucrados; la aplicación del derecho internacional humanitario en una variedad de situaciones, como lo es en territorios ocupados (y el cumplimiento, *inter alia*, de las obligaciones contenidas en el *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* de 18 de octubre de 1907), la utilización de determinadas armas, la distinción entre objetivos militares y civiles (como lo fue la discusión sobre si el puente de Kerch que une Crimea y Rusia era un “objetivo militar”); entre otras tantas cuestiones.<sup>2</sup>

Ante realidades como estas, la efectividad del Derecho internacional como “sistema” jurídico, en lo que a componentes coercitivos se refiere, siempre estará en desventaja en un sistema institucional carente de “autoridad” centralizada en la producción y aplicación del derecho.<sup>3</sup> De ahí que este Derecho, que convive con una especie de aceptación por todos los Estados de regular su conducta por normas y reglas convencionales o de carácter consuetudinaria<sup>4</sup>, y donde la formación de obligaciones tiene en la práctica de los Estados su componente fundamental,<sup>5</sup> tolere, en determinadas circunstancias -y sujetas a reglas que han

---

2 Vid., por ejemplo: Elena C. Díaz Galán, “La guerra de Ucrania y el derecho internacional humanitario: crónica de un conflicto anunciado”, *Tiempos de Paz*, n.º 146 (2022): 66-73; Kevin Jon Heller, “The Legality of Weapons Transfers to Ukraine Under International Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* (2022): 1-24; Cesáreo Gutiérrez Espada, *Sobre la “Operación Militar Especial” de Rusia en Ucrania* (Diego Marin Libro Editor SL., 2022).

3 Vid., las reflexiones en torno a este tema, dentro de la gran variedad doctrina, a: Cástor Miguel Díaz Barrado, *El Derecho Internacional del Tiempo Presente* (Editorial Dykinson, S.L., 2004), 168 y ss.

4 Una famosa expresión de un internacionalista norteamericano, coloca en su exacta dimensión la realidad del derecho internacional en este sentido: “El sistema internacional no tiene instituciones de gobierno, pero se realizan las funciones asociadas con el gobierno bajo un sistema jurídico. No hay legislatura, pero se hace la ley; no hay ejecutivo, y el Derecho ordinariamente no se «hace cumplir», pero generalmente se cumple; no hay tribunales con jurisdicción obligatoria integral, pero las disputas se resuelven y el Derecho se desarrolla en el proceso”. Louis Henkin, “International law: Politics, Values and Functions General Course on Public International Law”, *RCADI*, vol. 216 (1989): 21.

5 Este hecho es recalcado en la casi totalidad de la doctrina internacionalista. Vid., a modo de ejemplo:

evolucionado en el tiempo-, ciertos comportamientos individuales o colectivos de los Estados para hacer frente a amenazas o quebrantamientos flagrante del orden jurídico internacional.<sup>6</sup>

El panorama se enrarece con preocupación, sin embargo, cuando una potencia militar, con armamento nuclear, decide saltarse las reglas. Estas conductas han ocurrido en más de una ocasión en el siglo pasado y en el vigente, y la agresión rusa a Ucrania es el ejemplo vivo que pone a prueba otra vez al orden jurídico internacional, a su lógica de funcionamiento y a todo el sistema institucional que lo soporta. Por más que se demanden acciones y medidas eficaces que pongan fin a la barbarie en los marcos de este ordenamiento jurídico, el Derecho internacional sólo puede responder en los marcos de sus propios límites.

Precisamente Ucrania ha entendido que no sólo vale resistir y enfrentar a Rusia en el plano militar, económico y político. Desde 2014 se ha abierto una dimensión o “flanco” en las jurisdicciones judiciales y arbitrales internacionales que han agotado todos los fundamentos de jurisdicción posibles para enfrentar a Rusia, conforme al Derecho internacional, por hechos que alcanzaron su mayor gravedad con el ataque armado del 24 de febrero de 2022. Aunque muchos de ellos no han servido para frenar las atrocidades de la guerra, tiene un peso simbólico importante de cara al futuro en los marcos de una comunidad internacional que coexiste, se desarrolla, y funciona, con base a reglas que Rusia ha violentado de manera descarnada.

Las siguientes líneas intentarán acercar al lector a algunos de los litigios que enfrentan a Ucrania y a Rusia en jurisdicciones internacionales y que ponen en evidencia la amplitud alcanzada por un conflicto que tiene al mundo en vilo por la amenaza de utilización de armas nucleares. Para ello se ha estructurado el siguiente trabajo, en primer lugar, en describir y analizar el litigio interestatal entre ambos Estados en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en lo adelante “TEDH”) y ante la Corte Internacional de Justicia (en lo adelante “CJI”)

---

James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9na ed. (Oxford University Press, 2019), 15.

6 En este escenario, la interdependencia de los Estados, donde el fenómeno de la “globalización” ha sido decisivo, permite que las respuestas en forma de “contramedidas” o de “sanciones” unilaterales de carácter económico (de dudosa legalidad internacional muchas de ellas), etc., tiendan a contener ciertos elementos disuasorios y de prevención. Esta realidad adquiere un peso significativo cuando los impactos de estas medidas se dejan sentir con mayor rigor en el desarrollo interno y externo de los Estados, y es algo que puede advertirse con nitidez en el conflicto ucraniano, con el impacto de determinadas “sanciones” de carácter económicas en la económica rusa, y que por terminadas razones también se resiente en las económicas europeas.

por hechos que afectan directamente a los derechos humanos de las personas bajo el conflicto. En un segundo momento, expondremos el estado actual de los contenciosos que inciden o están relacionados con el régimen jurídico de los espacios marinos de Ucrania y Rusia después de la anexión de Crimea. Posteriormente se enfocará en los esfuerzos para evitar la impunidad en la comisión de crímenes internacionales, con especial énfasis en el papel de la Corte Penal Internacional (en lo adelante “CPI”). En último lugar, se hará una breve referencia al intento ucraniano de frenar por la vía de la CIJ la agresión de 24 de febrero y los argumentos sostenido por Ucrania para la ordenación de medidas provisionales de este tribunal.

## 2. LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DE RUSIA POR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DEL LITIGIO INTERESTATAL ANTE EL TEDH Y LA CIJ

Después de los convulsos hechos ocurridos en Ucrania y la anexión de Crimea por Rusia en 2014, el TEDH y la CIJ se convirtieron en parte del escenario de confrontación entre Ucrania y Rusia. Con respecto al primero, Ucrania dirigió sus esfuerzos hacia esta instancia por medio de “demandas” interestatales.<sup>7</sup> Un acontecimiento decisivo en el curso ante estos eventos, sobrevino con la agresión del 24 de febrero 2022. Rusia fue suspendida el 25 de febrero de 2022 en sus “derechos de representación” en el Consejo de Europa, por decisión del Consejo de Ministros de esta organización. El gobierno ruso, en consecuencia, decidió retirarse del Consejo de Europa y denunció el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del cual dejó de ser parte el 16 de septiembre de 2016. No obstante, el tribunal europeo tiene todavía competencia sobre demandas relacionados con presuntos hechos violatorios hasta el propio día 16 de septiembre.<sup>8</sup>

A principios de octubre de 2022 se mantenían vivas ante esta jurisdicción cinco demandas presentadas por Ucrania contra Rusia. Del mismo modo se daba a conocer en junio que se habían presentado “aproximadamente 8.500 demandas individuales ante la Corte que parecen estar relacionadas con los acontecimientos de 2014-2015.”

---

7 Vid. “Inter-State applications”, European Court of Human Rights. Disponible en: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/interstate&c=>

8 European Court of Human Rights, “Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights”, 22 de marzo de 2022. Disponible en: [https://echr.coe.int/Documents/Resolution\\_ECHR\\_cessation\\_membership\\_Russia\\_CoE\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf)

tecimientos en Crimea, el este de Ucrania y el Mar de Azov”<sup>9</sup>. El caso *Ucrania v. Rusia (X)*, directamente relacionado con los hechos de la agresión del 24 de febrero de 2022, cuentan con medidas provisionales dictadas por la Corte y una intervención en masa de varios Estados en este contencioso<sup>10</sup>.

Con respecto al primer punto, el 28 de febrero Ucrania había solicitado la ordenación de medidas provisionales referidas a los hechos del ataque armado ruso, y el 1 de marzo de 2022 estas se indicaron por la Corte con una determinación clara hacia Rusia: “abstenerse de ataques militares contra civiles y bienes de carácter civil, incluidos los locales residenciales, vehículos de emergencia y otros bienes civiles especialmente protegidos, como escuelas y hospitales, y para garantizar de inmediato la seguridad de los establecimientos médicos, el personal y los vehículos de emergencia dentro del territorio atacado o sitiado por las tropas rusas”<sup>11</sup>. Estas medidas también se acompañaron de otras dictadas por el tribunal el 4 de marzo de 2022, a partir de solicitudes de particulares, en la que se enfatizaba en el *deber* de “garantizar el acceso sin obstáculos de la población civil a rutas de evacuación seguras, atención médica, alimentos y otros suministros esenciales, el paso rápido y sin restricciones de la ayuda humanitaria y el movimiento de trabajadores humanitarios”<sup>12</sup>. El 1 de abril de 2022, todas las medidas fueron “recordadas” a Rusia por la Corte<sup>13</sup>.

En el ámbito de la CIJ, Ucrania “demandó” a Rusia el 16 de enero de 2017 con base en presuntas violaciones del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Los hechos de trasfondo que fundamentaban la violación de la primera de las convenciones por Rusia, estaban en la ausencia de “medidas apropiadas para detectar, congelar e incautar los fondos utilizados para ayudar a los grupos armados ilegales que participan en actos de terrorismo en Ucrania”, entre los que se señalaba a la

---

9 “Inter-State case Ukraine v. Russia (X): receipt of completed application form and notification to respondent State”, ECHR 220 (2022) 28 de junio de 2022. (Traducción propia del autor, y así se realiza en todo el trabajo).

10 “Multiple third-party intervention requests in inter-State proceedings Ukraine v. Russia (X)”, ECHR 292 (2022) 23 de septiembre de 2022.

11 Inter-State case Ukraine v. Russia (X): receipt of completed application form and notification to respondent State”, ECHR 220 (2022) 28 de junio de 2022. En este trabajo se tradujo al español por el autor todas las citas de sus lenguas originales, tanto de la jurisprudencia como de trabajo académicos.

12 Ibid.

13 En este punto se recaló “que las medidas indicadas el 1 de marzo de 2022 también cubrían: “cualquiera y todos los ataques contra civiles, incluso con el uso de cualquier forma de armas prohibidas, medidas dirigidas contra civiles en particular debido a su condición, así como la destrucción de bienes de carácter civil bajo el control de las fuerzas rusas”. Ibid.

“República Popular de Donetsk”, a la “República Popular de Lugansk”, y a los “Partisanos de la República Popular de Kharkiv”<sup>14</sup>.

También se alegaba el incumplimiento por Rusia, con base en esta convención, de las obligaciones para “investigar, enjuiciar o extraditar a los perpetradores del financiamiento del terrorismo que se encuentren dentro de su territorio”; para la “asistencia en relación con las investigaciones penales de la financiación del terrorismo”; y para la puesta en marcha de “medidas practicables para prevenir y contrarrestar los actos de financiamiento del terrorismo cometidos por actores públicos y privados rusos”<sup>15</sup>. En este orden también solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad de Rusia por el “patrocinio del terrorismo y su incapacidad para prevenir el financiamiento del terrorismo en virtud del Convenio, por los actos de terrorismo cometidos por sus representantes en Ucrania, incluidos: a) el derribo del vuelo MH17 de Malaysian Airlines; el bombardeo de civiles, incluso en Volnovakha, Mariupol y Kramatorsk; y (c) el bombardeo de civiles, incluso en Kharkiv”<sup>16</sup>.

Por su parte, las violaciones a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, se fundamentaba en determinadas acciones realizadas por Rusia contra los tártaros de Crimea, que en el criterio de Ucrania se realizaban mediante “sus órganos estatales, agentes estatales y otras personas y entidades que ejercen autoridad gubernamental, incluidas las autoridades *de facto* que administran la ocupación rusa ilegal de Crimea, y a través de otros agentes que actúan en bajo sus instrucciones o bajo su dirección y control”<sup>17</sup>.

---

14 Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, párr.2

15 *Ibid.*, párr. 2.

16 *Id.*, párr. 2

17 Entre estos se encontraban: “a) discriminar y maltratar sistemáticamente a los tártaros de Crimea y las comunidades étnicas ucranianas en Crimea, en cumplimiento de una política estatal de eliminación cultural de los grupos desfavorecidos percibidos como opositores al régimen de ocupación; (b) celebrar un referéndum ilegal en una atmósfera de violencia e intimidación contra grupos étnicos no rusos, sin ningún esfuerzo por buscar una solución consensuada e inclusiva que proteja a esos grupos, y como un paso inicial para privar a estas comunidades de la protección de la ley ucraniana y sometiéndolos a un régimen de dominación rusa; (c) suprimir la expresión política y cultural de la identidad tártara de Crimea, incluso mediante la persecución de los líderes tártaros de Crimea y la prohibición del Mejlis de los tártaros de Crimea; (d) impedir que los tártaros de Crimea se reúnan para celebrar y conmemorar eventos culturales importantes; e) perpetrar y tolerar una campaña de desapariciones y asesinatos de tártaros de Crimea; f) hostigar a la comunidad tártara de Crimea con un régimen arbitrario de registros y detenciones; g) silenciar a los medios tártaros de Crimea; h) la supresión de la enseñanza del idioma tártaro de Crimea y de las instituciones educativas de la comunidad; i) suprimir la enseñanza del idioma ucraniano en la que confían los ucranianos étnicos; (j)

La demanda ucraniana se acompañó de una solicitud de medidas provisionales, que en las audiencias orales la representación de Ucrania del 6 al 9 de marzo de 2017 relacionó –con respecto a la *Convención de Financiamiento del Terrorismo*–, con la solicitud de que Rusia *ejerciera* “un control adecuado sobre su frontera para evitar nuevos actos de financiación del terrorismo, incluido el suministro de armas desde el territorio de la Federación de Rusia al territorio de Ucrania”<sup>18</sup>, entre otras; y con respecto a la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, la abstención “de cualquier acto de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones en el territorio bajo su control efectivo, incluida la península de Crimea”, entre otras más específicas<sup>19</sup>.

En la orden de medidas provisionales aprobadas por la CIJ el 19 de abril de 2017, no obstante, se consideró que no se *cumplían* “las condiciones requeridas para la indicación de medidas provisionales con respecto a los derechos alegados por Ucrania” con fundamento en la *Convención de Financiamiento del Terrorismo*<sup>20</sup>. De este modo, consideró que estos requisitos únicamente se verificaban con relación a la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, por lo cual ordenó a Rusia “abstenerse de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad tártara de Crimea para conservar sus instituciones representativas, incluido el Mejlis” y “asegurar la disponibilidad de educación en el idioma ucraniano”. Con respecto a ambos Estados, la CIJ consideró que se *abstendrían* “de cualquier acción que pueda agravar o extender la controversia ante la Corte o hacerla más difícil de resolver”<sup>21</sup>.

---

impedir que personas de etnia ucraniana se reúnan para celebrar y conmemorar eventos culturales importantes; y (k) silenciar a los medios de comunicación étnicos ucranianos.” *Ibid.*, párr.3.

18 *Ibid.*, párr.14.

19 *Ibid.*, párr.14.

20 *Ibid.*, párr.76. La indicación de medidas provisionales se orden por la Corte una vez que supera un *test* con varios requisitos, entre ellos el criterio de “plausibility”, que genera no pocos problemas en su interpretación, y que se introdujo en la jurisprudencia de la Corte en su conocido asunto *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures (Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 139. De ahí la consideración del juez Cançado Trindade en este propio caso: cuando se trate de medidas provisionales que tenga como “beneficiarios últimos” a los “seres humanos”, debe sustituirse este *test* de “plausibility” por el *test* de “human vulnerability” (vulnerabilidad humana). *Vid.*, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures, Order of 19 April 2017*, I.C.J. Reports 2017, párr.36 y ss.

21 *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures, Order of 19 April 2017*, I.C.J. Reports 2017, párr.106.



Después de intercambios por ambas partes ante la Corte sobre el incumplimiento e interpretación sobre algunas cuestiones planteadas en la orden de medidas provisionales<sup>22</sup>, y otros trámites de notificación (entre ellos a los Estados partes de las convenciones en cuestión<sup>23</sup>), se fijaron los plazos para la presentación de la memoria por parte de Ucrania (12 de junio de 2018) y la contramemoria de Rusia (12 de julio de 2019).<sup>24</sup> En la estrategia seguida por Rusia (con evidente intención de dilatar el procedimiento y ganar tiempo en la preparación de la contramemoria) la presentación de la memoria por Ucrania fue seguida por el planteamiento de excepciones preliminares sobre la jurisdicción del tribunal y la admisibilidad de la demanda. Este paso obligó al tribunal<sup>25</sup> a *suspender el procedimiento sobre el fondo* del asunto y a abrir una fase para la sustanciación de estas excepciones, con la presentación por Ucrania de observaciones sobre éstas en el plazo establecido por la Corte y la celebración de una audiencia que se realizó entre los días 3 y 7 de junio de 2019.<sup>26</sup> La Corte, sin embargo, por sentencia de fecha 8 de noviembre de 2019, rechazó las objeciones presentadas por Rusia y se declaró competente para conocer de las reclamaciones ucranianas.<sup>27</sup>

El procedimiento ha seguido su curso con lentitud, pese a la gravedad de los hechos que están en la base de la demanda ucraniana, con expresas solicitudes de Rusia que prorrogaron los plazos para la presentación de la contramemoria<sup>28</sup>. Una vez presentada, fue entonces Ucrania quien solicitó al tribunal un

---

22 Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019, párrs. 10-11.

23 *Ibid.*, párr.12.

24 *Ibid.*, párr.13.

25 Artículo 79. 5) del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

26 Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019, párrs. 16 y ss.

27 *Ibid.*, párr. 134.

28 El 8 de noviembre de 2019 el tribunal había establecido, en su reajuste del calendario, el 8 de diciembre de 2020 como el límite del plazo para que Rusia presentara su contramemoria. Por solicitud de Rusia este plazo fue prorrogado por el tribunal para el 8 de abril de 2021 y una vez más, a solicitud de Rusia, este plazo fue prorrogado hasta el 8 de julio de 2021. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Order of 20 January 2021, I.C.J. Reports 2021, p. 3. Con la pandemia del Covid, y así una vez más, esta vez con la justificación de “que dos personas clave involucradas en la preparación de ese alegato habían sido diagnosticadas con COVID-19 y se les impidió trabajar temporalmente debido a los graves efectos del virus”, cuando el tribunal, sin la oposición de Ucrania, aceptó la solicitud de Rusia de prorrogar el plazo de presentación por un mes, es decir hasta el 9 de agosto de 2021. *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*,

período de 9 meses para preparar una réplica a esta contramemoria, tomando en cuenta “las numerosas alegaciones de hecho y argumentos jurídicos” en ese escrito. Esto lo solicitaba Ucrania, aun bajo la consideración de que “deseaba que el caso procediera con la mayor celeridad posible en vista de la urgencia del asunto”. Rusia, como era de esperar, estuvo de acuerdo en realizar “una segunda ronda de alegatos escritos”, y reforzaron esta dilación en el procedimiento con la solicitud de que “se requerían plazos más largos para la preparación de una dúplica, a la luz del amplio alcance y complejidad del caso y del extenso material probatorio presentado”. Por esta razón solicitaron un plazo de 12 meses para la preparación y presentación de la dúplica a la réplica de Ucrania. En este sentido, el tribunal *autorizó* la presentación de estos escritos, y fijó el 8 de abril de 2022 de plazo para Ucrania, y el 8 de diciembre de 2022 para la dúplica de Rusia.<sup>29</sup>

En este período, se produce el ataque armado de Rusia del 24 de febrero. Días antes de expirar el plazo para la presentación de la réplica por Ucrania, solicitó una prórroga de tres semanas debido a las “dificultades derivadas de la situación actual en Ucrania”, lo que no recibió objeción por Rusia, quien reclamó igualmente una prórroga por el mismo tiempo para la presentación de su réplica. El tribunal, en consecuencia, extendió el plazo para ambos (29 de abril de 2022 para Ucrania y 19 de enero de 2023 para Rusia).<sup>30</sup> Hasta el momento en que se escriben estas líneas, no parece el sitio oficial web de la Corte Internacional, ninguna otra diligencia en este caso.<sup>31</sup> La urgencia en hechos que afectan gravemente los derechos humanos de la personas, tiene sus propios ritmos en las jurisdicciones internacionales, aún más si está matizada por un conflicto armado que se agrava a gran velocidad.

Por estas fechas, se produce una renuncia en bloque de prestigiosos juristas que conformaban el equipo de Rusia en litigios internacionales. En una publicitada carta de uno de ellos, el francés Alain Pellet, explicaba su postura sobre la base de que “los abogados pueden defender causas más o menos cuestionables”, pero ante estos eventos consideró que “se ha vuelto imposible representar en foros dedicados a la aplicación del Derecho a un país que tan cínicamente la

---

*ordonnance du 28 juin 2021*, C.I.J. Recueil 2021, p. 196.

29 Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), ordonnance du 8 octobre 2021, C.I.J. Recueil 2021, p. 202.

30 Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), ordonnance du 8 avril 2022.

31 Consultar: <https://www.icj-cij.org/en/case/166>

desprecia”<sup>32</sup>. Aunque en este caso, resultaba altamente impugnabile que sostuviera en esta misma carta, con referencia a la anexión de Crimea – y a modo de justificar su aceptación a defender a Rusia en los litigios que tenían relación con esta anexión- que “si bien el derecho internacional protege la integridad territorial de los Estados, no prohíbe las secesiones si satisfacen las aspiraciones de la población interesada y pueden establecerse en la práctica”, y que, en consecuencia, “en Crimea, el pecado de Putin contra el derecho internacional no es que haya empujado a la región a separarse de Ucrania y unirse a Rusia”, sino “fue haber interferido crudamente en el proceso que, con toda probabilidad, habría llevado al mismo resultado, si la consulta a la población se hubiera producido sin esta intervención.”<sup>33</sup> No es ésta la posición, con respecto a la anexión de Crimea, sostenida por la comunidad internacional y por el Derecho internacional en esta materia.

### 3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ESPACIOS MARINOS DE UCRANIA Y RUSIA DESPUÉS DE LA ANEXIÓN DE CRIMEA

El Mar Negro, el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch se han convertido en espacios de enorme tensión entre Ucrania y Rusia después de 2014. La agresión rusa de 22 de febrero de 2022, que escaló el conflicto armado a todo el territorio ucraniano, ha mostrado una gran actividad con implicaciones en aspectos sensibles de la convivencia entre los Estados ribereños. Entre los acontecimientos recientes se registra: la suspensión por Rusia de la navegación comercial en el Mar de Azov el 24 de febrero de 2022 al amparo del *Acuerdo entre la Federación Rusa y Ucrania sobre cooperación en el uso del mar de Azov y el estrecho de Kerch* de 24 de diciembre de 2003<sup>34</sup>; el cierre por Turquía el 27 de febrero de 2022 de los estrechos del Bósforo y los Dardanelos a buques de guerra, al amparo de la *Convención de Montreux* de 1936<sup>35</sup>; el hundimiento de buques (como

---

32 Alain Pellet, “Open Letter to my Russian Friends: Ukraine is Not Crimea”, *Ejil: Talk!*, 3 de marzo de 2022, <https://www.ejiltalk.org/open-letter-to-my-russian-friends-ukraine-is-not-crimea/>

33 *Ibid.*

34 *Vid.*, sobre este, la relación de esta medida con la existencia de un “bloqueo” y un análisis sobre su legalidad en el derecho internacional que se realiza en: Alexander Lott, “Russia’s Blockade in the Sea of Azov: A Call for Relief Shipments for Mariupol”, *Ejil: Talk!*, 14 de marzo de 2022, <https://www.ejiltalk.org/russias-blockade-in-the-sea-of-azov-a-call-for-relief-shipments-for-mariupol/>

35 Nilüfer Oral, “To Close or Not to Close the Turkish Straits under Article 19 of the 1936 Montreux Convention Regarding the Regime of the Straits”, *CIL Blog*, <https://cil.nus.edu.sg/to-close-or-not-to-close-the-turkish-straits-under-article-19-of-the-1936-montreux-convention-regarding-the-regime-of-the-straits/>

el ocurrido a un buque de carga estonio a principios de marzo de 2022) por el minado existente en áreas del Mar Negro, que se discute en su conformidad con el derecho consuetudinario en esta materia, y que en el ámbito convencional cuenta con la *Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto* (Convención de la Haya VIII) de 1907, aunque también tiene incidencia en aspectos concernientes a la *Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias neutrales en la guerra marítima* (Convenio de la Haya XIII) de 1907 o a la propia *Convención de Derecho del Mar* de 1982 (en lo adelante “CONVEMAR”).<sup>36</sup>

Estos hechos ocurridos desde 2014, en otro tanto, se relacionan de manera decisiva con los derechos de ambos Estados en estos espacios marinos. Es este uno de los campos en que la “ingeniería” y la “razón” del Derecho se tendrá que aplicar a fondo ante la riqueza de cuestiones sometidas a dirimir en jurisdiccionales internacionales. En este sentido, era lógico barruntar, *prima facie*, las implicaciones de la anexión del territorio de Crimea por Rusia en 2014 en el régimen jurídico de los espacios marinos entre Ucrania y Rusia, en lo concerniente al Mar Negro, al Mar de Azov y al Estrecho de Kerch. Este hecho ganó relevancia ante órganos arbitrales internacionales, cuando Ucrania demandó a Rusia el 16 de septiembre de 2016 -“Disputa Relativa a los Derechos de los Estados Costeros en el Mar Negro, el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch”- conforme al procedimiento previsto en la CONVEMAR (artículo 287 y anexo VII).

Era una demanda que tenía como base determinadas actividades llevadas a cabo por Rusia en estas aguas, con la impugnación de la jurisdicción de Ucrania sobre estas en determinadas cuestiones (exploración y explotación de recursos naturales, autorización y regulación de la pesca en el Mar Negro y en el Mar de Azov; el derecho a pasar de Ucrania por el Estrecho de Kerch, así como otras actividades que afectaba este estrecho, como el tendido de cable submarino, la construcción de un puente y de un oleoducto que conectaba Rusia y Crimea, en-

---

<sup>36</sup> *Vid.*, Raul Pedrozo, “Dangerous Waters: Use of Naval Mines in the Russia-Ukraine Conflict”, *Lawfire*, 15 de junio de 2022, <https://sites.duke.edu/lawfire/2022/06/15/guest-post-prof-pete-pedrozo-on-dangerous-waters-use-of-naval-mines-in-the-russia-ukraine-conflict/>. Esta última es una cuestión que ha estado presente en varios contenciosos internacionales ante la Corte Internacional de Justicia, como lo fue el *Caso del canal de Corfú* entre Reino Unido y Albania (1949), *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* entre Nicaragua y Estados Unidos de América (1986) y *Caso relativo a las plataformas petrolíferas*, entre la República Islámica de Irán y Estados Unidos de América (2003). *Vid.*, David Letts, “Naval mines: Legal considerations in armed conflict and peacetime”, *International Review of the Red Cross*, vol. 98, n.º 2 (2006): 543-565.

tre otros)<sup>37</sup>. A tales efectos se conformó un tribunal arbitral<sup>38</sup>, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, y se aprobaron las reglas del procedimiento.

Existía una cuestión problemática en materia de jurisdicción en la demanda ucraniana con relación a esta disputa sobre el régimen jurídico de estos espacios marinos: si la controversia concernía a si Ucrania ostentaba derechos como Estado ribereño en el Mar Negro, Mar de Azov y el Estrecho de Kerch, ello implicaba para alguna de estas cuestiones que el tribunal tuviera que decidir, con carácter anterior, la soberanía sobre el territorio terrestre de Crimea. Ucrania sostenía que “la soberanía sobre la tierra” no era “la disputa real en el presente caso, ni donde reside el peso relativo de la disputa”<sup>39</sup>, a diferencia de Rusia, que considerara esta cuestión no “accesoria a la disputa por el derecho del mar sino «el frente y centro» de la disputa”<sup>40</sup>.

Este aspecto, en definitiva, fue apartado por el tribunal en la fase de excepciones preliminares en su *Laudo sobre Excepciones Preliminares* de 21 de febrero de 2020, al considerar que no tenía jurisdicción para decidir sobre esta materia. Si bien se debatió la posición sostenida por en el laudo de 18 de marzo de 2015 de un tribunal arbitral en el asunto *Arbitraje del Área Marina Protegida de Chagos entre Mauricio y Reino Unido*)<sup>41</sup>, donde se estableció la “posibilidad de que su jurisdicción pudiera extenderse para pronunciarse sobre una cuestión accesoria de soberanía territorial”, en el presente asunto el tribunal arbitral consideró que “la soberanía sobre Crimea no es una cuestión menor secundaria a la disputa sobre la interpretación o aplicación de la Convención”, sino que constituía “un requisito previo para la decisión” a tomar por el tribunal sobre las reclamaciones ucranianas.<sup>42</sup>

De esta forma, el Tribunal arbitral, conforme al artículo 288.1 de la CONVEMAR, que establece que las controversias ante estos tribunales se constriñen a “la interpretación o la aplicación de esta Convención”, consideró “carece(r) de

---

37 *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation)*, Award on Preliminary Objections, 21 February 2020, párr.9.

38 Integrado por Vaughan Lowe QC, nombrado por Ucrania, Vladimirovich Golitsyn –nombrado por Rusia, y los jueces Jin-Hyun Paik (como presidente), Boualem Bouguetaia, y Alonso Gómez-Robledo, nombrados por el Tribunal Internacional del Mar, conforme al el Anexo VII, Artículo 3, inciso (d), de la Convención del Derecho del Mar.

39 *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation)*, Award on Preliminary Objections, 21 February 2020, párr.191.

40 *Ibid.*, párr. 192.

41 *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)* (hereinafter “Chagos”), Award of 18 March 2015, párr. 220-221.

42 *Ibid.*, párr.195

jurisdicción sobre la disputa presentada por Ucrania en la medida en que un fallo del Tribunal de Arbitraje sobre el fondo de las reclamaciones de Ucrania necesariamente requiere que decida, expresa o implícitamente, sobre la soberanía de cualquiera de las Partes sobre Crimea.”<sup>43</sup> Es decir, consentir la jurisdicción de un tribunal en aquellas cuestiones que afectaran la “interpretación” y “aplicación” de la Convención, fue interpretada por el Tribunal como que no implicaba que los Estados hubieran consentido la jurisdicción de un tribunal al efecto para que decidir una disputa concerniente a la “soberanía” de un territorio terrestre, como era para el caso la península de Crimea.

En cualquier caso, el tribunal no cerró la puerta a toda reclamación presentada por Ucrania en este asunto. Contrario a lo que objetó Rusia, sí consideró tener competencia para decidir sobre algunos reclamos de Ucrania con relación al Mar de Azov y el Estrecho de Kerch. En este sentido, rechazó una de las excepciones preliminares presentadas por Rusia para que el tribunal no pudiera decidir en lo concerniente a “las actividades en el Mar de Azov y en el Estrecho de Kerch”<sup>44</sup>, y que estaban relacionados con la consideración de Rusia de que “el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch” tenía “el estatus jurídico de aguas internas”. Para el tribunal, “esta objeción no puede abordarse adecuadamente sin tocar las cuestiones de fondo”.<sup>45</sup>

Desde el punto de vista jurídico, el régimen jurídico del Mar Azov y del Estrecho de Kerch despierta interesantes cuestiones. Rusia defendió el criterio que el Mar de Azov constituye “aguas interiores” del Imperio Ruso y de la Unión Soviética (algo que ninguna de las dos partes ponen en cuestión), y que con la independencia de Ucrania pasó a ser “aguas interiores comunes” entre ambos Estados.<sup>46</sup> No obstante, si bien consideró el ejercicio de la soberanía sobre este mar al igual que Ucrania, fue de la posición que se encontraba “ejerciendo soberanía exclusiva sobre las aguas del Estrecho de Kerch desde que ha estado ejerciendo su soberanía en ambos lados del estrecho”.<sup>47</sup> Ello no impedía, a juicio de Rusia, el reconocimiento de algunos derechos para Ucrania en este estrecho, conforme al *Tratado entre la Federación Rusa y Ucrania sobre Cooperación en el Uso del Mar de Azov y el Estrecho de Kerch* de 24 de diciembre de 2003, en

---

43 Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), Award on Preliminary Objections, 21 February 2020, párr.197

44 *Ibid.*, párr.492 b)

45 *Ibid.*, párr.293.

46 *Ibid.*, párr.199.

47 *Ibid.*, párr.211.

este caso, “libertad de navegación para los barcos ucranianos y el derecho de paso libre para los barcos extranjeros no militares que navegan hacia y desde puertos ucranianos”.<sup>48</sup>

Por su parte Ucrania alegó en este contencioso que la disolución de la Unión Soviética y la independencia de Ucrania, este mar debía considerarse un “mar cerrado o semicerrado” de acuerdo a la definición brindada por la Convención del Mar. Esto implica la existencia de un “mar territorial” y una “zona económica exclusiva” para cada Estado, y que el Estrecho de Kerch fuera reconocido entonces como “estrecho utilizado para la navegación internacional”.<sup>49</sup> En este último caso, el artículo 37 de la CONVENMAR establece este régimen para la navegación en aquellos estrechos que vinculan “una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva”. Ucrania adujo la “conexión” entre una zona económica exclusiva en el Mar de Azov y una zona exclusiva en el Mar Negro<sup>50</sup>.

Una de las posiciones de Ucrania radica en que, si bien fue consistente considerar el Mar de Azov como “aguas interiores”, al estar rodeado por un solo Estado, esta situación no era sostenible con la independencia de Ucrania y pasar a estar rodeada por dos Estados.<sup>51</sup> Esta es una posición que encontró respuestas por Rusia con ejemplos, *inter alia*, de decisiones judiciales que a su juicio se había pronunciado en un sentido contrario, como la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Controversia sobre Fronteras Terrestres, Insulares y Marítimas (El Salvador/Honduras: Intervención de Nicaragua)* y por un tribunal arbitral en el asunto *Arbitraje entre la República de Croacia y la República de Eslovenia (Croacia/Eslovenia)*.<sup>52</sup>

La cuestión no es menor: el Mar de Azov como “aguas interiores” implica soberanía de los Estados ribereños, mientras que considerarlo como “mar cerrado o semicerrado” conlleva delimitar en distintos espacios jurídicos todas estas aguas (mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental), con pérdida de poderes soberanos.<sup>53</sup> En igual sentido, sería el presupuesto para considerar el Estrecho de Kerch como un “estrecho utilizados para la navegación

---

48 *Ibid.*, párr.211.

49 *Ibid.*, párr.200

50 Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), Award on Preliminary Objections, 21 February 2020, párr.215.

51 *Ibid.*, párr.212.

52 *Ibid.*, párrs.208-209.

53 El artículo 123 de la CONVENMAR establece también obligaciones para los Estado ribereños para estos supuestos de mares cerrados o semicerrados.

internacional” en los términos de la CONVEMAR, que conlleva, por ejemplo, reconocer un “derecho de paso en tránsito” sin “obstáculos” a buques y aeronaves.<sup>54</sup>

Al momento de escribir estas líneas, no existe decisión del tribunal sobre estas cuestiones de fondo, y es posible que esta se demore en el tiempo.<sup>55</sup> Como consideró el propio tribunal arbitral, “el régimen jurídico que rige el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch depende, en gran medida, de cómo las Partes los hayan tratado en el período posterior a la independencia de Ucrania”, en este caso tomando en cuenta “los acuerdos posteriores entre las Partes”, y “cómo las Partes han actuado entre sí o frente a terceros Estados en las áreas antes mencionadas”.<sup>56</sup> En igual sentido, al Rusia haber alegado un “título histórico” de forma “alternativa para excluir la aplicación de la Convención al Mar de Azov y al Estrecho de Kerch”, el tribunal también consideró que *debía* “determinar si existió un título histórico sobre las aguas en cuestión, si dicho título continuó después de 1991 y, en caso afirmativo, cuál ha sido el contenido del régimen aplicable a tales aguas”.<sup>57</sup> Sin embargo, el panorama se ha complicado desde septiembre de 2022, con la anexión de Rusia de las regiones ucranianas de Donetsk, Lugansk, Jersón y Zaporíyia. Desde ese momento, Rusia se convierte en el único Estado que rodea el Mar de Azov y esto supone una nueva disputa sobrevenida donde las partes involucradas difieren de la “legalidad” o no de esta anexión.

Otro de los casos sometidos a arbitraje administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, cuyo laudo sobre excepciones preliminares tiene fecha de 27 de junio de 2022<sup>58</sup>, tuvo como hechos la detención de tres buques de guerra y militares ucranianos. El 1 de abril de 2019 presentó a Rusia una “Notificación y Escrito de Demanda” con respecto a hechos que ocurrieron en las fechas de 24

---

54 En términos generales se define este “derecho de paso en tránsito” como “la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva”. Artículo 38, 1 y 2. Existen también “Obligaciones de los buques y aeronaves durante el paso en tránsito” (artículo 39), y de modo especial para aquellos supuestos de “Actividades de investigación y levantamientos hidrográficos” artículo 40, así como cuestiones a definir por el Restado ribereño sobre las “Vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico en estrechos utilizados para la navegación internacional”, entre otros. (artículo 41)

55 Rusia solicitó el 7 de julio de 2022 una “modificación” del “calendario procesal” y así fue acordado por el tribunal. *Vid.*, al respecto: *Procedural Order No. 9, Regarding the Revised Procedural Timetable for Further Proceedings*.

56 *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation)*, Award on Preliminary Objections, 21 February 2020, párr.291.

57 *Ibid.*, párr.292.

58 Este arbitraje también se realizó conforme al artículo 287 y Anexo VII, artículo 1 de la CONVEMAR.



y 25 de noviembre de 2018, y en los que Ucrania alegaba la violación de varios artículos de la CONVEMAR, entre ellas “las disposiciones de la Convención sobre la inmunidad de los buques de guerra y otros buques gubernamentales operados con fines no comerciales en el mar territorial y la zona económica exclusiva (específicamente, los artículos 30, 32, 58, 95 y 96)”.<sup>59</sup>

En efecto, tres buques habían intentado realizar una ruta entre el puerto de Odesa hasta el Mar de Azov pasando por el estrecho de Kerch en fecha 24 de noviembre de 2018, pero se les negó el paso por barcos rusos, con la justificación de que “el Mar Territorial Ruso en el lado del Mar Negro del acceso al Estrecho de Kerch estaba temporalmente cerrado y que al navegar hacia el Estrecho de Kerch estarían cruzando ilegalmente la frontera del Estado Ruso”.<sup>60</sup> En la sucesión de eventos registrados, se da cuenta que los barcos ucranianos no pretendieron proseguir su curso, pero en su navegación de regreso se les ordenó detenerse y, ante su negativa, fueron interceptados, arrestados los barcos y los militares que se encontraban a bordo, con la apertura de un proceso penal en contra de estos militares, a la vez que se “detuvo los buques como prueba física en estos procesos penales, sobre la base de haber cruzado ilegalmente la frontera estatal rusa”<sup>61</sup>.

Con carácter previo, Ucrania había solicitado al Tribunal Internacional del Mar el 16 de abril de 2019 la adopción de medidas provisionales<sup>62</sup> y con fecha 25 de mayo de 2019 este tribunal ordenó que Rusia debía *liberar* “inmediatamente” los buques de guerra ucranianos Berdyansk, Nikopol y Yani Kapu” y *devolverlos* a la “custodia” de Ucrania y a “los 24 militares ucranianos detenidos” y que se les *permitiera* “regresar a Ucrania”; así como que Ucrania y Rusia se *abstuvieran* “de tomar cualquier acción que pueda agravar o extender

---

59 *Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. the Russian Federation)*, Award on the Preliminary Objections of the Russian Federation, 27 June 2022, párr.3.

60 *Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. the Russian Federation)*, Award on the Preliminary Objections of the Russian Federation, 27 June 2022, párr.2.

61 *Ibid.*, párr. 2.

62 Esta solicitud se realizó en virtud del artículo 290. 5) de la CONVEMAR: “Hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia con arreglo a esta sección, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, con respecto a las actividades en la zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido, el tribunal al que se haya sometido la controversia podrá, actuando conforme a los párrafos 1 a 4, modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales.”

la disputa sometida al tribunal arbitral del Anexo VII”<sup>63</sup>. Este es otro asunto, no obstante, que queda pendiente a resolver por el tribunal arbitral, después de dar a conocer su laudo sobre excepciones preliminares de 27 de junio de 2022. En este caso, deberá decidir en el fondo del asunto algunas cuestiones como “la determinación del momento preciso en que los hechos dejaron de ser «actividades militares» en el sentido del artículo 298(1)(b) de la Convención”<sup>64</sup> y la “aplicabilidad” de la inmunidad a los referidos buques de guerra al amparo de la CONVEMAR, entre otras cuestiones<sup>65</sup>.

#### 4. LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN LOS LÍMITES DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL: LA CPI MIENTRAS LLEGA UN TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN

La apuesta por la creación de un tribunal especial para juzgar por el *crimen de agresión* cometido por varias personas de la cúpula política y militar de Rusia, gana fuerza de a poco. El ex primer ministro de Reino Unido, Gordon Brown, junto a otras figuras de diversos ámbitos, hicieron público una declaración en el abogaron por un tribunal de este tipo para Ucrania.<sup>66</sup> Hasta el momento, es una idea que cuenta con el respaldo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de

---

63 *Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine V. Russian Federation) Request for the prescription of provisional measures*, International Tribunal for the Law of The Sea, 25 May 2019, párr. 124.

64 “Artículo 298 Excepciones facultativas a la aplicabilidad de la sección 2.

1. Al firmar o ratificar esta Convención o adherirse a ella, o en cualquier otro momento posterior, los Estados podrán, sin perjuicio de las obligaciones que resultan de la sección 1, declarar por escrito que no aceptan uno o varios de los procedimientos previstos en la sección 2 con respecto a una o varias de las siguientes categorías de controversias:

(...)

b) Las controversias relativas a actividades militares, incluidas las actividades militares de buques y aeronaves de Estado dedicados a servicios no comerciales, y las controversias relativas a actividades encaminadas a hacer cumplir las normas legales respecto del ejercicio de los derechos soberanos o de la jurisdicción excluidas de la competencia de una corte o un tribunal con arreglo a los párrafos 2 ó 3 del artículo 297”.

65 *Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. the Russian Federation)*, Award on the Preliminary Objections of the Russian Federation, 27 June 2022, párr.124.

66 *Statement Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression against Ukraine*. <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaratio n.pdf>

Europa<sup>67</sup>, el Parlamento Europeo<sup>68</sup>, la Asamblea Parlamentaria de la OTAN<sup>69</sup>, y la Asamblea Parlamentaria de la OSCE<sup>70</sup>. El Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en una decisión del 15 de septiembre de 2022, “tomó nota con interés de las propuestas de Ucrania de establecer un tribunal especial *ad hoc* para el crimen de agresión contra Ucrania y un mecanismo integral de compensación internacional”.<sup>71</sup> Por su parte, el gobierno ucraniano también creó en septiembre un “grupo de trabajo” con la mira puesta en la creación de un tribunal especial para el crimen de agresión.<sup>72</sup> Este avance se realiza junto a otras propuestas presentadas por varias instituciones de la sociedad civil para reforzar la persecución y juzgamientos por varios de estos crímenes en el ámbito nacional, como la instalación de un Tribunal Superior de Crímenes de Guerra de Ucrania<sup>73</sup>.

Estas iniciativas descansan, entre otros factores, en un grupo de problemas de carácter jurisdiccional a los que tiene enfrenar la Corte Penal Internacional. La competencia de la CPI sobre los crímenes establecidos en los artículos 5, 6, 7

---

67 PACE calls for an ad hoc international criminal tribunal to hold to account perpetrators of the crime of aggression against Ukraine, Parliamentary Assembly Session Strasbourg 28 APRIL 2022.

68 “Ucrania: el Parlamento Europeo pide un tribunal especial para crímenes de agresión”, Parlamento Europeo, 19-05-2022.

69 “URGES member governments and parliaments of the North Atlantic Alliance: (...) j. to support the initiatives aimed at establishing accountability of the Russian Federation under international law, international human rights law and international criminal law, notably the investigations launched by the Prosecutor of the International Criminal Court and the European Union Member States, as well as the establishment of a special ad hoc international criminal tribunal to investigate and prosecute the crime of aggression against Ukraine and bringing the perpetrators to justice”. *Declaration, Standing with Ukraine, Plenary, NATO Parliamentary Assembly*, 30 de mayo de 2022. <https://www.nato-pa.int/download-file?filename=/sites/default/files/2022-05/111%20SESP%2022%20E%20rev.1%20fin%20-%20DE%20CLARATION%20ON%20UKRAINE.pdf>

70 “The OSCE Parliamentary Assembly: (...) Calls for the quick establishment of effective legal mechanisms to prosecute and punish those responsible for such crimes, including a special international criminal tribunal, as well as the provision of the financial support needed for this effort to succeed in providing justice”. Resolution on the Russian Federation’s War of Aggression against Ukraine and its People, and its Threat to Security across the OSCE Region, En Birmingham Declaration and Resolutions adopted by the OSCE Parliamentary Assembly at the Twenty-Ninth Annual Session Birmingham, 2 – 6 July, 2022.

71 Ministers’ Deputies, Decisions, CM/Del/Dec(2022)1442/2.3, 15 September 2022. [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=090001680a8135a](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=090001680a8135a)

72 “Zelensky forma un grupo de trabajo sobre la creación de un tribunal para castigar a Rusia, Plataforma Multimedia Exterior de Ucrania, 22.09.2022. Disponible en: <https://www.ukrinform.es/rubric-crime/3577699-zelensky-forma-un-grupo-de-trabajo-sobre-la-creacion-de-un-tribunal-para-castigar-a-rusia.html>

73 Se trata de un proyecto realizado por *Public International Law & Policy Group*, entre otros. Vid., *Draft Law for a Ukrainian High War Crimes Court*. Disponible en: <https://www.publicinternationalallaw.ndpolicysgroup.org/draft-law-ukrainian-high-war-crimes-court>. Del mismo se constatan otras iniciativas en este sentido, como la realización de un *Modelo de Acusación por el crimen de agresión cometido contra Ucrania*, realizado por Open Society Justice Initiative. Disponible en: <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2022/05/osji-model-indictment-for-crime-of-aggression-committed-against-ukraine-may-2022.pdf>. También existen propuestas de este tipo por: *Yale Club’s from the Ukraine Task Force of the Global Accountability Network*.

y 8bis del Estatuto (*crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión*) no se limita únicamente al territorio de los Estados partes o si se cometen estos crímenes por nacionales de Estados partes.<sup>74</sup> El ejercicio de la competencia de la CPI con respecto a Estados no partes, es posible si se da una combinación de factores: que la competencia se fundamente en una remisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>75</sup>; o que uno de los dos Estados consienta la jurisdicción de la CPI para conocer de presuntos crímenes establecidos en el mencionado Estatuto, aun cuando no sea Estado parte<sup>76</sup>.

Esto último es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de Ucrania, y que permite -aunque Ucrania y Rusia no sean Estados partes del Estatuto- que la CPI tenga competencia con respecto a hechos que involucren a ambos Estados. Ucrania reconoció la jurisdicción de la CPI para presuntos crímenes cometidos en su territorio de conformidad con el mencionado artículo 12 (3) del Estatuto de la CPI, y de esta forma la CPI tiene competencia con respecto a presuntos crímenes cometidos en territorio ucraniano de conformidad con el consentimiento prestado por este Estado, entre ellos los cometidos por nacionales de Rusia.<sup>77</sup> En el primero de los casos, Ucrania reconoció el 9 de abril de 2014 la

---

74 “Artículo 12 Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

(...)

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.”

75 “Artículo 13 Ejercicio de la competencia

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

(...)

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”

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

77 La competencia territorial está establecida en los artículos 12 y 13 b) del Estatuto de la CPI. La propia Corte en este sentido: “La jurisdicción de la Corte se establece en el Estatuto: el artículo 5 especifica la materia de la jurisdicción de la Corte, a saber, los crímenes sobre los que la Corte tiene jurisdicción, definidos secuencialmente en los artículos 6, 7 y 8. Jurisdicción sobre las personas se trata en los artículos 12 y 26, mientras que la jurisdicción territorial se especifica en los artículos 12 y 13 (b), según el origen del proceso. Finalmente, la jurisdicción *ratione temporis* está definida por el artículo 11.”

Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, párr.22.

jurisdicción de la CPI para “identificar”, “perseguir” y “juzgar” a los responsables de presuntos crímenes cometidos en el período del 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014 en el territorio de Ucrania.<sup>78</sup> Posteriormente, otra declaración del 8 de septiembre de 2015 consintió en el mismo sentido la jurisdicción de la CPI desde el 20 de febrero de 2014 con una “duración indefinida”<sup>79</sup>.

Un aspecto procesal de repercusión en la situación de Ucrania consistía en los pasos a seguir según la forma en que se “activaba” la competencia de la CPI. La remisión de una situación por un Estado parte (13.a del Estatuto) o por el Consejo de Seguridad, evade a la Fiscalía de la CPI de un “control judicial” por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI cuando decide iniciar una “investigación”, después de agotada la etapa o fase de “examen preliminar”. Sin embargo, si el Fiscal inicia *de oficio* un “examen preliminar”, de conformidad con el artículo 15, sólo puede pasar a la fase de “investigación” con la autorización de la mencionada Sala de Cuestiones Preliminares, que evalúa la existencia de un “fundamento suficiente para abrir una investigación” (artículo 15.4).

En la situación de Ucrania, la Fiscalía había decidido iniciar *de oficio* un “examen preliminar” desde el 25 de abril de 2014, de conformidad con la aceptación de la competencia de la CPI realizada por Ucrania el 17 de abril de 2014 para los hechos ocurridos en el período del 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014, es decir, para los hechos denominados “eventos de Maidán”.<sup>80</sup> Con la segunda declaración ucrania de 8 de septiembre de 2015 para extender en el tiempo la competencia de la CPI, el Fiscal *decidió* “ampliar el ámbito temporal de la actual examen preliminar para incluir cualquier presunto delito cometido en el territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014 en adelante”<sup>81</sup>, en este

---

78 *Vid.*, la declaración presentada por Ucrania el 9 de abril de 2014 en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>

79 *Vid.*, la declaración presentada por Ucrania con fecha 8 de septiembre de 2015 en: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine\\_Art\\_12-3\\_declaration\\_08092015.pdf#search=ukraine](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine)

80 “Le Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, ouvre un examen préliminaire en Ukraine”, *Communiqué de presse: 25 avril 2014*, Corte Penal Internacional. <https://www.icc-cpi.int/fr/news/le-procureur-de-la-cour-penale-internationale-fatou-bensouda-ouvre-un-examen-preliminaire-en>; International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, “Report on Preliminary Examination Activities 2020”, 14 December 2020, párr.269, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>

81 “ICC Prosecutor extends preliminary examination of the situation in Ukraine following second article 12(3) declaration”, Press Release: 29 September 2015. <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-extends-preliminary-examination-situation-ukraine-following-second-article-123>

caso “presuntos crímenes ocurridos después del 20 de febrero de 2014 en Crimea y el este de Ucrania”<sup>82</sup>.

Al momento de la agresión rusa a Ucrania, la situación de Ucrania se encontraba entonces en esta fase de “examen preliminar”. Fue entonces que el 28 de febrero de 2022 el Fiscal de la CPI, Karim A.A. Khan consideró, con la evaluación suministrada por el “examen preliminar”, la existencia de “una base razonable para proceder con la apertura de una investigación”, en este sentido con relación a “presuntos crímenes de guerra” y “crímenes de lesa humanidad”. No obstante, el Fiscal consideró la pertinencia, “dada la expansión del conflicto”, de extender la investigación para comprender del mismo modo cualquier nuevo presunto delito que sea competencia de mi Oficina y que sea cometido por cualquiera de las partes en el conflicto en cualquier parte del territorio de Ucrania”<sup>83</sup>.

Sin embargo, como hemos indicado, el inicio *de oficio* del examen preliminar en la situación ucraniana encontraba, en términos de agilidad procesal, la necesidad de la “autorización” de la Sala de Cuestiones Preliminares. Por esta razón, para dar respuestas urgentes en materia de investigación a los graves acontecimientos que se sucedían con la agresión rusa, el propio Fiscal hizo un llamado a “acelerar” el procedimiento mediante la “ruta alternativa establecida en el Estatuto” como era que “un Estado Parte de la CPI remitiera la situación” a la Oficina de la Fiscalía, en tanto ello “permitiría proceder activa e inmediatamente con las investigaciones independientes y objetivas de la Oficina”<sup>84</sup>.

En efecto, desde el 1 de marzo varios Estados partes remitieron la situación a la Oficina del Fiscal.<sup>85</sup> Esto posibilitó que el 2 de marzo de 2022 el Fiscal deci-

---

82 International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, “Report on Preliminary Examination Activities 2020”, 14 December 2020, párr.270.

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

84 *Ibid.*

85 Se da cuenta que el 1 de marzo remitió la situación la República de Lituania, y el 2 de marzo un “grupo coordinado de Estados Partes” hizo lo mismo con “una remisión conjunta”: República de Albania, Commonwealth de Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica, Hungría, República de Islandia, Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República de Portugal, Rumania, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Posteriormente, el día 11 de marzo de 2022, Japón y Macedonia del Norte hicieron lo mismo, y el 21 de marzo lo hizo Montenegro y el 1 de abril la República de Chile. *Ibid.*

diera, con base en el ya mencionado artículo 14 del Estatuto, “la apertura de una investigación sobre la situación en Ucrania a partir del 21 de noviembre de 2013, abarcando así dentro de su alcance cualquier denuncia pasada y presente de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos en cualquier parte del territorio de Ucrania por cualquier persona.”<sup>86</sup> Con respecto al *crimen de agresión*, la CPI en este caso no tiene competencia en esta situación, pues la competencia sólo se fundamenta cuando *resulte* “de un acto de agresión cometido por un Estado Parte”<sup>87</sup>, o cuando se remita por el Consejo de Seguridad de Naciones<sup>88</sup>. A diferencia de la competencia para el resto de los crímenes previstos en el Estatuto, la competencia sobre el crimen de agresión se excluye para los Estados no partes, ya sea cuando fuera “cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo”<sup>89</sup>. Ni Ucrania ni Rusia son Estados partes, y la condición de miembro permanente de Rusia en el Consejo de Seguridad –con “derecho de veto”–, anulan las dos posibilidades para fundamentar la competencia de la CPI para este crimen.

La investigación a cargo de la Oficina del Fiscal de la CPI constituye un enorme reto para esta institución, debido a la “escala de esta investigación y el entorno desafiante en el que se llevará a cabo”, en el que se presta especial atención a las acciones para “garantizar que se utilice toda la gama de pruebas documentales, digitales, forenses y testimoniales”. De ahí el llamado del Fiscal a los Estados en su visita a Polonia y Ucrania en marzo de 2022 para la “asistencia” por medio de “contribuciones financieras voluntarias y el suministro de expertos nacionales en segundo lugar”<sup>90</sup>.

En las acciones de cooperación en la investigación, se anunció por el Fiscal el 25 de abril de 2022 que la Oficina del Fiscal se *convertía* en “participante” del

---

86 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, Statement: 2 March 2022. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>

87 Artículo 15 bis 4)

88 Artículo 15 ter 1): “La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.” El artículo 13 sobre “ejercicio de la competencia” se establece que: “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: (...) b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”.

89 Artículo 15 bis 5) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

90 Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on his visits to Ukraine and Poland: “Engagement with all actors critical for effective, independent investigations.” *Statement: 16 March 2022*, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-his-visits-ukraine-and-poland-engagement-all-actors>

“equipo conjunto de investigación” a cargo de la situación e Ucrania –junto a Lituania, Polonia y Ucrania-, bajo los *auspicios* de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación en materia de Justicia Penal.<sup>91</sup> El 17 de mayo el Fiscal también informaba de “un equipo de 42 investigadores, expertos forenses y apoyo personal en Ucrania” a cargo de la Oficina, con una contribución importante del gobierno de Holanda<sup>92</sup>. El 21 de septiembre, por su parte, se daba a conocer la publicación de “unas directrices prácticas para las organizaciones de la sociedad civil sobre la documentación de los crímenes internacionales fundamentales, como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad”, realizada por la mencionada Agencia de la Unión Europea para la Cooperación en materia de Justicia Penal y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional<sup>93</sup>.

De enorme trascendencia en el registro de varios de estos crímenes cometidos en este conflicto es la labor que realizan otras organizaciones. En el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa se cuentan con varios informes de las misiones de expertos conforme al *Mecanismo de Moscú*. En el “Informe sobre violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en Ucrania desde el 24 de febrero de 2022”, se concluía que “si bien en las circunstancias actuales no ha sido posible realizar una evaluación detallada de la mayoría de las denuncias de violaciones del DIH (derecho internacional humanitario) y la identificación de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en relación con incidentes particulares, la Misión encontró patrones claros de violaciones del DIH por parte de las fuerzas rusas en muchos de los temas investigados”<sup>94</sup>. Por su parte en el informe que cubrió el período del 1 de abril al 25 de junio, se *concluía* “que el derecho internacional de los derechos humanos

---

91 Statement by ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine. Statement: 25 April 2022, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint>

92 ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces deployment of forensics and investigative team to Ukraine, welcomes strong cooperation with the Government of the Netherlands, Statement: 17 May 2022, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-announces-deployment-forensics-and-investigative-team-ukraine>

93 ICC Prosecutor and Eurojust launch practical guidelines for documenting and preserving information on international crimes, Press Release: 21 September 2022, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-and-eurojust-launch-practical-guidelines-documenting-and-preserving-information>

94 *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022*, p.93. Elaborado por Wolfgang Benedek, Veronika Bílková y Marco Sassòli, <https://www.osce.org/files/f/document/s/f/a/515868.pdf>



(DIDH) ha sido ampliamente violado en el conflicto de Ucrania” en los cuales se expuso que los actos cometidos en las zonas de Bucha e Irpin como “dos ejemplos emblemáticos de estas graves violaciones del DIH en virtud de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que constituyen crímenes de guerra”<sup>95</sup>.

En este esfuerzo también se ubica la *Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania* establecida por el Consejo de Derechos Humanos y la *Misión de Observación de los Derechos Humanos de la ONU en Ucrania*, entre otros. El informe “Situación de los derechos humanos en Ucrania en el contexto del ataque armado de la Federación de Rusia, 24 de febrero a 15 de mayo de 2022”, de 29 de junio de 2022 de la *Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, se “documentó violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos que ponen de relieve el alto costo del conflicto.”<sup>96</sup> Por su parte, el 25 de mayo de 2022 se dio a conocer la creación de un *Grupo Asesor de Crímenes Atroces* por acuerdo de la Unión Europea, Estados Unidos y Reino Unido, en “apoyo” de las Unidades de Crímenes de Guerra de la Oficina del Fiscal General de Ucrania.<sup>97</sup>

A la par de estos esfuerzos, ya se realizó la realización de juicios a soldados rusos conforme a la legislación ucraniana. Sin embargo, estos procesos ya despiertan en algún sector de la doctrina suspicacias sobre su conformidad con las garantías de un debido proceso.<sup>98</sup> Un hecho de mayor alarma lo es sin duda acciones de

---

95 *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine (1 April – 25 June 2022)*, p.114, <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/522616.pdf>

96 *Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation, 24 February-15 May 2022*, 29 June 2022, United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, Ukraine, párr.134. “Las fuerzas armadas han utilizado ampliamente armas explosivas con efectos de área amplia, en áreas pobladas o cerca de ellas, incluidos proyectiles de artillería pesada y varios tipos de misiles, así como ataques aéreos. El elevado número de víctimas civiles y el alcance de la destrucción y los daños a los bienes de carácter civil sugiere claramente que numerosos ataques realizados por las fuerzas armadas rusas no cumplieron con el DIH que rige la conducción de las hostilidades, en particular los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, y la prohibición de ataques indiscriminados.” *Ibíd.*, párr.135.

97 “EU, US, and UK establish Atrocity Crimes Advisory Group (ACA) for Ukraine: joint statement”, *Foreign, Commonwealth & Development Office and The Rt Hon Elizabeth Truss MP*, 25 de mayo de 2022.

98 Céline Bardet, “Ukraine: the risk of judging war crimes during war”, *Justiceinfo.net*, 30 de mayo de 2022, [https://www.justiceinfo.net/en/93059-ukraine-risk-judging-war-crimes-during-war.html#utm\\_source=twitter&utm\\_medium=reseaux-sociaux](https://www.justiceinfo.net/en/93059-ukraine-risk-judging-war-crimes-during-war.html#utm_source=twitter&utm_medium=reseaux-sociaux); Gaiane Nuridzhanian, “Prosecuting war crimes: are Ukrainian courts fit to do it?”, *Ejil: Talk!*, 11 de agosto de 2022, <https://www.ejiltalk.org/prosecuting-war-crimes-are-ukrainian-courts-fit-to-do-it/>

persecución penal en territorio ucraniano que intentan evadir la responsabilidad cometidas también por nacionales de Ucrania –es decir, no sólo rusos-, y que ya registra alguna dirección o enfoque de las autoridades ucranianas en este sentido. Esta preocupación se extiende a las acciones a realizar por el mencionado Equipo Conjunto de Investigación (JIT) que tiene a Ucrania, sin ser miembro de la Unión Europea, “como miembro principal” y a la propia legislación ucraniana en materia de cooperación con la CPI para la investigación de crímenes competencia de la CPI en territorio ucraniano.<sup>99</sup>

En este último aspecto, en la Ley de Cooperación ucraniana en esta materia, en vigor desde el 20 de mayo, y que modificó el Código de Procedimiento Penal de Ucrania, la sección incorporada al efecto se constriñe únicamente a los “ciudadanos de Ucrania, extranjeros y apátridas” “que en el momento de la comisión del delito de competencia de la Corte Penal Internacional estaban sujetas y/o actuaban con el fin de llevar a cabo agresiones armadas contra Ucrania, y/o sobre la base de decisiones (órdenes, directivas, etc.) de funcionarios, mandos militares o autoridades públicas de la Federación Rusa u otro Estado que llevó a cabo la agresión o facilitó su implementación contra Ucrania”.<sup>100</sup> Como expresa Kai Ambos, esta limitación “es difícilmente compatible con el régimen de cooperación de la CPI”, en tanto la obligación de cooperación del Estado debe ser “plena” y no establece distinciones en la comisión de los crímenes entre nacionales de un Estado u otro. No obstante, aun con esta realidad, es cierto que para la CPI y la Fiscalía a cargo de la investigación, es una normativa que “no puede eximir a Ucrania de sus obligaciones en virtud del Estatuto de la CPI”.<sup>101</sup>

Sobre la posibilidad de juzgamiento de los líderes políticos rusos por la CPI, o cualquier otro tribunal internacional especial creado al efecto, o incluso por tribunales nacionales extranjeros (en este caso, la opinión pública apunta directamente con mayor énfasis a la figura de Vladimir Putin<sup>102</sup>), existen dificultades *fácticas y jurídicas* de enorme envergadura. Está fresca aún en la memoria colectiva de la comunidad internacional las condenas del Tribunal Penal Internacional de Núremberg, el procesamiento a Slobodan Milosevic, la pena al ruandés

---

99 Kai Ambos, “Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?”, *Ejil: Talk!*, 10 de junio de 2022, <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>

100 Ibid.

101 Ibid.

102 *Vid.*, por ejemplo: Entrevista a Carlos R. Fernández Liesa: “Mientras Putin sea un Jefe de Estado en activo, será difícil que se le pueda juzgar”, *20 minutos*, 8 de mayo de 2022, <https://www.20minutos.es/noticia/4996455/0/entrevista-carlos-r-fernandez-liesa-putin/>

Jean Kambanda o el juzgamiento y sanción por un tribunal especial iraquí de Sadam Husein, entre otros.

En el caso de procesamiento, juzgamiento y condena de Jefes de Estado, Jefes de Gobiernos o Ministros de Relaciones Exteriores por un tribunal nacional extranjero (es decir, un tribunal de un Estado extranjero), mientras se encuentre en ejercicio de su cargo, es posible invocar en todo momento *inmunidad* conforme a normas de derecho internacional consuetudinario y reconocidos por la Corte Internacional de Justicia<sup>103</sup> y en el ámbito interno de varios Estados. La inmunidad *ratione personae* (por razón de la persona) se reconoce para los Jefes de Estado, Jefes de Gobiernos o Ministros de Relaciones Exteriores en el período en que ejercen sus funciones, ya sea por actos realizados de carácter privados u oficiales, o por la comisión de crímenes internacionales de la magnitud en que parece se están cometiendo en territorio ucraniano.

Por esta vía sólo sería posible el enjuiciamiento una vez que concluyan el ejercicio de sus funciones, aunque no existe coincidencia en este punto en la doctrina.<sup>104</sup> En la posición adoptada reciente por la Comisión de Derecho Internacional, cuando las personas concluyen sus funciones en estos cargos, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* (por razón de la materia) de manera restrictiva para los actos realizados a “título oficial”, pero no así para los actos a “título privado”, y tampoco con respecto a la comisión de “crímenes internacionales”, como “crimen de genocidio”, “crímenes de lesa humanidad”, “crímenes de guerra”, “crimen de apartheid”, “tortura”, “desapariciones forzadas”.<sup>105</sup> En cualquier caso, es un ejercicio útil, pero librado a los oráculos, prever lo que

---

103 “La Corte observa en primer lugar que en el derecho internacional está firmemente establecido que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, ciertos titulares de cargos de alto rango en un Estado, tales como el pequeño Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores, gozan de inmunidades de jurisdicción en otros Estados, tanto civiles como penales.” *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, párr.51; *Vid.*, también: *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2008*, párr.170.

104 Puede verse algunas posiciones en contra de una excepción a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* incluida en el artículo 7 del Texto del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobado por la Comisión en primera lectura, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 73er período de sesiones (18 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 5 de agosto de 2022), Asamblea General, Documentos Oficiales Septuagésimo séptimo período de sesiones Suplemento núm. 10 (A/77/10), pp.256-257.

105 “Artículo 7 Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional: a) crimen de genocidio; b) crímenes de lesa humanidad; c) crímenes de guerra; d) crimen de apartheid; e) tortura; f) desapariciones forzadas.” *Ibid.*, p.207.

puede suceder con Vladimir Putin cuando concluya su mandato, y la posibilidad de procesamiento por tribunales nacionales extranjeros por la comisión de presuntos crímenes de este tipo.

Para el caso de persecución penal en la CPI o futuros tribunales penales internacionales especiales, la discusión tiene otros contornos jurídicos, pero de igual forma encuentra obstáculos jurídicos y fácticos que hacen por ahora ilusorio la posibilidad de sentar en el banquillo a personajes como Vladimir Putin. En lo que se refiere a la CPI, el artículo 27 excluye la inmunidad *ratione materiae* (27.1) y la inmunidad *ratione personae* (27.2).<sup>106</sup> Aunque ello es posible entonces, existe un obstáculo no menor: no es posible juicios en ausencia del acusado (*in absentia*) en virtud del artículo 63 del Estatuto, aunque como es lógico ello no obsta para que el proceso pueda iniciarse en su ausencia y que, en determinados procedimientos, no se requiera la presencia del acusado.<sup>107</sup>

Ante esta realidad, existen dos posibles vías a explorar: un posible arresto por otros Estados partes del Estatuto y su traslado a la CPI (cuando se encuentre de visita, por ejemplo), en virtud del deber de cooperación al amparo del artículo 86 del Estatuto; y un actuar de este tipo por un Estado no parte que haya aceptado la competencia de la CPI (Ucrania en este caso). La vía del Consejo de Seguridad para obligar a Estados no partes a cooperar en este sentido sería más remota (Rusia bloquearía cualquier procedimiento que diera cobertura a esta posibilidad, como es lógico).

---

106 “El 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. 2. Las 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.” Otto Triffterer; Christoph Burchard, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, en *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ra ed., editado por Otto Triffterer y Kai Ambos (C.H. Beck, Hart Nomos, 2016), 1040.

107 En este sentido, puede comprobarse los artículos 53.3; 56. 2 d); 58. *Vid.*, William A. Schabas; Veronique Caruana, “Article 63 Trial in the presence of the accused”, en *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ra ed., editado por Otto Triffterer y Kai Ambos (C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016), pp.1575-1576. En este sentido, el artículo 61.2 referido a la “confirmación de los cargos antes del juicio” en su inciso 2, expresamente establece: “La Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los cuales el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado: a) Haya renunciado a su derecho a estar presente; o b) Haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos, En este caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia.”

En cualquier de los casos, no obstante, la cobertura del artículo 27 para evitar la inmunidad de jurisdicción y proceder en consecuencia al arresto y traslado de un Jefe de Estado o gobierno, encuentra el obstáculo del artículo 98 del Estatuto cuando se refiere a que la CPI “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”; así como que no se “dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.<sup>108</sup> La “compatibilidad” de ambos artículos han sido fuente de amplias discordias en la práctica, y cuyos orígenes es posible encontrarlo, como se ha reconocido, porque “fueron redactados por diferentes grupos de trabajo”, donde “el artículo 27 hace que las inmunidades sean irrelevantes”, mientras que “el artículo 98 aparentemente revive su pertinencia”<sup>109</sup>.

Aunque la “renuncia” a la jurisdicción otorgada por un Estado para ser juzgado por el CPI encuentra aspectos menos problemáticos cuando se trata de un Estado parte (se habla de “renuncia anticipada”), o cuando aceptan la jurisdicción de la CPI en virtud del mencionado artículo 12.3 (en donde se habla de “renuncia retroactiva” de la inmunidad), lo que cobra relevancia la exclusión de la inmunidad en la relación Estado y CPI y entre los Estados partes en los marcos de la cooperación con la CPI, no sucede lo mismo en la práctica y en la doctrina en dos casos: cuando se trata de la inmunidad de personas de Estados no partes cuya remisión a la CPI la hace el Consejo de Seguridad; y la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de una persona por un Estado que no es parte en el Estatuto, y que la CPI pretende juzgarlo por haber cometido presuntos crímenes en el territorio de un Estado parte o que aceptó la competencia de la CPI.<sup>110</sup> Este último supuesto sería el caso que nos ocupa.

---

108 Artículo 98 Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega.

109 Otto Triffterer; Christoph Burchard, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, 1041.

110 *Ibid.*, p.1042.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, por ejemplo, en una situación remitida por el Consejo de Seguridad, que involucró órdenes de arresto contra un jefe de Estado en funciones (el sudanés Hassan Ahmad Al Bashir) y “requerimientos” a los Estados partes para la cooperación en esta materia, abordó en varias decisiones en esta cuestión. Cabe recordar, por sólo poner uno de los razonamientos más conocidos, su decisión de 12 de diciembre de 2011 ante la negativa de Malawi de dar cumplimiento a las “solicitudes de cooperación emitidas por la Corte con respecto al arresto y la entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, algo que también hicieron en distintos momentos Chad, República Democrática del Congo y Sudáfrica cuando este personaje visitó estos Estados.

La “tensión” entre ambos artículos, fue resuelta por la Sala al sostener que Malawi ni la Unión Africana *tenían* “derecho a basarse en el artículo 98(1) del Estatuto para justificar la negativa a cumplir con las Solicitudes de Cooperación”.<sup>111</sup> En su razonamiento “el derecho internacional consuetudinario crea una excepción a la inmunidad del Jefe de Estado cuando los tribunales internacionales solicitan el arresto de un Jefe de Estado por la comisión de crímenes internacionales”. De ello se derivó, a su juicio, que “no hay conflicto entre las obligaciones de Malawi hacia la Corte y sus obligaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario; por lo tanto, la sección 98(1) del Estatuto no se aplica.”<sup>112</sup> Sobre este presupuesto consideró que “la indisponibilidad de inmunidades con respecto a los enjuiciamientos por tribunales internacionales se aplica a cualquier acto de cooperación de los Estados que forme parte integral de esos enjuiciamientos”.<sup>113</sup> Esta exclusión de la inmunidad operaba entonces tanto en la cooperación de los Estados partes con la CPI como en la cooperación interestatal. Sobre este último punto, la Sala consideró “que al cooperar con esta Corte y, por tanto, actuar en su nombre, los Estados Partes son instrumentos para la aplicación del *jus puniendi* de la comunidad internacional cuyo ejercicio le ha sido encomendado a esta Corte cuando los Estados no han procesado a los responsables de los delitos de su competencia”<sup>114</sup>.

Esta posición, no obstante, ha sido contestada por varios Estados. Desde el punto de vista doctrinal, por su parte, al no estar conformes con la decisión de

---

111 *Situation in Darfur, Sudan The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, 12 de diciembre de 2011, Sala de Cuestiones Preliminares I, párr.37.

112 *Ibid.*, párr.43

113 *Ibid.*, párr.44

114 *Ibid.*, párr.46.

la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, se han buscado interpretaciones para hacer compatible ambos artículos aparentemente contradictorios. Una posición que cuenta con algún respaldo en la doctrina, sobre la base de que “un tratado internacional como el Estatuto de Roma no puede obligar a los Estados que no son parte”, considera que la competencia de la CPI “solo puede conciliarse con el derecho internacional público” por lo cual la discusión se desplaza al plano de si los artículos 27.1 y 2 son “codificaciones del estado actual del derecho internacional consuetudinario”.<sup>115</sup> En este sentido se sostiene que el artículo 27 del Estatuto de la CPI “declara” un “derecho consuetudinario” que excluye la “inmunidad funcional (o *ratione materiae*) a los funcionarios estatales ante un tribunal internacional”, y entre cuyos argumentos para su viabilidad se encuentra que “una corte penal internacional actuando como un órgano de la comunidad internacional no está en conflicto con el principio *par in parem non habet imperium* (“nadie tiene potestad sobre su igual”).<sup>116</sup> Sin embargo esta certeza no se tiene, en otro tanto, con respecto a la exclusión de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*, en una discusión que se centra en el inciso 2 del mencionado artículo 27<sup>117</sup>.

En cualquier caso, y con independencia de la interpretación que se asuma sobre estas disposiciones del Estatuto, lo importante a destacar es que para el actual conflicto ucraniano existen serios obstáculos jurídicos y fácticos para perseguir penalmente a los líderes políticos rusos que ocupan las jefaturas del Estado, del gobierno y de las relaciones exteriores. En los marcos de la competencia de la CPI, ya se ha visto, la obligación de cooperación de los Estados partes con respecto a otros Estados no partes, cuando media la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de personas en las funciones ya mencionadas, es un tema no pacífico y la posición asumida por la Sala de la CPI en su momento ha sido contestada por todos los flancos (Estados y doctrina). En la política real, cuando se involucra además líderes políticos de una potencia nuclear, muchos otros elementos políticos, geopolíticos y económicos entran a jugar un papel relevante a

---

115 Otto Triffterer; Christoph Burchard, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, 1042. *Vid.* También: Dire Tladi, “The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n.º 1, 2013, pp. 199-222; Claus Krefß, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, en *State Sovereignty and International Criminal Law*, ed. por Morten Bergsmo y Ling Yan, Torkel (Beijing: Opsahl Academic EPublisher 2012), 223-261.

116 Otto Triffterer; Christoph Burchard, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, 1048-1049.

117 *Ibid.*, 1052.

los efectos de su viabilidad. En todo caso, el futuro puede deparar cualquier sorpresa, por muy lejano y complicado que pueda parecer hoy.

##### 5. UN INTENTO DE LOABLE SIMBOLISMO, PERO INFRUCTUOSO (EN LA PRÁCTICA) PARA DETENER LA AGRESIÓN A UCRANIA: LA VÍA JUDICIAL ANTE LA CIJ

El 24 de febrero de 2022, como ya hemos recordado previamente, ocurre la agresión rusa en los marcos de la “operación militar especial” y el 26 de febrero Ucrania presenta una “demanda” en la Corte Internacional contra Rusia. Fue un hábil escrito, que a falta de un soporte jurisdiccional para que Rusia cesara y respondiera directamente ante una instancia judicial o arbitral por el ataque armado en curso, trató de buscar el fundamento de jurisdicción en alguna convención en la que ambos Estado fueran partes, y que sirviera para que el máximo órgano judicial internacional de Naciones Unidas se pronunciara sobre las acciones en cuestión.

En este sentido, Ucrania intenta vincular el fundamento de jurisdicción en el artículo en el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, y colocó la “controversia” en la “interpretación, aplicación y cumplimiento” de esta convención.<sup>118</sup> Desde este presupuesto, Ucrania articuló un conjunto de reclamos que relacionó el contenido de esta convención con los graves hechos que estaban ocurriendo. En este sentido, solicitó al tribunal que “resolviera” y “declarara” la no comisión de “actos de genocidio en las provincias de Lugansk y Donetsk, según la definición de la Convención sobre Genocidio; “adjudicara” y “declarara” la ilicitud de emprender acciones por parte de Rusia sobre la base de presuntos actos de genocidios en estas zonas, el reconocimiento de la independencia de la “República Popular de Donetsk” y la “República Popular de Luhansk” del 22 de febrero de 2022 que tuvo como base la comisión de genocidio y el carácter “falso” de la acusación para emprender la “operación militar especial”; “exigiera” a Rusia “proporcionar” “seguridades y garantías de no repetición de que no tomará ninguna medida ilegal en y contra Ucrania, incluido el uso de la fuerza, sobre la base de su falsa denuncia de genocidio”; y la “ordenación” de “la reparación total de todos los

---

118 *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine V. Russian Federation)*, Order, 16 de marzo de 2022, párr. 1.



daños causados” con la operación militar emprendida sobre estas bases “falsas”<sup>119</sup>.

A estos reclamos se acompañó la solicitud de medidas provisionales.<sup>120</sup> Fijada por la Corte la audiencia oral sobre esta solicitud para el 7 y 8 de marzo, el gobierno de Rusia comunicó el 5 de marzo la decisión de no participar, pero el propio 7 de marzo hizo llegar una comunicación con la exposición de razones de la “falta de competencia” de la Corte en este caso.<sup>121</sup> Para la indicación de medidas provisionales, como ya vimos en un caso anterior, tiene que cumplirse varios requisitos jurídicos establecidos por la Corte. En realidad, y sin entrar en consideraciones mucho más técnicas sobre este asunto, existía expectativa en la doctrina si el contenido de esta solicitud podía satisfacer el cumplimiento de todas las exigencias requeridas<sup>122</sup>. Sin embargo, en la posición de la mayoría de la Corte, no sólo se advierte en algunos el convencimiento sobre su viabilidad jurídica<sup>123</sup>, sino que en otros pareció imponerse la conciencia de la gravedad de la situación para votar a favor de indicar un conjunto de medidas provisionales, aun cuando ponían en cuestión su procedencia para este caso. Este último fue el caso, por ejemplo, del juez Mohamed Bennouna, quien expresó en una Declaración:

“Voté a favor de la Orden que indica medidas provisionales en este caso porque me sentí obligado por esta trágica situación, en la que se está infligiendo un sufrimiento terrible al pueblo ucraniano, a unirme al llamado de la Corte Internacional para poner fin a la guerra.

---

119 *Ibid.*, párr.1

120 Medidas provisionales para que Rusia *suspendiera* “de inmediato las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero de 2022 que tengan como finalidad y objetivo declarados la prevención y el castigo de un presunto genocidio en las provincias de Lugansk y Donetsk de Ucrania”, se *asegurara* de forma *inmediata* de la adopción de “medidas para promover las operaciones militares que tienen como finalidad y objetivo declarados prevenir o castigar a Ucrania por cometer genocidio” y que pudieran serle imputables, así como la *abstención* “de cualquier acción” y la *garantía* de que no se realizaran eventos que *agravaran* o *extendieran* el conflicto o que éste fuera “más difícil de resolver”. *Ibid.*, párrs.5 y 14.

121 *Ibid.*, párrs. 15 y 16.

122 Puede verse en este sentido: Marko Milanovic, “Ukraine Files ICJ Claim against Russia”, *Ejil: Talk!*, February 27, 2022, <https://www.ejiltalk.org/ukraine-files-icj-claim-against-russia/>; William Schabas, “Preventing Genocide and the Ukraine/Russia case”, *Ejil: Talk!*, March 10, 2022, <https://www.ejiltalk.org/preventing-genocide-and-the-ukraine-russia-case/>

123 *Vid.*, por ejemplo: *Declaration of Judge Nolte, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine V. Russian Federation)*, Order, 16 de marzo de 2022; *Separate Opinion of Judge Robinson, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine V. Russian Federation)*, Order, 16 de marzo de 2022.

Sin embargo, no estoy convencido de que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (en adelante, la «Convención sobre el Genocidio» o la «Convención de 1948») fue concebida y posteriormente adoptada, en 1948, para permitir que un Estado, como Ucrania, a presentar ante la Corte una controversia relativa a alegaciones de genocidio formuladas en su contra por otro Estado, como la Federación de Rusia, incluso si esas alegaciones sirvieran como pretexto para un uso ilegal de la fuerza”<sup>124</sup>.

En cualquier caso, la Corte indicó en el conjunto de medidas provisionales a adoptar por Rusia, con fecha 16 de marzo de 2022, que comprendía la *suspensión inmediata* de las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero de 2022 en el territorio de Ucrania; el *aseguramiento* de que “las unidades armadas militares o irregulares que puedan ser dirigidas o apoyadas por ella, así como las organizaciones y personas que puedan estar sujetas a su control o dirección, no tomen medidas para promover las operaciones militares”, y la abstención por “ambas partes” de realizar “cualquier acción que pueda agravar o extender la controversia ante la Corte o hacerla más difícil de resolver”.<sup>125</sup>

Como es conocido, el conflicto armado no cesa y parece extenderse en el tiempo. El procedimiento en este caso siguió su curso con la fijación por la Corte del plazo de presentación de la memoria por Ucrania (23 de septiembre de 2022) y de la contramemoria por Rusia (23 de marzo de 2023).<sup>126</sup> En una especie de *comunitarización internacional* de este proceso, en una declaración de 20 de mayo de este año varios Estados realizaron “un llamado a la comunidad internacional para explorar todas las opciones para apoyar a Ucrania en sus procedimientos ante la CIJ”.<sup>127</sup> Esto se ha traducido en una avalancha de declaraciones estatales para intervenir en este proceso.<sup>128</sup> El 3 de octubre, de forma sor-

---

124 Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine V. Russian Federation), Order, 16 de marzo de 2022, párrs. 1 y 2.

125 *Ibid.*, párr. 86.

126 Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine V. Russian Federation), Order, 23 de marzo de 2022.

127 “Ukraine’s application against Russia before the International Court of Justice: joint statement”, Foreign, Commonwealth & Development Office, 20 May 2022. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/ukraine-joint-statement-on-ukraines-application-against-russia-before-the-international-court-of-justice>. Los Estados de la declaración fueron: Albania, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Islas Marshall, Micronesia, Montenegro, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos, Unión Europea.

128 *Vid.*, todos los Estados que han solicitado intervenir en el proceso en el portal web de la Corte Internacional: <https://www.icj-cij.org/en/case/182/intervention>

presiva, Rusia presentó un escrito de excepciones preliminares, lo que implicó la suspensión del procedimientos sobre el fondo del asunto, y el establecimiento de un plazo del 3 de febrero de 2023 para que Ucrania presente un escrito sobre sus “observaciones” a estas excepciones<sup>129</sup>. Es un caso que también se eterniza en el tiempo, si se compara con las urgencias de la situación, aun cuando su impacto en detener este conflicto sea más simbólico que práctico.

## 6. CONCLUSIONES

El conflicto ucraniano, como ya se ha expresó en otro momento, no parece tener un fin cercano. Al parecer, las expectativas de un enfrentamiento militar rápido y sin mucho desgaste por parte de Rusia se han visto truncadas por una tenaz resistencia del ejército ucraniano. Este hecho, sin embargo, comporta a la vez otros riesgos mayores para la humanidad, cuando Rusia ya ha hecho público la posible utilización de armas nucleares, que en situaciones más adversas del conflicto no son descartables. En todo caso, es de esperar que el empleo de estas armas no marque el futuro cercano de la humanidad.

Mientras tanto, Ucrania ha demostrado que todos los escenarios de confrontación a la agresión son viables, aun cuando cada uno de ellos tiene sus lógicas de funcionamiento. En el ámbito jurisdiccional internacional, como se ha repasado en este trabajo, la actividad es intensa y abarca temas de vital importancia para la coexistencia de ambos Estados. La mayoría de estos procesos no han terminado aún, pero es una apuesta acertada apoyarse en los mecanismos y jurisdicciones internacionales existentes y vincular en este grave conflicto al derecho internacional, que aun en estas circunstancias, tiene una importante función en la comunidad internacional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ambos, Kai. “Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?”, *Ejil: Talk!*. 10 de junio de 2022, <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>

---

129 Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine V. Russian Federation), Order 7 Octubre 2022.

- Bardet, Céline. “Ukraine: the risk of judging war crimes during war”, *Justiceinfo.net*. 30 de mayo de 2022, [https://www.justiceinfo.net/en/93059-ukraine-risk-judging-war-crimes-during-war.html#utm\\_source=twitter&utm\\_medium=reseaux-sociaux](https://www.justiceinfo.net/en/93059-ukraine-risk-judging-war-crimes-during-war.html#utm_source=twitter&utm_medium=reseaux-sociaux)
- Crawford, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 9na ed. Oxford University Press, 2019.
- Díaz Barrado, Cástor Miguel. *El Derecho Internacional del Tiempo Presente*. Editorial Dykinson, S.L., 2004.
- Díaz Galán, Elena C. “La guerra de Ucrania y el derecho internacional humanitario: crónica de un conflicto anunciado”. *Tiempos de Paz*, n.º 146 (2022): 66-73.
- Fernández Liesa, Carlos R. “Mientras Putin sea un Jefe de Estado en activo, será difícil que se le pueda juzgar”. *20 minutos*, 8 de mayo de 2022, <https://www.20minutos.es/noticia/4996455/0/entrevista-carlos-r-fernandez-liesa-putin/>
- Gutiérrez Espada, Cesáreo. *Sobre la “Operación Militar Especial” de Rusia en Ucrania*. Diego Marin Librero Editor SL., 2022.
- Heller, Kevin Jon. “The Legality of Weapons Transfers to Ukraine Under International Law”. *Journal of International Humanitarian Legal Studies* (2022): 1-24.
- Henkin, Louis. “International law: Politics, Values and Functions General Course on Public International Law”. *RCADI*, 216 (1989): 9-416.
- Kreß, Claus. “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”. En *State Sovereignty and International Criminal Law*, editado por Morten Bergsmo y Ling Yan, Torkel. 223-265. Beijing: Op-sahl Academic EPublisher, 2012.
- Letts, David. “Naval mines: Legal considerations in armed conflict and peacetime”. *International Review of the Red Cross* 98, n.º 2 (2006): 543-565.
- Lott, Alexander. “Russia’s Blockade in the Sea of Azov: A Call for Relief Shipments for Mariupol”, *Ejil: Talk!*. 14 de marzo de 2022, <https://www.ejiltalk.org/russias-blockade-in-the-sea-of-azov-a-call-for-relief-shipments-for-mariupol/>
- Milanovic, Marko. “Ukraine Files ICJ Claim against Russia”, *Ejil: Talk!*. February 27, 2022, <https://www.ejiltalk.org/ukraine-files-icj-claim-against-russia/>
- Nuridzhanian, Gaiane. “Prosecuting war crimes: are Ukrainian courts fit to do it?”, *Ejil: Talk!*. 11 de agosto de 2022, <https://www.ejiltalk.org/prosecuting-war-crimes-are-ukrainian-courts-fit-to-do-it/>
- Oral, Nilüfer. “To Close or Not to Close the Turkish Straits under Article 19 of the 1936 Montreux Convention Regarding the Regime of the Straits”. *CIL Blog*, <https://cil.nus.edu.sg/to-close-or-not-to-close-the-turkish-straits-under-article-19-of-the-1936-montreux-convention-regarding-the-regime-of-the-straits/>
- Pedrozo, Raul. “Dangerous Waters: Use of Naval Mines in the Russia-Ukraine Conflict”, *Lawfire*. 15 de junio de 2022, <https://sites.duke.edu/lawfire/2022/06/15/guest-post->

prof-pete-pedrozo-on-dangerous-waters-use-of-naval-mines-in-the-russia-ukraine-conflict/.

Pellet, Alain. "Open Letter to my Russian Friends: Ukraine is Not Crimea". *Ejil: Talk!*, 3 de marzo de 2022, <https://www.ejiltalk.org/open-letter-to-my-russian-friends-ukraine-is-not-crimea/>

Schabas, William A.; Caruana, Veronique. "Article 63 Trial in the presence of the accused". En *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ra ed., editado por Otto Triffterer y Kai Ambos. 1563-1587. C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016).

Schabas, William. "Preventing Genocide and the Ukraine/Russia case", *Ejil: Talk!*. March 10, 2022, <https://www.ejiltalk.org/preventing-genocide-and-the-ukraine-russia-case/>

Tladi, Dire. "The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98". *Journal of International Criminal Justice* 11, n.º 1 (2013): 199-222.

Triffterer, Otto; Burchard, Christoph. "Article 27 Irrelevance of official capacity". En *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ra ed., editado por Otto Triffterer y Kai Ambos. 1037-1055. C.H. Beck, Hart Nomos, 2016.

HAROLD BERTOT TRIANA  
Derecho Internacional Público  
Universidad de la Habana  
hbertottriana@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0003-0737-4710>

