

LA INVASIÓN A UCRANIA Y EL DELITO DE AGRESIÓN INTERNACIONAL. SOBRE LA NECESARIA CONSTITUCIÓN DE UN TRIBUNAL INTERNACIONAL *AD HOC*

Mario Martin Pereira Garmendia

Universidad de Navarra
mpereirag@unav.es

Diego Alberto Zapata Gonzales

Universidad San Ignacio de Loyola
dzapata@alumni.unav.es

Recibido: 06/05/2024

Aceptado: 13/06/2024

Resumen

Salvo por la invasión ilegal perpetrada por Saddam Hussein contra Kuwait, el mundo no había presenciado una agresión internacional tan prístina y manifiesta como la perpetrada por los líderes políticos y militares de la Federación Rusa contra la República de Ucrania. El presente trabajo tiene el cometido de analizar dicho delito de agresión internacional o crimen contra la paz, tanto en su regulación por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (y su homólogo de Tokio) como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional conforme a la redacción dada por la Conferencia de Kampala de 2010. En el primer caso, siguiendo la llamada “teoría de la responsabilidad colectiva” diseñada por Murray Bernays, fundada en dos velocidades: (i) la determinación de una conspiración (*conspiracy*) por parte de los líderes políticos y militares para lanzar una guerra de conquista sobre otro u otros Estados, así como la declaración de ilegales/criminales a aquellas organizaciones o instituciones creadas por dichos líderes para ejecutar tal plan criminal; y (ii), la determinación de la responsabilidad penal de todos aquellos individuos que, con conocimiento de ello y libremente, hayan decidido integrar tales organizaciones o instituciones ilegales y hayan interactuado con los demás miembros en la prosecución del resultado criminal. En el segundo caso (Estatuto de la Corte Penal Interna-

cional), el delito se ha tipificado como un tipo penal especial propio, respecto del cual no se habilita a imputar responsabilidad alguna a título de partícipe sobre los *extranei*.

Asimismo, se argumentará sobre la necesidad de constituir un tribunal internacional penal *ad hoc* o híbrido mediante un tratado bilateral celebrado entre Ucrania y la Asamblea General de la ONU, cuya misión sea el juzgamiento y castigo de todos los responsables por el delito de agresión internacional perpetrado contra el pueblo ucraniano. Este tribunal debería ostentar competencia sólo sobre el delito de agresión internacional, así como habilitar el enjuiciamiento *in absentia*.

Palabras clave: delitos atroces, guerra de agresión, agresión internacional, competencia Corte Penal Internacional, *conspiracy*, *membership*, juicio en ausencia.

The Invasion of Ukraine and the Crime of International Aggression: On the Need to Create an Ad Hoc International Tribunal

Abstract

Except for the illegal invasion perpetrated by Saddam Hussein against Kuwait, the world had not witnessed such pristine and overt international aggression as that perpetrated by the political and military leaders of the Russian Federation against the Republic of Ukraine. This article analyzes the crime of international aggression or crime against peace, both in its regulation by the Statute of the International Military Tribunal of Nuremberg (and its counterpart in Tokyo) and in the Statute of the International Criminal Court in accordance with the wording given by the Kampala Conference of 2010. The first case fits the so-called Theory of Collective Responsibility designed by Murray Bernays, founded on two speeds: (i) the determination of a conspiracy by the political and military leaders to launch a war of conquest over another State or States, as well as the outlawing of those organizations or institutions created by the leaders to execute the criminal plan; and (ii) the determination of the criminal responsibility of all those individuals who, knowingly and freely, have decided to join such illegal organizations or institutions and have interacted with the other members in the pursuit of the criminal result. In the second case (Statute of the International Criminal Court), the crime has been classified as its particular criminal type, concerning which there is no possibility of attributing liability to third parties.

Likewise, the need to establish an ad hoc or hybrid international criminal tribunal through a bilateral treaty between Ukraine and the UN General Assembly is advocated. The mission of such a tribunal should be to prosecute and punish all those responsible for the crime of international aggression perpetrated against the Ukrainian people. Such a tribunal should have jurisdiction only over the crime of international aggression, with the possibility of conducting trials *in absentia*.

Key words: heinous crimes, aggression war, international aggression, International Criminal Court jurisdiction, conspiracy, membership, trials *in absentia*.

1. Introducción

Desde febrero de 2022, el mundo ha atestiguado las muchas atrocidades que el ejército de la Federación rusa —y grupos mercenarios a su servicio— han venido perpetrando en el territorio soberano de Ucrania. Así, se han llevado a cabo torturas y matanzas indiscriminadas de civiles en Bucha, el asedio a las ciudades de Kiev, Odessa y Jersón en los meses de febrero y marzo, los bombardeos a los corredores humanitarios (a pocas horas de haber acordado su creación), el bombardeo y la posterior ocupación de la planta nuclear de Zaporíyia, la masacre que vivieron los habitantes de Mariúpol —especialmente desde la segunda fase de la invasión—, el robo de niños ucranianos y su adopción ilegal por familias de funcionarios y oligarcas rusos, la utilización de bombas de fósforo en ciudades del Donbás y bombardeos y ataques con misiles directamente dirigidos a centros comerciales, mercados, escuelas y a plantas de energía eléctrica, centrales hidroeléctricas, represas, etc. Extremos fácticos que no solamente constituyen flagrantes crímenes de guerra, sino también sendos delitos de lesa humanidad (puesto que la verificación de una política por parte del Gobierno de Putin, subyacente a varias de las acciones antes descritas, resulta por demás prístinas). Incluso podría hablarse de un delito de genocidio en lo referido al robo de niños ucranianos por parte de las fuerzas armadas rusas y su posterior adopción ilegal por parte de acólitos al régimen dictatorial de Putin (conforme al literal e) del art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional [en adelante, ECPI]: “Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”). Pretender negarlo sería un ejercicio de hipocresía o, peor aún, una necedad imperdonable.

Pero es que los hechos que la Federación rusa protagoniza desde el mes de febrero de 2022 constituyen un delito aún más grave, el más grave de todos los catálogos de delitos de la humanidad: el delito de agresión internacional o crimen contra la paz, conforme la designación que recibiera en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (en adelante, ETMI). De tal modo, sin contar con un *casus belli* conforme a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que lo justificase siquiera preliminarmente, lanzó la invasión armada más grande que se viera en el territorio de Europa desde los días de la Segunda Guerra Mundial.¹ A lo que debemos sumar la —previa—

1 Tal como señala Arbuet-Vignali, H.(2023): Desde nuestra perspectiva, como ser humano parte del común de las gentes y como investigador de las relaciones internacionales [y] parte de la academia, sentimos que, jamás, desde la Carta de las Naciones Unidas en 1945, se violó de forma tan premeditada, alevosa, grosera y descarada, los compromisos de paz y seguridad asumidos en ella y en el sistema político y jurídico global que la sociedad internacional ha adoptado desde entonces, como ocurre con lo que ha hecho el gobierno de Vladimir Putin llevando a Rusia a invadir Ucrania. Por

anexión ilegal del territorio de la península de Crimea en 2014. Extremos que constituyen un manifiesto desafío al *status quo* imperante en el sistema internacional, más concretamente al núcleo más duro sobre el cual se asienta: la prohibición de utilizar la fuerza para la conquista territorial.²

En atención a lo anterior, no resulta extraño que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI) afirmara en su sentencia de condena que iniciar una guerra de agresión no es sólo un crimen, sino que es “el crimen internacional supremo”, pues contiene los males acumulados en todos los demás delitos/crímenes internacionales. Así, el juez Robert Jackson (actuando como fiscal general en el Juicio de Núremberg a los principales jerarcas civiles y militares nazis de 1946) señaló: “[E]l iniciar una Guerra de agresión no solo constituye un delito internacional, sino que es el delito atroz supremo; que difiere de los –posibles– crímenes de guerra, puesto que en él se acumulan todas las maldades y todos los daños de todos los anteriores” (Jackson, 1946, p. 48). De lo

distintas razones, ninguno de alrededor de 100 enfrentamientos armados importantes que involucraron a Estados desde 1945, ha significado un golpe tan tremendo a la institucionalidad pactada, como el actual agravio de Putin; comparar este con los otros, como han hecho algunos pocos comentaristas, puede tener valor científico y puede ayudar, pero, en general, no pasan de ser una argucia dialéctica o un recurso político.

Con la agresión se concreta una grosera violación al Principio de No Intervención (Declaración 2625/XXV), así como el Propósito principal de la Carta que entendemos constituye la finalidad fundamental que con ella se procuraba en aquel momento: “Mantener la paz y la seguridad internacionales...” (art. 1, inc. 1); y un grosero quebrantamiento a los dos Principios estructurales más trascendentes que sostienen el actual sistema y lo basan: ‘... el principio de la Igualdad Soberana de todos sus Miembros’ (art. 2, inc. 1), al decir de E. Jiménez de Aréchaga, 1958 y 1963, soberanía (jurídica) bajo Derecho Internacional; y el Principio de Abstención del Uso o de la Amenaza del Uso de la Fuerza en las relaciones internacionales (art. 2, inc. 4), por lo cual configura un crimen de guerra por sí misma, ya que no se ha mostrado ninguna prueba de ataque armado anterior desde Ucrania contra Rusia y las explicaciones del discurso de V. Putin, repetidas posteriormente en otros ámbitos, caen solas, por el peso de su propia inconsistencia. Del estudio de los hechos y de su contexto jurídico y político nos resulta que Rusia ha incurrido en un crimen de guerra, lo cual pensamos que es indiscutible y evidente. Además, su acción ha sido planificada cuidadosamente, quebranta directamente el Principio de Buena Fe, se fue falaz en su explicación y delirante en su justificación” (p. 73).

- 2 Como se ha expresado: “The U.N. Charter that was created at the close of WWII to maintain and sustain international peace places the prohibition on the use of force at its core. Article 2(4) provides: “All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the U.N.” (Hathaway, 2022, p. 21).

Cierto que tal prohibición –relativa al uso de la fuerza como medio y modo legitimante de conquista territorial– no se ha observado de un modo perfecto durante la Guerra Fría. No obstante, sí ha contribuido a provocar el mayor descenso de conflictos armados interestatales de la historia, convirtiendo a la guerra de conquista en un fenómeno extremadamente raro, consustancial e irremediablemente ilegítimo. A su respecto, véase Pinker (2018, cap. 10).

anterior emerge una cuestión que no podemos eludir como elemental a toda esta *qaestio*, y es que no estamos ante una guerra, sino que estamos ante un crimen atroz (del derecho penal internacional), más concretamente, ante el peor de todos los delitos posibles. Luego, las actuaciones desplegadas por el ejército de Rusia en el territorio de Ucrania y contra sus ciudadanos no derivan de un conflicto bélico (siquiera en apariencia). Lisa y llanamente, constituyen un crimen de principio a fin que carece *ab initio* de cualquier atisbo de legitimidad o justificación, ni jurídica ni mucho menos ética.

En este contexto tan duro, debió fijar las líneas maestras de la estrategia procesal penal ucraniana el fiscal general Andriy Kostin (quien asumiera apenas días antes de la invasión rusa). Pese a lo complejo de la situación, puede aseverarse que nunca en la historia de los grandes conflictos bélicos se apreció un despliegue de medios tan bien dispuestos para el aseguramiento y la preservación de las pruebas sobre las responsabilidades individuales y colectivas por delitos atroces, así como para favorecer la conexión de las diversas causas penales (tanto diligenciadas ante la jurisdicción ucraniana como ante las jurisdicciones internacionales y de otras naciones). Todo ello, a efectos de constituir un rosario de imputaciones (y condenas) orientadas hacia la responsabilidad de las principales autoridades civiles y militares rusas. Lo último, sin menoscabar la responsabilidad de los mandos medios y, especialmente, de los ejecutores directos. Estos, en atención a ciertas (cuestionables) estrategias político-criminales de órganos jurisdiccionales como la Corte Penal Internacional, suelen recibir un trato de favor, no siendo siquiera imputados, en aras de prestarle a la fiscalía testimonios que ayuden a acreditar la responsabilidad de sus superiores.³

De allí que nuestro primer propósito radica en analizar el alcance y particularidades que presenta el delito de agresión internacional. Tanto en su configuración como costumbre internacional —derivada del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y su recepción en los Principios de Núremberg de 1947— (Scharf, 2010) como en su configuración en el ECPI—conforme la redacción dada en la Conferencia de Kampala de 2010— (Remiro Brotóns, 2022, p. 61).

También resultará necesario analizar los particularismos que presenta en materia de imputación objetiva y subjetiva, así como el modo en que todo

3 Extremos, estos últimos, que no suelen arrojar buenos rendimientos (sino, véase lo ocurrido en la tristemente célebre causa contra Jean-Pierre Bemba). Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. Sentencia de Apelación del ocho de junio de 2018, ICC-01/05-01/08 A, pars. 47-80. También véase Weigend (2020, pp. 187 y ss.).

ello impacta en lo relativo a las necesidades probatorias. Tras ello, hemos de atender las complicaciones procesales existentes tanto en el ámbito del derecho constitucional ucraniano como en las disposiciones del ECPI para que puedan asumir competencia sobre tal delito.

Como segundo propósito del presente trabajo, se analizará la necesidad de constituir (de una buena vez por todas) un tribunal internacional *ad hoc* que juzgue por este delito a los principales jefes civiles y militares del Gobierno de la Federación rusa (presentes o ausentes) y que habilite a una posterior imputación (ya en el marco de las jurisdicciones nacionales) sobre los perpetradores directos y mandos medios. Tal iniciativa debe provenir de los países del (mal) llamado “Global South”, concretamente aquellos países latinoamericanos cuyos Gobiernos comprendan que estos no son momentos para la especulación geopolítica, sino para la reafirmación del principio que asegura la paz y la prosperidad: el de justicia, entendido como el dar a cada uno aquello que se merece.⁴

2. El delito de agresión internacional o crimen contra la paz

La doctrina suele considerar como objetividad jurídica tutelada por esta figura penal (así como por las demás que componen los llamados “delitos atroces”: genocidio y lesa humanidad) a múltiples bienes jurídicos (básicamente, todos aquellos bienes individuales o supraindividuales que se ven lesionados o puestos en riesgo por parte de las conductas típicas que envuelven a estos delitos).⁵ Pero lo cierto es que sólo uno de ellos ha de cumplir con los fines propios de

4 Claramente, los autores fundamos la finalidad de la pena dentro de las teorías retribucionistas, afiliándonos a la idea de que sólo así se cumple con la ratificación de las legítimas expectativas de terceros (en este caso, la universalidad de seres humanos) en lo relativo a la vigencia de las normas fundamentales que hacen al sistema internacional de derecho. En términos similares, se ha pronunciado recientemente Darryl Robinson (2020, pp. 85-113); en contra, Pawlik (2018, pp. 85 y ss.).

5 Así, Finnochiaro (2016) señala que los bienes jurídicos que protege el derecho penal internacional son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad: “La paz internacional, desde el punto de vista de bien jurídico necesitado de protección, fue definida como aquel estado de armonía entre naciones, en el que los conflictos internacionales se resuelven de forma no violenta. La seguridad internacional es un concepto que deba analizarse junto a los factores que cimentan el poder nacional, pudiendo analizárselos por separado o tomarlos en su conjunto, como parte del fortalecimiento del poderío nacional, direccionándolo hacia el tema militar. Dichos elementos permiten vislumbrar la magnitud que reviste la capacidad militar en la lucha por el poder que libran los Estados y en la implementación de políticas, ya sean de status quo, imperialistas o de prestigio. En este sentido, la guerra y la constante posibilidad de guerras hacen que la anarquía del sistema internacional se convierte en lo que Hobbes denomina “una guerra de todos contra todos”, y que las organizaciones internacionales, como la ONU o la Cruz Roja, intentan evitar, a través de mecanismos e instituciones afines. La razón de intentar evitar el conflicto entre Estados, de proteger

la teoría del bien jurídico (de lo contrario, ella se convertiría en un juego de abalorios, de fina producción intelectual, pero de absoluta inconducencia a la hora de mostrar eficacia práctica): imprimir la dirección dogmática (interpretativa-valorativa) del tipo objetivo (esto es, delimitar el riesgo típicamente relevante). Y tal bien jurídico es la Humanidad, institucionalizada bajo el concepto de “comunidad internacional”. Humanidad (como entidad propia o *grande être*, es decir, no como la mera suma de todos los individuos humanos que realmente existen en este tiempo en este plano) es una entidad que ostenta una conciencia de sí misma (en sentido normativo/valorativo) y, como tal, se reconoce titular de derechos de un modo previo a la configuración de los Estados. Luego, en caso de que ciertos gobernantes de un Estado desconozcan y/o agredan a tales derechos, los individuos igualmente los seguirán ostentando, por hallarse su fundamentación y eficacia en un estadio preestatal. Luego, estos delitos afectan los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, como institución que nuclea al común de los seres humanos por fuera (y por encima) de las instituciones estatales, especialmente cuando se amenaza la paz y la seguridad internacional (Gaita, 2005, p. 283).

Por ser preestatal, representa el fundamento sobre el que se constituye (conforme al orden mundial imperante) la “sociedad de naciones” o —concepto más recibido— la “comunidad internacional” (May, 2008, p. 112, 2013). De ahí, el delito consiste en perturbar o poner en peligro a aquellas frágiles estructuras que sustentan el *status quo* de las relaciones internacionales pacíficas y que constituyen el verdadero sentido del concepto de la “seguridad internacional”. Así, el acto delictivo se valora como una negación de que la persona natural está —en buena medida— sujeta a un orden normativo externo y previo al estatal. Esto equivale a un ataque al concepto mismo de ley universal vinculante para todo Estado, organización internacional o persona natural, puesto que esta es la concepción que subyace a la fundamentación de la requisitoria fiscal del juez Jackson ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (y lo propio, cabe

a civiles, de responsabilizarlos cuando ese status quo se rompe y de propender a la eliminación del armamento y de la propagación de los medios pacíficos de solución de controversias, es lo que da contenido a la ‘seguridad internacional’.

En cuanto al concepto, el bienestar de la humanidad no es sino el intento que llevan adelante las diferentes naciones que integran, en concreto, las diferentes organizaciones e instituciones internacionales, de consagrar como valor supremo la prevalencia del conjunto humano global por encima de credos, religiones, razas, etnias y límites geográficos, en un ámbito de preservación, en cuanto conjunto, de los valores, y parámetros que hacen únicos a cada uno de sus integrantes, y que, por diferenciarlos, terminan por generar un fundamento común a todos los seres humanos. no es sino el respeto irrestricto a esa individualidad-diversidad lo que caracteriza al concepto” (p. 55).

afirmar, de todo pedido de condena ante un tribunal internacional o nacional por este delito). Así lo señaló el juez Jackson (1946), actuando como fiscal jefe de la acusación ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg:

(...) El sentido común de la humanidad requiere que la ley no se limite a castigar los delitos menores de la gente corriente. También ha de aplicarse a los hombres que ostenten un gran poder y que lo utilizan de una manera premeditada y deliberada para ejecutar maldades que afectan a cualquier ciudadano del mundo. Una causa de tal magnitud es la que las Naciones Unidas presentarán ante sus Señorías.

(...) Lo significativo de este proceso es que estos reos son la personificación de unas influencias siniestras que pervivirán en el mundo mucho después de que sus cuerpos se hayan convertido en polvo. Demostraremos que son símbolos vivientes del odio racial, del terrorismo y la violencia y de la arrogancia y la crueldad del poder son símbolos del nacionalismo arrogante y del militarismo y de las intrigas y de las guerras que han conmovido a Europa generación tras generación, aplastando su humanidad, destruyendo sus hogares y empobreciendo su vida. (pp. 37-38)

En similares términos se pronuncia el Preámbulo del ECPI, cuando señala:

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la Humanidad. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

Larry May (2004, p. 85), asumiendo esta concepción acerca del bien jurídico, ahonda en dicho concepto, señalando que se trata de la humanidad organizada bajo el orden público internacional o la seguridad en el ámbito internacional. En este último sentido, verificado a través de aquellos estándares mínimos de tutela que toda la especie humana ha de recibir por parte de cualquier ordenamiento jurídico interno. Así, estos delitos conllevan un grave daño para la comunidad internacional, pues, partiendo de una concepción minimalista (hobbesiana), indican que ciertas normas internacionales básicas y fundamentales —de obligada observancia *ius cogens*— se han constituido para la protección del hombre ante la eventualidad de que los Estados incurran en un estado de guerra constante entre ellos (semejante al estado de guerra, de agresión de todos contra todos). Tal es la razón por la que, más que en los efectos

inmediatos (resultados causales directos) de los actos delictivos individuales, su interés jurídico penal (la razón por la cual desplaza la imputación de un concurso real de homicidios, asesinatos, lesiones, etc.) radica en su potencialidad de desestabilizar al orden jurídico internacional (i. e.: en desestabilizar el marco de seguridad internacional de la humanidad).

De tal modo, la valoración correcta del delito será aquella que lo entienda como el despliegue de un riesgo contra dicho marco jurídico internacional nuclear sobre el que se erige el Sistema Universal de Derechos Humanos y la seguridad internacional del orden mundial vigente (u orden público internacional, normas de *ius cogens*, “sociedad de naciones”, “comunidad internacional” o, como emplearemos mayormente en este trabajo, “sistema internacional de derecho”), que supone de tal modo un daño a la humanidad en su sentido conglobante de toda la especie humana.

En caso del delito de agresión internacional, lo que se afecta o lesiona es el derecho de toda persona a desarrollar su vida, sus actividades personales (en otras palabras, su esfera de libertades), libre del temor de ser avasallado por un poder extranjero, de ser destruido su medio político (i. e., su nación) por una invasión de conquista por parte de una potencia extranjera. Quizá resulte de Perogrullo, pero lo que se ve destruido por este delito es el derecho a vivir en paz, como el nombre original de la figura penal subrayaba de manera prístina e inequívoca en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (como también en el de Tokio). Lo que previene es la causa de todos los grandes conflictos de los siglos XIX y XX hasta la Segunda Guerra Mundial: la guerra de conquista territorial, la guerra imperial, la guerra ilegal (derivada del concepto de guerra injusta, mayormente desarrollado en el siglo XVI y, particularmente, por el clérigo Francisco de Vitoria).⁶

Para ello, resulta errada toda lectura que se haga de este como “macrodelito” o un inmenso concurso real de homicidios, lesiones, robos, etc. Por el contrario, se trata de un tipo penal particular con un riesgo típicamente relevante (propio) y específico, cuyo alcance se determina por la dirección dogmática impresa por este bien jurídico penalmente tutelado. Extremos estos que, además, se han venido construyendo y precisando —cada vez más— en el concierto internacional, por un lado, por normas convencionales como el Pacto Briand Kellog (por la Sociedad de Naciones), el Estatuto del Tribunal Militar Interna-

6 Cfr. Vitoria (1952, *passim*, 1976, *passim*, 1981, *passim*), Cruz Prados (1991, pp. 115-130, 2003, *passim*), Aparisi Miralles (2007, pp. 36 y ss.), Benedicto XVI (2005). Asumiendo una posición crítica, ver D’Ors (1954, pp. 119 y ss.).

cional de Núremberg y su posterior jurisprudencia, la Carta de la ONU, los Principios de Núremberg de 1947 (Resolución N° 177 II Asamblea General de la ONU), la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 1948, los Pactos Internacionales de 1974, el ECPI y la posterior Conferencia de Kampala, etc. Por otro lado, por la costumbre internacional, derivada de los instrumentos jurídicos señalados o reconocida antes y cristalizada luego por estos (de modo parcial). Respecto a esta, a la fecha, la *opinio iuris* resulta casi unánime; piénsese, por ejemplo, que la Asamblea General de la ONU condenó la invasión a Ucrania en febrero de 2022 como un acto de “agresión internacional” por 240 votos —muchos de los cuales pertenecieron a Estados que no son parte de la Corte Penal Internacional (CPI) ni han ratificado el ECPI— y cinco votos en contra, entre los que se hallaba el de la propia Federación rusa. El referenciado *corpus* normativo configura deberes negativos (fundados en el principio *neminem laedere*) y también positivos (fundados en la *solidaritatis*, en la especie internacional) (International Court of Justice, 2007, párr. 430).

Esto constituye el cerne de las relaciones internacionales y del sistema universal, puesto que trasciende a visiones neoclásicas y neoliberales (de las relaciones internacionales) y que, desde un criterio ius filosófico y antropocéntrico, funda el criterio de la seguridad humana y se sintetiza en los tres pilares del Principio de la Responsabilidad para Proteger (United Nations General Assembly (XVI), 2005, párrs. 138-139).

Ahora bien, desde esta concepción sobre el bien jurídico, las competencias que derivan de dichos deberes negativos y positivos recaen, fundamentalmente, en aquellas personas naturales con poder (*de iure* y/o *de facto*) para diseñar, organizar, lanzar o dirigir una guerra ilegal contra un tercer Estado. Solo aquellos con capacidad real de constituir un marco favorecedor para propiciar una guerra internacional ilegítima ostentan el poder suficiente como para afectar al bien jurídico penalmente tutelado. Y así lo comprendió, pioneramente, Murray Bernays al diseñar su teoría de la “criminalidad colectiva” (verdadero origen de la Joint Criminal Enterprise), que sirviera de modelo para la configuración de la competencia material del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, consensuado por los dignatarios que suscribieran la resolución final de la Conferencia de Revisión del ECPI de Kampala: constituyendo un delito (el de agresión internacional) especial propio, cuyo autor sólo puede ser aquel que ostente una posición de liderazgo (Pereira Garmendia, 2016, cap. 2). Todo lo dicho, sin perjuicio de la coadyuvancia o cooperación de los ejecutores directos (en atención al principio *neminem laedere*), por lo cual, la configuración

del tipo penal del art. 8 bis del ECPI resulta —cuanto menos— problemática (Robinson, 2020, p. 177), como veremos a continuación.

2.1 El tipo penal objetivo

La guerra de agresión o crimen contra la paz se encuentra tipificado en el art. 8 bis del ECPI. Dicha redacción no surgió del Tratado de Roma de 1998, sino que su tipificación quedó en suspenso hasta la aprobación de una disposición que defina el crimen y en la cual se enuncien las condiciones en las cuáles se hará efectivo, lo cual se resolvió en la Conferencia de Revisión del Estatuto en Kampala en 2010. Las razones de ello radican en la fuerte disputa entre un grupo de Estados que buscaban someter la jurisdicción de la CPI a la constatación de un presupuesto prejudicial por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, consistente en una declaración de “agresión internacional”, y aquellos otros que pretendían autonomizar completamente la actividad de la CPI respecto al Consejo de Seguridad (Remiro Brotóns, 2022, p. 269). Es decir, se trataba de un pulso entre aquellos (los miembros permanentes o P5) que pretendían atar de manos a los jueces respecto a si las autoridades nacionales denunciadas habrían (o no) incurrido en alguna de las conductas descritas en la Resolución 3314 (Asamblea General) como agresiones internacionales (quedando sometido al veto por parte de cualquiera de ellos) y aquellos que pretendían que tales extremos consustanciales del riesgo típicamente relevante del delito de marras solo podía ser considerado y valorado por el juez competente (escapando así del corsé impuesto por el posible veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y considerándolo —correctamente— por fuera de las competencias originarias de dicho organismo).

Si bien en 2010 se alcanzó el consenso necesario para aprobar una redacción clara sobre el tipo objetivo, se reguló una farragosa regulación acerca de las condiciones (legales) para su persecución (efectiva). Conforme a esta última (y posteriores resoluciones y/o aprobaciones de los Estados parte en el ECPI), durante la celebración de la XVI Asamblea de Estados Parte del ECPI, se activó la competencia de la CPI respecto a este delito de agresión internacional desde el 17 de julio de 2018, emergiendo un tipo penal especial propio (un verdadero “delito de liderazgo”) y una farragosa regulación acerca de los requisitos y presupuestos procesales para iniciar una acción penal por dicho delito ante la CPI (que será objeto de análisis *ad infra*).

Así quedó tipificado el delito en el art. 8 bis del ECPI:

Una persona comete un crimen de agresión cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad o escala constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas.

En su formulación original, dentro del art. 6º del ETMI,⁷ el delito de agresión internacional congloba la responsabilidad de cada uno de los conspiradores por los actos delictivos perpetrados por sí mismos y por los demás. Aquellos que participan de la preparación (y eventual ejecución) del plan criminal continente de diversos delitos (la *conspiracy* propiamente dicha) son recíprocamente imputables por los riesgos y resultados típicos devenidos de su ejecución. En términos estrictos de nuestra dogmática jurídico-penal, podríamos decir que todos son responsabilizados a título de coautores por cada una de las conductas típicas perpetradas por cada uno de ellos y por las de los otros miembros, puesto que —normativamente— no se trata de un haz de conductas generadoras de diversos riesgos o semirriesgos que, en su sumatoria, conlleve la verificación de un riesgo típicamente relevante. Bien al contrario, la preexistencia de un *pactum scaeleris* hace que no sea sino una interacción, un todo atribuible (en su totalidad) a cada uno de los intervinientes del riesgo o riesgos que se deriven del propio perfeccionamiento del acuerdo criminal.

Así, conforme al plan original de la Criminalidad Colectiva de Bernays⁸ (verdadero inspirador de la Conferencia de Londres de 1944 que aprobó el texto del ETMI), se estructuraba en “dos velocidades”: la primera en el tiempo, que se correspondía con la interacción propia de una *conspiracy*, acordada por los principales jerarcas del Eje y consistente en desplegar una guerra ilegal de agresión

7 Esto, debido a que los Principios de Núremberg fueron aprobados por la unanimidad de los Estados representados en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, constituyendo, a partir de entonces, una costumbre internacional (por observar una *opinio iuris sive necessitatis* incuestionable a través de dichas aprobaciones unánimes) (Scharf, 2010, p. 147).

8 Murray Bernays nació en Rusia en 1894 y emigró con su familia a los Estados Unidos cuando era aún un niño. Sirvió en el ejército norteamericano en Francia durante la Primera Guerra Mundial y, tras ello, se licenció como abogado en la Universidad de Columbia (Nueva York). Durante las décadas de 1920 y 1930, actuó como socio en la firma neoyorkina Ernst, Gale, Bernays & Falk, en donde se especializó en la defensa y denuncia de delitos vinculados al mundo de las finanzas y del crimen organizado. Tras el ataque de Japón a los Estados Unidos en Pearl Harbour, Bernays se reincorporó voluntariamente a las filas del ejército americano, pero esta vez como asesor legal del Departamento de Guerra (US Army General Staff Corps) con el grado de coronel. Por sus servicios en la construcción de la planificación y estrategia de los juicios de Núremberg, fue condecorado por el presidente Harry S. Truman. Tras la guerra, volvió a la vida civil, donde ejerció nuevamente la abogacía hasta mediados de la década de 1960, cuando se retiró. Falleció en el año 1970.

(crímenes contra la paz). Asimismo, y como efecto inmediatamente posterior a la determinación de la conspiración, procedía la declaración de “ilegal” respecto a todas aquellas instituciones u organizaciones que hubiesen sido creadas o rediseñadas por dichos jerarcas a efectos de llevar a cabo el plan criminal. Posteriormente, se verificaba la segunda velocidad, que consistía en la imputación de responsabilidad penal de todos aquellos miembros de las referenciadas instituciones u organizaciones declaradas ilegales y que (se presume) colaboraron en la ejecución del plan criminal mediante el cumplimiento de sus respectivos roles dentro de dichas personas jurídicas o instituciones. Esa imputación estaba fundada en la *membership theory*, que es la pertenencia o membrecía a aquellas instituciones u organizaciones ilegales, lo que en otros ámbitos o criterios de imputación objetiva solemos identificar como “los mandos medios y/o ejecutores directos”.

Es un dato incuestionable que la *conspiracy* es empleada por el sistema penal norteamericano en su lucha contra el crimen organizado y los fraudes bursátiles, fundamentalmente por lo flexible que resulta a la hora de probar y fundamentar las imputaciones y responsabilidades jurídico-penales.⁹ Ello, puesto que facilita la acusación de aquellos sujetos que no participan directa ni personalmente en los delitos imputados, siendo tales extremos los indicados en el literal c del art. 6º del ETMI: la imputación recíproca que caracteriza a toda coautoría. Así, todos los integrantes de la *conspiracy* responden tanto por los riesgos típicamente relevantes generados por ellos mismos como por los generados por los otros integrantes de la empresa criminal. Ello, aunque para las valoraciones de los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes sean considerados como partícipes e intervinientes secundarios en el delito.¹⁰ Lo dicho, puesto que un acto u omisión que, valorado en sí mismo, resultaría penalmente inocuo, situado en el contexto de una conspiración, adquiere mayor relevancia, por lo que se lo puede considerar un aporte significativo dese el punto de vista jurídico penal.

9 Extremos que hoy se pueden verificar dentro del sistema penal federal norteamericano en piezas legislativas clave para la lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico y la corrupción política, como la RICO Act (Racketeer Influenced and Corrupted Organizations), ley que se está tomando como modelo en muchos ordenamientos (entre ellos, el argentino) para inspirar sendas reformas legislativas en tales marcos casuísticos.

10 De allí las continuas confusiones que cierta parte de la doctrina observa, al considerar que las Joint Criminal Enterprises serían una modalidad de complicidad (extremos, estos, que han llegado a plasmarse erróneamente en el art. 25 del ECPI). La confusión, ya verificada en sus disidencias por el juez francés Donnadiou de Vabres en el TMI, radica en no distinguir la naturaleza dogmática de la intervención en el delito (i. e., coautoría) como imputación de responsabilidad por el riesgo típicamente relevante producido (merecimiento de pena) de la imputación personal o necesidad de pena, que aquí –por lo general– se fijaría en un parámetro menor al de la pena de un autor,

Por otra parte, la *conspiracy* facilita la imputación al superior (líder político o jerarca militar) de todos aquellos actos u omisiones penalmente relevantes que sus subordinados cometan, aun sin que se pueda probar la existencia de una orden directa al respecto. Ello, en la medida en que dicha acción se corresponda con el plan criminal (*pactum scaeleris*) o que se trate de una natural y previsible consecuencia de ella. De tal modo se extiende la responsabilidad penal, no sólo mediante la imputación recíproca del tipo a todos los intervinientes, sino también haciendo a cada uno responsable de aquellos delitos que no integraran el plan primigenio, pero que se perpetren en el contexto de la (alegada) guerra de agresión. Esta concepción (verdadera génesis de la Joint Criminal Enterprise III) es la razón por la que el equipo norteamericano de la fiscalía del Tribunal Militar Internacional de Núremberg intentara extender la *conspiracy* a todos los delitos recogidos en el art. 6 de su Estatuto, no circunscribiéndola (solamente) al delito de agresión internacional o crimen contra la paz, tal como se acordara en la Convención de Londres de 1944.

Conforme a la “teoría de la criminalidad colectiva” de Bernays (en su formulación pura), el TMI previó que, tras la declaración de ciertas organizaciones nazis como “organizaciones criminales”, para poder imputar la responsabilidad de cualquier *little fish* (i. e., aquellos que no ostentaban poder político o militar alguno) bastaba con la acreditación de dos extremos: que el reo se haya incorporado libre y voluntariamente a dicha organización y que haya ostentado un conocimiento suficiente sobre la “criminalidad” de los fines o medios empleados por dicha organización. Se trataba de la necesidad de responsabilizar penalmente a los miembros del régimen nazi que habían intervenido en los delitos contenidos en el Estatuto y que no pertenecían a las altas esferas del poder, por lo que difícil resultaba adjudicarles una participación en la celebración de un *pactum scaeleris* consustancial a la *conspiracy*.

Asimismo, dadas las características que observan los delitos atroces (tumultuosos, que suponen lesiones masivas y más o menos constantes en el tiempo a varios bienes jurídicos, etc.), resulta muy difícil (cuando no, derechamente imposible) determinar la causalidad en los términos de la fórmula heurística de la *condicio sine qua non*, por lo que de nuevo estamos ante una lógica de *interacción*¹¹ y no bajo la lógica de un haz de riesgos típicamente relevantes accesorios y/o subordinados entre sí. Como señala Van Sliedregt (2012, p. 26), no fue

concretamente en un grado menor, tal como sucede en el caso de los cómplices (pero no por ello es que sean cómplices).

11 Acción colectiva perteneciente a todos lo que intervienen en ella por igual, por actuar dentro de un

sino a través de la noción de organización criminal (derivada del concepto de *conspiracy*) que resultó posible la incriminación de ciertos nazis de “segundo nivel” involucrados en la comisión de delitos durante la Segunda Guerra. En concreto, se hizo posible en la medida en que estos hubieran tenido conocimiento de los actos criminales de sus compañeros (comiembros) y de los líderes del partido, así como que hubieran expresado de manera explícita o implícita su asentimiento a todo ello.

Pero ¿qué pasa con la configuración emergente de la Conferencia de Kampala? Pues que, al configurarse como delito especial propio, toda posible imputación a subordinados políticos y/o militares queda descartada de plano, puesto que la “segunda velocidad” fundada en la *membership* (la responsabilidad individual por ejecutar un rol dentro de una organización o institución orientada a la ejecución del plan criminal) queda fuera de la formulación del riesgo típicamente relevante, ya que éste (reitero, en la formulación del tipo penal hecha por el ECPI) se relaciona solamente con la llamada “primera velocidad”: la *conspiracy*.

De esta manera, todo sujeto que no ostente las cualidades de líder político y/o militar no responderá ni siquiera como partícipe, debiendo imputarle, cuando haya evidencia suficiente de ello, su intervención en crímenes de lesa humanidad o en crímenes de guerra, extremos que suponen romper la unidad del título de imputación (Gillies, 1997; Heller, 2011, p. 189; Olásolo Alonso, 2013; Scharf, 2010, p. 147; Vázquez Rodríguez, 2017, p. 45), de ahí que no haya resultado (desde el punto de vista dogmático penal) una tipificación óptima ni político-criminalmente convincente.

Decíamos que se aprecia cierta decisión político-criminal por los conferencistas de Kampala en constituir el delito como uno especial propio, donde los únicos afectados por una posible imputación (por ser los únicos pasibles de desplegar el riesgo típicamente relevante) son aquellos sujetos que ostentan un liderazgo político o militar dentro del Estado que realiza la agresión militar (i. e., que inicia la guerra ilegítima). El fundamento de dicho tipo especial radica en el deber que recae sobre estas personas en atención a la Carta de la ONU e interpretada bajo el prisma del principio de la responsabilidad para proteger. Concretamente, el deber que tiene toda autoridad política o militar *de iure* como *de facto* a la hora de determinar la política exterior e interior del Estado, de proteger los derechos humanos básicos o fundamentales de toda la

mismo campo estructurado de la [inter]acción).

población, así como el respeto irrestricto al sistema internacional de seguridad internacional y/o comunidad internacional (Vázquez Rodríguez, 2017).

Como se aprecia, hay una clarísima relación entre esta cualificación del sujeto activo y el despliegue de un (efectivo) riesgo respecto del bien jurídico penalmente tutelado, ya que son estas personas las únicas que pueden determinar la orientación política y del uso de la fuerza por parte de los Estados y, desde allí, las únicas que pueden dirigir las contra los principios de la Carta de la ONU y del sistema u orden mundial (en lo que aquí respecta, planificando, organizando y lanzando una guerra de conquista contra terceros Estados). En definitiva, son las únicas capaces de incumplir aquellos deberes positivos y/o negativos que violen el principio *neminem laedere* (básicamente, no emplear los poderes del Estado para lesionar/violar aquellos derechos humanos básicos, preestatales, propiciando una amenaza a la propia pervivencia del sistema internacional de derecho como institucionalización de la humanidad como *grand être*).

Como elemento normativo del tipo penal del art. 8 bis del ECPI, emerge la novedad de haber expresamente tipificado los parámetros normativos a partir de los cuales una agresión se valora como delito (i. e., que “constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas”). Así, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de la ONU. De esta manera, la Resolución 3314 de la XXIX Asamblea General de las Naciones Unidas (de 14/XII/1974) indica que se caracterizará como acto de agresión: (i) la invasión de un Estado por otro; (ii) el ataque (fuera de lo establecido en el art. 51 de la Carta de la ONU) de fuerzas armadas de un Estado contra otras de otro Estado o contra la población civil de éste; (iii) la ocupación militar que derive de los actos anteriores y que implique el uso de la fuerza; (iv) el bombardeo; (v) el bloqueo de puertos o de costas de un Estado; (vi) el envío por parte de un Estado de grupos irregulares (generalmente denominados paramilitares) o mercenarios que lleven a cabo actos armados contra otro Estado.

Si bien esto puede considerarse muy apropiado conforme a la regla de certeza y de máxima taxatividad (del principio de legalidad penal), también en cierto modo se presenta como redundante. Ello, puesto que la importancia y gravedad de la agresión ya emerge de tres normas que delinean el riesgo típicamente relevante del art. 8 bis del ECPI. Por un lado, el art. 39 de la Carta de la ONU, que parifica la agresión al quebrantamiento de la paz mundial, por lo que no cualquier acto ilegítimo de un Estado hacia otro constituye, *per se stante*,

una agresión internacional, sino solo aquellos que pongan en jaque al orden internacional, o a bases del sistema internacional de derecho o, si se prefiere, a aquellos que contradigan las líneas nucleares sobre las que se constituye la propia ONU. Por otra parte, la referida Resolución 3314 (XXIX) expresamente dice que, si los actos o sus consecuencias no son de suficiente gravedad, se configura la *ratio* en atención a la cual el Consejo de Seguridad ha de sostener que no hay méritos para valorarlo como tal (i. e., como agresión internacional). Esto cobra especial relevancia dado que el anexo de la referenciada Resolución de la Asamblea General es reproducido literalmente (artículos 1 y 3) en el numeral 2 del art. 8 bis del ECPI, en párrafos sucesivos combinando la definición genérica con un listado de actos de agresión (no taxativo). Por último (iii), hemos de considerar al mismo ECPI, en cuyo preámbulo se indica que la CPI tendrá jurisdicción (sólo) sobre los crímenes internacionales más graves. De ahí que las “agresiones” que no supongan un riesgo para la preservación de las bases del sistema internacional de derecho podrá dar lugar a reclamos civiles ante la Corte Internacional de Justicia, mas no a una acción penal. La Conferencia de Revisión de Kampala también dispuso —respecto de los *elementos* del delito de agresión— que la calificación de una agresión como “manifiesta” se configura como una calificación objetiva, es decir, que no basta con una valoración cualquiera, sino que ha de estar construida sobre hechos claros, manifiestos y de la entidad exigida por el art. 8 bis y el resto de las normas. Toda valoración ha de estar fundada en —y ser coherente con— la realidad empírica subyacente, así como ha de probarse de (al menos) con semiplena prueba.

De manera concordante a lo anteriormente expuesto, se ha añadido al art. 25.3 del ECPI —relativo a la responsabilidad penal individual— un número 3 bis que dice: “Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”. Ello, en atención a lo ya expuesto: sólo aquellos sujetos que ostenten posiciones de poder político o militar (*de iure* o *de facto*) estarán (valorativamente) en condiciones de provocar el riesgo típico relevante. Como se ha indicado:

[s]e trata de un crimen de líderes, *le crime de la crème de la crème*, incluidos junto a las autoridades oficiales o institucionales, los representantes de los poderes fácticos; pero para ello no basta con agredir, con violar la Carta de las Naciones Unidas, hay que hacerlo a lo grande. La elevación del umbral a partir del cual el acto de agresión puede originar una responsabilidad criminal individual es una de las concesiones en aras del consenso. (Remiro Brotóns, 2022, p. 268)

Es un tipo penal especial propio, en definitiva, fundado no sólo en la lesión a competencias de respeto, sino también en la de fomento (Pawlik, 2016, pp. 156-157), puesto que los sujetos cualificados (*intraanei*) incumplen tanto deberes negativos como positivos, emergentes de sus poderes de ingeniería social y de la Carta de la ONU y normas concordantes. En particular, se verán afectados los llamados Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el Juicio contra los principales líderes del nacionalsocialismo, compilados por la Comisión de Derecho Internacional y aprobados por unanimidad por la Asamblea General de la ONU. En todo caso, se requiere de un pacto o acuerdo criminal por parte de aquellos individuos que cuenten con la suficiente capacidad (fáctica y jurídica) para preparar, iniciar o asegurar los actos de agresión señalados anteriormente (ese, y no otro, debería ser el modo correcto de interpretar la letra del art. 8 bis del ECPI).

2.2 El acuerdo criminal o *pactum scaeleris* celebrado por los líderes políticos y militares

Como hemos indicado, el cerne sobre el que se construye el riesgo típicamente relevante de esta figura penal (en particular conforme a la redacción dada en el art. 8 bis del ECPI), radica en la celebración de un acuerdo criminal (*pactum scaeleris*) entre aquellas personas que ostentan el poder político y militar del país invasor. En atención a dicho marco típico, podemos deducir la existencia de tal plan criminal previo (de planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión) de una serie de circunstancias concretas sobre las que existe sobrada evidencia: las incuestionables injerencias de la Federación rusa sobre los intereses de Ucrania, tanto en su política interior (especialmente en lo relativo a su economía) como en lo exterior (acuerdos con la Unión Europea).

Ya desde 2014, el Kremlin se ha interesado en adquirir un corredor terrestre que conecte Rusia con Crimea desde el litoral ucraniano del mar de Azov —una franja de tierra de unos 50 kilómetros, suficientes para construir una carretera y una línea de ferrocarril (Plokhyy, 2022, p. 503; Marcu, 2021, p. 154)—, así como la ocupación de dos ciudades y puertos: Mariúpol y Berdiansk, tal como se acredita, por cierto, de las operaciones militares desplegadas por el Kremlin desde la invasión (Milakovskyy, 2022). También se evidencia del hecho de que los rusos bloquearon el estrecho de Kerch en 2018 al hundir tres cargueros ucranianos, convirtiendo al mar de Azov en un verdadero “lago ruso” —sin salida al

Mar Negro— e impidiéndoles a los buques seguir cargando el preciado cereal en el puerto de Mariúpol. Asimismo, de los acuerdos comerciales celebrados con la República Popular China, consistentes en la realización de una carretera, una línea ferroviaria e instalaciones civiles en el puerto de Sebastopol.

Todo implosionó en la revolución del Euromaidán, en la represión a los estudiantes y en la deposición del presidente filorruso Yanukóvich, y que Putin aprovechó para lanzar una operación bajo falsa bandera en el Donbás y en Crimea (ocupando dicha parte del territorio ucraniano de manera ilegal desde 2014). A lo que luego se agregaron las constantes amenazas de invasión al territorio ucraniano por parte de las fuerzas armadas rusas desde finales de 2021 (hasta su efectiva invasión en febrero de 2022). Por si cabe mayor duda al respecto, basta con atender a las confesiones públicas (previas) del propio Vladimir Putin en sus múltiples alocuciones y escritos desde el año 2001, inspirados en sus dos “gurús” de cabecera: Alexander Dugin y Sergei Kaganov (Arbuet-Vignali, 2023, p. 27).¹²

Sin perjuicio de lo anterior, la existencia de un previo plan criminal (constitutivo de una verdadera política de Estado) se inscribe en un conflicto que, desde el punto de vista político, observa una naturaleza guerro-civilística. Estamos evidenciando un nuevo episodio de desarticulación de lo que una vez fue una unión nacional ruso-ucraniana (bajo el manto de una única nación eslava). Desarticulación que en el pasado se evitara a través de la brutal política opresiva de los zares; luego, mediante el terror indescriptible del leninismo y del estalinismo, por los cuales los intereses ucranianos se vieron completamente subyugados a los rusos. Sin perjuicio de que —cabe reconocer— tras el horror de aquellos genocidios y delitos de lesa humanidad, los rusos supieron

12 En realidad, tanto para Karaganov como para el pseudofilósofo de cabecera de Putin, Alexander Dugin, la invasión y ocupación de Ucrania es un daño colateral, un hito en la construcción de un nuevo orden mundial. Al decir de Ingerflom (2022), “no se trata de la resurrección del Imperio ruso ni de la Unión Soviética, sino algo mucho más amplio: reordenar el mundo sobre la base de nuevos valores” (p. 143). Aunque —tal como recuerda el referido autor— si tal construcción teórica pudo generarse en el liderazgo ruso, ha sido porque en ella vive lo viejo: la estructura de dominación, lo imperial e imperialista que han caracterizado tanto al régimen de los zares como al soviético, que no desaparece, sino que “solo alberga el relevo de un amo por otro” (p. 143), siendo este nuevo, gosudar, zar o secretario general del Partido Comunista de la Unión Soviética: Vladimir Putin. Estos extremos emergen de modo contundente tanto de sus intervenciones en TV como en sus alocuciones en la radio y en la prensa, relativas a la misión que el Estado está llamado a cumplir en el mundo, y de cómo éste ha de estar gobernado unilateralmente por Rusia. Asimismo, surgen de los textos de altos dignatarios y consejeros del presidente, que explicitan tal proyecto (también llamado “doctrina Putin”) y, en particular, los principios y valores que han de guiar a dicho nuevo orden mundial (Bellamy, 2013; Ingerflom, 2023, p. 143).

construir una densa red de intereses culturales, económicos y sociales entre ambas naciones (léase: dependencia cultural, económica y social), generándose un fuerte sentimiento filoruso por una buena parte de la sociedad ucraniana (especialmente los sectores más pudientes). Mas como ya hemos expuesto en otra ocasión, la política desplegada por la administración de Putin, caracterizada por una sumatoria de corruptela generalizada y una profunda incapacidad para fomentar un genuino crecimiento económico y bienestar social en los territorios bajo su influencia no ha hecho otra cosa más que debilitar tal dependencia de Ucrania respecto a Rusia, haciendo que cada vez más ucranianos vean en Occidente (especialmente en la Unión Europea [UE]) una esperanza de mejor futuro (Charap et al., 2021).

La verdad, desnuda de toda propaganda, reside en la gran impotencia que experimenta Rusia para mantener la referida unidad geopolítica de lo que una vez fue el territorio y la zona de influencia euroasiática de la Unión Soviética, pues todo lo que tiene para ofrecer es terror, brutalidad y guerra. Así lo evidencia el más prístino fracaso político-económico por parte de Rusia. Extremos que se contemplan ya en 1991, cuando interviene en Transnistria (territorio soberano de Moldavia), provocando el rechazo de dicho país y de otros países vecinos como Bulgaria y Hungría. Lo propio, en 1991 en Osetia del Sur y en 1992 en Abajasia (territorios soberanos de Georgia), provocando un irreconciliable distanciamiento de dicho Estado (país natal de Stalin). De 1991 a 2002, la salvaje guerra genocida en Chechenia, que provocara el distanciamiento de Dajestan, Azerbaiyán y varias de las repúblicas del “istán” en la zona del Caspio y otros conflictos propiciados por Putin, como contra Armenia (valiéndose de Azerbaiyán) o Kazajistán en 2022. Luego, como líder político y como estadista, ha demostrado ser un desastre, un personaje carente de visión realista que, arrastrado por sus delirios imperiales decimonónicos, no hace otra cosa más que arrastrar a su nación al aislamiento, hacia la más profunda irrelevancia internacional (Kasparov y Khodorkovsky, 2023; Kimmage y Lipman, 2023).

Circunstancias que, en el caso de Ucrania, se vieron agravadas por dos nuevos factores de integración y unidad nacional: la elección de un presidente como Zelenski, no vinculado ni a Rusia ni a Occidente —y que cuenta con la legitimidad que brinda el haber sido elegido con el 75% de los votos— y una Iglesia ortodoxa independiente del patriarca de Moscú, gracias a la designación del patriarca de Kiev por parte del metropolitano de Constantinopla. Dos factores que han impulsado una cosmovisión nacional, prooccidental y democrática, crítica de las corruptelas prrrusas y de la dependencia nefasta que aquella na-

ción ha significado para el desarrollo de la genuina nación eslava.¹³ No debería sorprendernos que las tropas rusas, al inicio de la invasión, hayan sido enviadas por el Kremlin a las puertas de Kiev: se trataba de matar la *inteligencia* (Gobierno de Zelenski y acabar con todo vestigio de la revolución del Maidán) y el *alma* (patriarcado de Kiev). Extremos que, gracias al tesón del pueblo ucraniano, Putin y sus asociados no han podido conseguir (y, a estas alturas, jamás podrá).

Otro de los argumentos que se han vertido para explicar esta invasión ilegal ha sido la reacción (entienden ellos) necesaria por parte de Putin de intervenir a efectos de evitar la expansión de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Ucrania, lo que supondría la rotura del *status quo ante* de la relación de fuerzas en la región ((Walt, 2022). Sin embargo, ello no es correcto. De hecho, en el momento de la invasión, uno de los principales asesores de Putin, Serguéi Karaganov, manifestó que la posibilidad de que la OTAN se extendiera a Ucrania no constituía una “amenaza inmediata” para la Federación rusa, aunque “sí llegará a serlo un día, pero en un futuro no inmediato” (Karaganov, 2022). Las razones de tales dichos son técnicas: la presencia (o no) de bases de la OTAN en territorio ucraniano no cambia en prácticamente nada la relación de poder entre Rusia y aquella. Téngase presente que, en su frontera occidental, Ucrania cuenta con vecinos como Rumania, Hungría, Eslovaquia y Polonia, todos ellos miembros de la OTAN, con bases en su territorio y con

13 Estos extremos, siempre han resultado “disparadores” de políticas de agresión por parte de Rusia. Así, el padre de la Convención Universal contra el Genocidio y uno de los padres fundadores del derecho penal internacional, Raphael Lemkin (2015), escribía a mediados de 1953: “El asesinato en masa de pueblos y de naciones que ha caracterizado al avance de la Unión Soviética en Europa no es un rasgo nuevo de su política de expansionismo, tampoco una innovación dirigida simplemente a aportar uniformidad a la diversidad de polacos, húngaros, bálticos y rumanos, ahora disueltos en los márgenes de su imperio. Por el contrario, ha sido una característica que viene de atrás, incluso de la política interior del Kremlin, donde los amos actuales encuentran un amplio precedente en las actuaciones de la Rusia zarista (...) Mientras Ucrania conserve la unidad nacional, sus gentes sigan pensándose como ucranianos, y busque la independencia, supone una seria amenaza en el propio corazón del sistema soviético. No ha de extrañar que los dirigentes comunistas hayan prestado una gran importancia a la rusificación de este miembro independiente de su ‘Unión de Repúblicas’, y determinado remodelarla para que encaje en su patrón de una nación rusa. Porque el ucraniano no es, ni ha sido nunca, un ruso. Su cultura, su temperamento, su idioma, su religión son diferentes. A las mismas puertas de Moscú, rechazó ser colectivizado, aceptando la deportación, incluso la muerte. Por eso es hasta tal punto importante que el ucraniano sea ajustado al lecho de Procusto del hombre soviético ideal” (p. 95). Y agrega: “La nación está demasiado poblada como para ser exterminada por completo. Sin embargo, sus líderes religiosos, intelectuales, políticos, sus partes selectas y determinantes son muy pequeñas, y por consiguiente fáciles de eliminar, y por ello es que el hacha soviética ha caído con toda su fuerza especialmente sobre esos grupos, con sus instrumentos habituales del asesinato de masas, la deportación, el trabajo forzoso, el exilio y la muerte por hambre” (p. 97).

posibilidades de facilitar (desde allí) un ataque nuclear contra Rusia. Luego, que los misiles se lancen desde dichos territorios, o desde el territorio nacional ucraniano, apenas hace variar la ecuación de fuerzas, máxime cuando la mayor amenaza nuclear (tanto para uno como para el otro bando) proviene de los submarinos nucleares cuya localización es, obviamente, desconocida. De este modo, se mantiene plenamente vigente la lógica del principio de la destrucción mutua asegurada (MAD, por sus siglas en inglés) (Sagan y Waltz, 2013): no lances un ataque nuclear contra otra potencia nuclear (o protegida por una potencia nuclear), a no ser de que seas capaz de destruir en tal ataque toda la capacidad de contraataque nuclear de tu adversario (Freedman y Michaels, 2019, p. 201).

No hay argumento alguno que jurídicamente avale que Rusia tuviera razones para valorar las negociaciones de Ucrania con la OTAN como una agresión ilegítima a su seguridad nacional. Ello, por lo ya expuesto y además porque Ucrania sigue siendo parte del tratado multilateral de no proliferación nuclear, por lo que no puede (ni desea) albergar misiles de largo o corto alcance con ojivas nucleares en su territorio. Por otra parte, aun si fuera cierta la hipótesis de que la Federación rusa se viera intimidada por una posible ampliación de la OTAN sobre Ucrania, ello no podría constituir una verdadera situación de agresión internacional que diera mérito a una legítima defensa internacional. Se trata de una decisión soberana de Ucrania sobre la que Rusia podrá opinar e incluso presionar por los canales corrientes del sistema u orden mundial imperante (económica, financiera, políticamente, etc.), todo menos el uso de la fuerza. El problema, a fin de cuenta, es que Rusia no respeta la soberanía de Ucrania. No cree en ella ni la toma en cuenta (tal como en el pasado hiciera con Moldavia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Kazajistán, Chechenia). Lo propio, pues, de todo régimen imperialista decimonónico (justamente aquello que la Unión Soviética y los Estados Unidos acordaron acabar al constituir el sistema mundial vigente tras la Segunda Guerra Mundial).

2.3 El tipo penal subjetivo

Respecto a la tipicidad subjetiva, este delito siempre se ha castigado a título de dolo, configurándose en el caso del art. 6 del ETMI como conocimiento de los elementos típicos y voluntad o intención de causar el resultado (i. e., *intent*). En el caso del art. 8 bis del ECPI, el delito se castiga solamente a título de dolo, pero entendido en términos estrictamente normativos (como conocimiento del

riesgo típico prohibido). Más aun, la resolución de Kampala expresamente ha señalado que la prueba sobre el conocimiento de las “circunstancias de hecho” ha de recaer sobre dos extremos: (i) la incompatibilidad del uso de las fuerzas armadas respecto de la regulación que sobre ello estipula la Carta de la ONU; y (ii) que constituye una manifiesta violación a los principios nucleares de la Carta. Ahora bien, no tiene por qué probarse por la fiscalía de la CPI que el autor haya realizado (*ex ante*) una “evaluación jurídica” de lo uno o de lo otro. Así, dice la Nota Explicativa emanada de la Conferencia de Revisión:

No requiere del autor un conocimiento de la normativa y la doctrina jurídica que se aplican para evaluar si el uso de la fuerza por un Estado es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, sino únicamente un conocimiento de las circunstancias de hecho que establecen su inconsistencia.

El requisito

procura un equilibrio adecuado entre la necesidad de velar por la responsabilidad penal cuando el autor tiene pleno conocimiento de las circunstancias de hecho en las que se produce el acto del Estado y la de evitar las desventajas de un planteamiento estricto de “conocimiento de la ley” (...) Para satisfacer la propuesta (...) no sería suficiente la mera demostración de que el autor hubiera tenido conocimiento de hechos que indicaban el uso de la fuerza armada por parte del Estado. También es necesario demostrar que el autor tenía conocimiento sobre aquellos hechos que marcaban la incompatibilidad del uso de la fuerza con la Carta de las Naciones Unidas. (Barriga y Kreß, 2011, p. 89).

Remiro Brotons (2022) explica lo anterior mediante los siguientes ejemplos:

el hecho de que el uso de la fuerza se dirija contra otro Estado; la existencia o inexistencia de una resolución del Consejo de Seguridad; su contenido; la existencia o inexistencia de un ataque previo o inminente por otro Estado. (p. 269)

Asimismo, el referido autor señala que, conforme al art. 3 de la Introducción General a los Elementos de los delitos del ECPI, la CPI puede inferir la existencia de tal conocimiento a partir de los hechos y las circunstancias del caso. Como se aprecia, no hay mayores diferencias respecto del concepto normativo sobre el dolo imperante en la doctrina continental europea posfinalista. La valoración sobre el conocimiento del riesgo típico relevante por parte del sujeto activo del delito ha de reconstruirse no ya en atención a la valoración

que —sobre los extremos fácticos— haría el hombre medio (ello corresponde al juicio de disvalor de acción), sino a las circunstancias fácticas concretas que compusieron el marco en el que actuara el sujeto concreto.

3. Sobre la intervención en el delito

A la vista de lo anterior, se desprenden elementos suficientes como para presumir que no solo Vladimir Putin, sino también todo jerarca político y militar de la Federación rusa, son responsables a título de coautoría por el delito de agresión internacional. Claro que ello, en la medida en que —efectivamente— controlen o dirijan parcialmente la acción política o militar del Estado y siempre que no hayan renunciado o se hayan opuesto a intervenir en el conflicto armado, tanto de manera activa como omisiva, mediante una declaración expresa de oposición a la guerra o meramente incumpliendo las directivas emitidas por otros superiores jerarcas, si bien *a priori* parece empíricamente irremediable su renuncia al puesto de jerarquía a efectos de desligarse de toda eventual responsabilidad penal, al menos respecto del injusto penal.

Ha de recordarse, en todo caso, el pacto o acuerdo criminal que constituye la *conspiracy* no requiere formalizarse en un acuerdo expreso (mucho menos solemne), sino que se verifica o infiere del hecho que dichos jefes hayan resuelto un (re)ajuste de las finalidades y actividades de las instituciones políticas y militares del estado, de modo tal que se orienten a la preparación, inicio o realización de los actos de agresión internacional, produciéndose una verdadera reconfiguración del campo estructurado de la interacción sociopolítica, orientándolo hacia la consumación del delito internacional (la guerra de agresión). Esto requiere de una (re)formulación de los roles a cumplimentar por aquellos que actúen dentro de dichos marcos institucionales (por ejemplo, soldados, funcionarios públicos, periodistas de agencias públicas, etc.) en pos de la finalidad inícuo de conquistar por la fuerza el territorio soberano de Ucrania (aunque siempre disfrazando ello bajo un mantra o discurso pseudolegitimante, como podría ser —conforme a lo que hemos visto y oído de parte del Gobierno ruso— la lucha contra “elementos nazis”, el despojar del Gobierno de Ucrania a un “grupo de drogadictos y homosexuales” o “a vendepatrias que quieren facilitar la invasión americana por intermedio de la OTAN”, etcétera).

Más ¿qué sucede con aquellos sujetos que intervienen —fácticamente— en la creación, aumento o consumación del riesgo típico, pero que no ostentan la cualificación legal *de iure* o *de facto*, de poder militar o político? Pues habría que

distinguir el régimen del art. 8 bis del ECPI del proveniente de la costumbre internacional derivada de la jurisdicción del TMI de Núremberg.

Así, conforme al primer régimen, sólo podría incriminarse jurídico-penalmente por el delito de agresión internacional a los líderes políticos y militares del Kremlin y en modo alguno podría imputársele una corresponsabilidad a título secundario por participación en el delito a cualquier sujeto que no ostente la cualidad legal de liderazgo (es decir, no podría incriminarse a ningún *extranei* por dicho delito). De tal modo, a los oligarcas rusos que han financiado los esfuerzos bélicos de Putin, como a los académicos que forjaron la idea de quebrantar al *statu quo* ante el orden mundial en la febril mente del presidente ruso, no podría responsabilizárseles de nada. Y en lo referente a los soldados y mercenarios y demás mandos políticos y militares que ejecutan las órdenes manifiestamente antijurídicas de matar, lesionar, torturar, violar, ejecutar y ocupar el territorio soberano ucraniano, sólo podrían ser responsabilizados por los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, mas no por el delito más grave (rompiéndose, de manera absurda, la unidad de título de imputación).¹⁴

Claro que de aplicar el tipo penal desarrollado en la Conferencia de Londres de 1944 y recogido en el ETMI de Núremberg, ningún problema habría en imputar la responsabilidad jurídico penal de partícipes en el delito de agresión internacional (los llamados *little fishes*), preservando la unidad de título de imputación y facilitando el traslado de la prueba diligenciada en los diversos expedientes penales a efectos de acreditar la responsabilidad de los superiores (y viceversa). De ahí que, a nuestro entender, la formulación del delito hecha en el ETMI resulta no solo de mayor utilidad para los fines de los procedimientos penales propuestos, sino de mayor rigor dogmático jurídico-penal que la exhibida por la fórmula emanada de la Conferencia de Kampala en 2010.

4. El dilema jurisdiccional

Hemos visto el bien jurídico penalmente afectado por el delito de agresión, así como su estructura típica básica, tanto la que se deriva de la definición típica

14 Lo dicho, salvo por aquellas autoridades bielorrusas (como el presidente Lukashenko) o iraníes, en la medida en que se acredite que son autoridades políticas y/o militares y que han participado del diseño, preparación o ejecución del *pactum scaeleris*. Cosa que no parece estar muy clara, máxime desde el momento en que sus tropas no han —efectivamente— ocupado el territorio de Ucrania. Parecería ser, en todo caso, una conducta de coadyuvancia o cooperación necesaria para con los planes de Putin.

del art. 6º del ETMI y de los Principios de Núremberg (con valor de costumbre internacional) y la derivada del art. 8 bis del ECPI. Este último tipo penal presenta graves problemas (a nuestro juicio, irresolubles) para que pueda ser aplicado en este caso (y por parte de la CPI), como se verá a continuación.

4.1 El problema de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

Pensemos en el caso de que algún Estado miembro de la CPI o el mismo fiscal general de la CPI por *motu proprio*, en atención al art. 8 bis del ECPI, presenta una denuncia contra los líderes políticos y militares de la Federación rusa. Tal denuncia no podría prosperar en modo alguno, ya que la CPI, en el caso del delito de agresión internacional —y a diferencia de lo regulado respecto de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra— no es competente respecto de nacionales ni de hechos ocurridos en el territorio de un Estado no parte del Tratado de Roma de 1998. Ni la Federación rusa ni Ucrania han ratificado el Tratado, de allí que la jurisdicción de la CPI por vía directa, o por remisión de un Estado parte (con autorización previa del Estado interesado —en la especie, Ucrania—), no les alcance.¹⁵

No obstante, el Consejo de Seguridad, en atención a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, puede remitir el caso a la CPI, quien, por dicho motivo, adquiere plena competencia y jurisdicción sobre los hechos. Así se cumpliría con la lógica pretendida por gran parte de los Estados en la Conferencia de Kampala de que sea el Consejo de Seguridad quien califique, *prima facie*, si los hechos constituyen o no una agresión internacional.¹⁶ Mas dada la posibilidad de que Rusia interponga su veto—tal como ha venido haciendo respecto de las atrocidades perpetradas en la guerra civil siria y muchas veces contando tam-

15 Lo propio ocurriría si, habiendo ratificado el Tratado de Roma, no hubiese también (y de modo expreso) ratificado la Conferencia de Kampala. Esto último, conforme a la Resolución de la Asamblea de Estados Parte del ECPI n° 5 (ICC-ASP/16/5), extremo que supuso una modificación a lo expresamente resuelto en la Conferencia de Kampala, que consistía en que, a efectos de que no le alcanzará al Estado parte del ECPI lo resuelto en Kampala (es decir, el texto del art. 8 bis), expresamente debía el Estado anunciar que no aceptaba la competencia de la CPI respecto del delito de agresión. De no existir tal declaración expresa, la CPI adquiriría plena competencia respecto a nacionales o hechos ocurridos en el territorio del Estado parte.

16 No debemos confundir los planos propios del Consejo de Seguridad con los de los órganos jurisdiccionales del sistema universal: la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional. Quiero decir con esto que la función que compete al Consejo de Seguridad es eminentemente política: procurar la paz y la estabilidad del sistema universal (el *status quo ante*). Y no es competencia del Consejo de Seguridad el juzgar responsabilidades individuales por un delito de agresión, ni tan

bién con el veto de China—, resulta menos que poco probable que semejante remisión del caso por el Consejo de Seguridad a la CPI pueda llegar a ocurrir, aunque existe una doctrina fundada en sendas resoluciones del propio Consejo de Seguridad, así como de una interpretación lógico-sistemática de la propia Carta bajo el prisma del Principio de la Responsabilidad para Proteger, que cuestiona la legitimidad de interponer un veto por parte de cualquiera de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad a una resolución relativa a delitos atroces (Trahan, 2020).¹⁷ En todo caso, el principal argumento reside en el dato cierto de que la utilización del veto en el marco de una resolución que busca prevenir o cesar un delito atroz conlleva directamente un coste en vidas humanas. Si bien es imposible determinar cuántas vidas se perderán, no resulta difícil trazar una relación valorativa entre la amenaza o la efectiva interposición de un veto y las acciones típicas (de un delito atroz) perpetradas por las autoridades del mismo Estado o de otro Estado “asociado” o “protegido” por aquel. Se trata de una especie de “luz verde” para desplegar aquellas acciones típicas con la certeza de la concomitante paralización de toda acción preventiva y/o represiva del sistema universal de derechos humanos. Así se han manifestado en el seno del Consejo de Seguridad, entre otros, los Estados Unidos, el Reino Unido, Australia, Holanda, México, Turquía, Suecia, Egipto y Noruega (Trahan, 2020, p. 257).

Lejos de aceptar una práctica de uso ilimitado del veto frente a situaciones que refieren a crímenes atroces, un buen número de Estados se han opuesto enérgicamente a dichas prácticas. En adición a ello, hemos de considerar el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su decisión sobre el caso *Bosnia vs. Serbia* —cierto que acotada a los crímenes de guerra y de genocidio—, donde señala que no hay motivos racionales ni jurídicos para sostener que la obligación de todo Estado de garantizar el respeto a las Convenciones de Ginebra de 1949 no conlleve obligaciones y consecuencias igualmente graves en caso de incumplimiento. Entonces, el poder de veto conferido por la Carta

quiera declarar si un injusto penal de tal naturaleza ha acaecido o no. Luego, lo que dictamine el Consejo de Seguridad a su respecto no resulta vinculante para la CPI (como tampoco para la CIJ). Todo lo que ha de indicar el Consejo de Seguridad es si, conforme a la Resolución 3314 de la Asamblea General, hubo o no una agresión internacional. Pero el valorar si tal agresión por razón de su carácter, gravedad y escala constituye o no un riesgo típicamente relevante (un acto con la antijuridicidad material suficiente como para afectar al bien jurídico penalmente tutelado), es competencia privativa de los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales y no del Consejo de Seguridad.

17 Por su parte, un detallado análisis acerca de si la interposición de veto por parte de la Federación rusa constituiría en estos casos una violación al principio *Nemo iudex in sua causa* o, directamente, una violación al principio de la buena fe Internacional se encuentra en Arbuet-Vignali (2023, p. 208).

de la ONU debería utilizarse de manera compatible con el resto de los artículos y normas complementarias de la Carta; lo propio respecto de los principios (especialmente el de responsabilidad para proteger, verdadera pauta hermenéutica para la interpretación lógico-sistemática y teleológica del articulado de la Carta). Poco sentido tendría que la autorice el ejercicio de un derecho potestativo a ciertos Estados (miembros permanentes del Consejo de Seguridad) de vetar resoluciones, poniendo así en riesgo la seguridad internacional. El uso del veto no puede conllevar una omisión (constitutiva, como mínimo, de una compli- cidad) respecto de una situación propia de un delito internacional, puesto que ello sería inconducente en relación con la propia fuente de legitimación de tal derecho potestativo: la mismísima Carta de la ONU.¹⁸

En el caso que nos convoca, estamos ante una guerra de agresión o ilegítima *in limine*, una atrocidad delictiva no pasible de ser valorada de otro modo, máxime cuando la Asamblea General se ha pronunciado en más o menos los mismos términos a su respecto (con 240 votos contra 5, incluyendo en los últimos a la propia Federación rusa). Luego, la interposición de veto (siguiendo esta coherente doctrina) estaría deslegitimada de modo incuestionable y no gozaría siquiera de una apariencia (*iuris tantum*) de legitimidad.¹⁹ Además, no solo los miembros permanentes, sino también todos los Estados miembros de la ONU están obligados a tomar medidas proactivas orientadas al estricto cumplimiento de sus obligaciones convencionales (tratados) y demás obligaciones internacionales (normas de *ius cogens* y costumbre internacional), llevando adelante toda política y toda actuación conforme a la ley, a efectos de garantizar

18 En realidad, más que de complicidad, se trataría de una autoría accesoria a la desplegada por los agresores, en virtud que la imputación se construye sobre las bases de la comisión por omisión. Luego, no basta con la verificación de una posición de garante, sino de una posición originaria (*ex ante*) por la que asumiera completamente la protección del bien jurídico, desplazando a todo tercero; es decir: la identidad estructural y valorativa que emerge de haber actuado como barrera de protección del bien jurídico, *erga omnes* y *ex ante*, conforme la formulación hecha por el Prof. Dr. Dres. h.c. mul. Jesús-María Silva Sánchez. En no muchas ocasiones se visualiza ello de un modo tan nítido, como en el presente caso, dado que el Consejo de Seguridad ostenta competencia preponderante sobre todos los conflictos o situaciones que afecten (o puedan afectar) a la paz y la seguridad del sistema internacional de derecho (humanidad como *grand être*), desplazando al propio Estado agredido en el ejercicio de (su) legítima defensa (conforme a la regulación dada por el art. 51 de la Carta). Por lo que el veto ha de comprenderse como un instrumento excepcional que se le reconoce a ciertos Estados en aras de asegurar la paz y seguridad internacional y no para minarlas. Sostener lo contrario, desde el punto de vista racional y del principio de buena fe, sería incurrir en una contradicción insalvable.

19 Esto, a diferencia de otros casos, como por ejemplo la crisis de Siria, que se trata de una guerra civil con intrusión de ejércitos extranjeros, mas una guerra en fin (en donde la veracidad o alcance del *casus belli* resultan controvertibles).

que no se cometan genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, especialmente, la guerra de agresión.²⁰

Así, en su resolución del caso *Bosnia vs. Serbia*, la CIJ indicó que los Estados parte deben “emplear todos los medios razonablemente disponibles” para prevenir el genocidio u otros delitos internacionales. Extremos que volvió a sostener en su resolución al caso *Gambia vs. Myanmar*.²¹ Caso contrario, es decir, todo veto o amago de veto a cualquier resolución orientada a prevenir o reprimir un delito atroz perpetrado por el Estado que interpone el veto (i. e., uno de los miembros permanentes o P5) o cualquier nación aliada a este bien podría ser valorada (la decisión de vetar por parte de los líderes políticos de dicha nación) como una intervención en dicho delito internacional. Ello, siempre que se considere a tal interposición (o amenaza de interposición) como contraria a derecho, es decir, reconociendo un límite infranqueable al empleo del derecho potestativo del veto por parte de los Estados permanentes del Consejo de Seguridad: cuando la resolución trate sobre un presunto delito internacional. Esta posición, cabe reconocer, dista de ser pacífica entre la doctrina, y mucho menos de ser reconocida por la mayoría de los Estados.

Lo anteriormente expuesto bien puede dar lugar a un planteo ante la propia Asamblea General de las Naciones Unidas —a efectos de pronunciarse sobre el alcance reconocible al derecho de veto por parte de los P5—, cuando no directamente a plantear la *quaestio iuris* ante la Corte Internacional de Justicia, si bien esto último resultaría, como mínimo, cuestionable ya que el ECPI no contempla dicha posibilidad como legitimación procesal activa. Mas en todo caso, y atendiendo a un planteo más que de *lege lata*²² de *realpolitik*, la posibi-

20 Cabe recordar que la normativa internacional sobre responsabilidad para proteger (a nivel de la Asamblea General, Consejo de Seguridad y Secretaría General de la ONU) se limita a la prevención de delitos de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de limpieza étnica, en este último caso, siendo una modalidad típica del delito de lesa humanidad. Sin embargo, entendemos que todo delito de agresión internacional conlleva ineludiblemente sendos crímenes de guerra y/o de lesa humanidad, razón por la cual consideramos aplicable la normativa de R2P al ámbito del delito de agresión internacional.

21 *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn & Herz. v. Serb. and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Rep. 43 (Feb. 26), par. 430. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gam. v. Myan.)*, Order of 23 January 2020 (Int'l Ct. Just), par. 79.

22 Si bien el llamado Principio *Nemo iudex in sua causa* se ha reconocido por parte de la doctrina internacionalista, como derivado de los principios generales del derecho interno comunes a todos los sistemas jurídicos internos, fuente de derecho reconocida por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo cierto es que no se halla expresamente recogido en la Carta de la ONU ni como fundamento de esta, ni como fundamento para el derecho internacional público, ni en sus arts. 1 y 2 ni en la Declaración 2625 de la XXV Asamblea de las Naciones Unidas.

lidad de obviar el veto de Rusia (o de China) sobre un proyecto de resolución consistente en remitir competencia sobre el delito de agresión sobre Ucrania a la CPI resulta, lamentablemente, una mera ilusión.²³

4.1.1 Sobre la orden de arresto internacional contra Vladimir Putin

La Corte Penal Internacional ha emitido el 21 de marzo de 2023 una orden de arresto contra Vladimir Putin y Lvova-Belova por crímenes de guerra relacionados con traslados forzosos y deportaciones de niños ucranianos hacia Rusia y zonas ucranianas bajo control del ejército ruso.²⁴ Esta disposición es vinculante para los países que son parte de la CPI y no tienen un tratado bilateral con Rusia posterior a la ratificación del Tratado de Roma de 1998 (Fernández Pons, 2024, p. 83).

Al respecto, se plantean consideraciones importantes derivadas de esta decisión. En primer lugar, se cuestiona por qué la CPI ha clasificado estos hechos como crímenes de guerra en lugar de delitos de lesa humanidad o genocidio. La invasión de Ucrania no puede considerarse simplemente como una guerra convencional, sino como un crimen en sí mismo, por lo que dichos actos cometidos contra los menores ucranianos se ajustan más a los delitos de lesa humanidad que al crimen de guerra definido en el Estatuto de Roma. Así, la deportación o traslado forzoso de la población civil, descrita en el artículo 7.d., cumple con los elementos típicos del *actus reus*, que implica un ataque sistemático contra la población civil con el objetivo de destruirla total o parcialmente. En este caso, se puede argumentar que existe una política estatal detrás de estos actos, máxime desde el momento en que la comisaria Lvova-Belova ha sido acusada de ejecutar una política migratoria que viola la libertad y el derecho a la

23 Señala Arbuét-Vignali (2023) con su consabida claridad: “¿Cómo puede explicarse que el inculpado, que el inculpado, al menos no deba ser excluido de votar, sino que, además sea imprescindible su voto afirmativo, o al menos su abstención, para que se le pueda castigar? Nos permitimos responder a nuestra propia pregunta: se trata de un disparate legitimado en el marco de una circunstancia especial, la post Segunda Guerra Mundial; y si ningún jurista internacional se ha escandalizado, es por los numerosos errores y arrastres conceptuales que se continúan aceptando como normales desde las épocas anteriores a la Carta, cuando la doctrina comentaba y aceptaba considerar como normas jurídicas, a las reglas que ordenaban el sistema internacional que provenían de un sistema de naturaleza socio política y que funcionaba políticamente. Graves confusiones que aún nos ensombrecen” (p. 210).

24 Corte Penal Internacional. *Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*, 17 de marzo de 2023. Puede consultarse en: <http://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.

identidad de los menores ucranianos. Por lo tanto, se sostiene que el delito de lesa humanidad, en particular la modalidad de traslado forzoso de niños de un grupo a otro, es aplicable en esta situación. Además, estas conductas reprochadas preliminarmente a Putin y a su funcionaria perfectamente son pasibles de inscribirse dentro del delito de genocidio, en la modalidad típica recogida en el literal e) del art. 6 del ECPI: “traslado por fuerza de niños de un grupo a otro”. Claro está que, para ello, ha de acreditarse la finalidad trascendente de parte de los indagados relativa a la destrucción total o parcial de un grupo nacional o étnico, extremos que, tras ver las atrocidades perpetradas por las fuerzas rusas y paramilitares a su servicio, especialmente sobre los más jóvenes y niños, no parece demasiado complicado de inferir (Pereira Garmendia et al., 2023, p. 340).

¿Cuál sería, pues, la razón por la cual tanto la Sala de Cuestiones Preliminares como el fiscal general de la CPI tomaran la decisión de imputar por un crimen de guerra, pudiendo haberlo hecho por un delito de genocidio? A nuestro entender, probablemente ello obedeció a una voluntad de mantenerse dentro del marco más político que jurídico del derecho internacional humanitario, ya que si la orden de arresto hubiese sido emitida en atención a un presunto delito de genocidio, todos los Estados del mundo, sean parte o no del Tratado de Roma de 1998, estarían obligados a detener y someter a juicio a dichas personas, puesto que la Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 constituye una norma de *ius cogens*, de obligada observancia universal, y que expresamente obliga a los Estados a perseguir y enjuiciar a los responsables de dicho delito, además de indicar que cualquier controversia a su respecto (como si se ha de arrestar o no, o extraditar o no) será resuelta (con fuerza vinculante para todo Estado) por la Corte Internacional de Justicia. Conforme a esto, ningún tipo de tratado o acuerdo bilateral anterior o posterior a la vigencia de dicha Convención podrá oponerse por parte del Estado requerido a efectos de justificar el no arresto o la no entrega de dicha persona o personas requeridas. Bien al contrario, al decidir mantener la imputación por crímenes de guerra, tales excepciones y/o cuestiones de prerrogativas procesales e inmunidades podrán ser opuestas (en la medida en que el Estado requerido no sea parte del Tratado de Roma o que, siendo parte, haya celebrado con la Federación rusa un acuerdo de prerrogativas procesales o reconocimiento de inmunidades con posterioridad a 1998).

4.2 Sobre las jurisdicciones nacionales

El derecho penal internacional, lejos de lo que suele pensarse, no se articula sobre la actuación de tribunales internacionales, sino sobre la actuación de diversos tribunales nacionales. Todo Estado, sea parte o no del Tratado de Roma, puede ostentar jurisdicción y competencia para perseguir y castigar este delito en atención a la costumbre internacional derivada de la jurisdicción de Núremberg. Ello, en la medida en que el hecho esté tipificado como delito en su ordenamiento interno y que exista cierto punto de conexión (territorial o personal) con aquellos, en atención a lo cual nada impide que países cuyos nacionales hayan muerto o mueran como consecuencia de este delito atroz perpetrado por la Federación rusa inicien acciones penales (incluso en rebeldía, si el ordenamiento jurídico interno lo permite) contra los jerarcas políticos, económicos y militares de la Federación rusa o contra todo aquel que haya intervenido como participe en dichos actos delictivos.

Las limitaciones de competencia que establece el ECPI resultan inaplicables respecto de las jurisdicciones nacionales, cuyo punto de conexión será, en lo subjetivo, que los perpetradores —o las presuntas víctimas— sean nacionales de dicho país. Tampoco resulta aplicable —como indicamos *supra*— la limitación que hace el art. 8 bis respecto al sujeto activo del injusto (i. e., que se trate de un líder político o militar, *de iure* o de facto). De ahí que pueda imputársele tanto al estamento perteneciente al liderazgo político y/o militar como a los intervinientes en el delito que no ostenten dicha posición jerárquica (instigadores o inductores, partícipes necesarios, partícipes no necesarios o cómplices), dependiendo todo ello de la manera en que se halle tipificado el delito en su ordenamiento jurídico interno (de estar tipificado, claro está). Asimismo, en aquellos ordenamientos jurídicos internos que acepten a la costumbre como fuente formal del derecho penal (como en ciertos Estados pertenecientes a la *Commonwealth*), el tipo penal aplicable sería el del art. 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, único que constituye costumbre internacional (por la aprobación unánime de los Principios de la Jurisdicción de Núremberg por parte de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la ONU).

Como puede apreciarse, el marco penal procesal que se abre a consecuencia de estos hechos resulta *a priori* imposible de cuantificar ni delimitar, quedando todos estos sujetos (en especial el jefe del Estado) bajo un constante riesgo de ser sometidos a procesamientos y condenas en cualquier parte del mundo, por lo que la universalidad de sujetos pertenecientes o vinculados al poder civil o

militar de la Federación rusa, al llamado Grupo Wagner o al Gobierno o ejército de Bielorrusia, o al Gobierno o industria armamentista de Irán se hallan bajo el riesgo cierto de ser sometidos a procesamientos y condenas en cualquier parte del Globo, máxime cuando se puede contar con la colaboración de la Fiscalía General de Ucrania a efectos de la producción y diligenciamiento de la prueba necesaria para ello. Extremos que, en cierta medida, han quedado demostrados en los embargos y requisas a intereses económicos, comerciales y financieros de oligarcas y gobernantes de la Federación rusa por parte de las jurisdicciones de la UE, los Estados Unidos y del Reino Unido (Abely, 2023; Díaz Narváez, 2023, p. 91).

La jurisdicción nacional que es evidentemente competente (conforme a los criterios de conectividad subjetiva y/u objetiva, es decir, nacionalidad y territorio) es justamente la ucraniana. Sin embargo, tenemos un problema a los efectos de entablar una acción penal en Ucrania por el delito de agresión, y es que no está contemplado en el ordenamiento jurídico interno ucraniano, por lo que sólo se podría responsabilizar a las autoridades, cómplices y soldados rusos en la medida en que se constituya el delito mediante una ley especial que le reconozca valor de costumbre internacional y que conceda jurisdicción a un determinado organismo jurisdiccional nacional (competencia subsiguiente al delito y no originaria o previa).

En atención a lo anterior, el art. 125 de la Constitución de Ucrania establece la prohibición de constituir tribunales especiales y/o extraordinarios. De allí que el tribunal (para juzgar este delito de agresión) deba ser —irremediablemente— internacional. Ello, para superar la prohibición de la normativa constitucional vernácula y siempre que se interprete tal norma de una manera literal y no teleológica, puesto que bien podría interpretarse que lo prohibido es la constitución de tribunales *ad hoc* en el marco de la justicia ordinaria no para los casos extraordinarios como la invasión del país por parte de una fuerza extranjera y la ocupación del territorio soberano. En todo caso, no parece ser este el mejor momento para andar cuestionando la vigencia de la Constitución ucraniana.

Como se ha indicado,

sin importar qué propuesta avance, el mundo no debe alentar un desprecio al régimen constitucional [ucraniano] por más condicionado o limitado que se vea el gobierno o la justicia ucraniana por la misma; particularmente en este momento de extraordinaria transformación del estado de Derecho en Ucrania. (Hathaway, 2022, p. 33)

En ese sentido, estamos en condiciones de afirmar que la Fiscalía General de Ucrania no está para nada dispuesta a asumir tal empresa que pudiera verter una sombra de dudas sobre la transparencia y la buena salud de la institucionalidad democrática del país.

4.3 Hacia la constitución de un tribunal internacional *ad hoc*

The Yale Club de Nueva York celebró en agosto de 2022 un encuentro para tratar sobre este tema, que contó con la presencia de la misión permanente ante la ONU de Letonia y de Liechtenstein, así como representantes del Gobierno de Ucrania y demás representantes de Estados miembros de la ONU, académicos y destacados miembros de la sociedad civil. De sus conclusiones emerge la propuesta de crear un tribunal internacional extraordinario para juzgar (sólo) por el delito de agresión; ello, mediante un acuerdo a celebrarse entre Ucrania y las Naciones Unidas a través de una (previa) recomendación por parte de la Asamblea General. También la Ukraine Task Force perteneciente al Global Accountability Network y la Open Society Justice Initiative se manifestó en similares términos, mientras que el expremier británico Gordon Brown propuso la creación de un tribunal especial de naciones mediante una coalición de voluntades *ad hoc* (en modo similar a cómo se constituyó el Tribunal Militar Internacional de Núremberg por parte de las naciones aliadas en la Conferencia de Londres de 1944).

El Consejo de Europa, por su parte, aprobó una moción por la cual urge determinar las responsabilidades por el delito de agresión internacional perpetrado por la Federación rusa en contra de Ucrania. Todo ello, en línea con la propuesta del mediático abogado y literato Philippe Sands y otros legisladores europeos de crear un tribunal *ad hoc*, pero inmerso dentro del sistema europeo de derechos humanos (es decir, dentro de la órbita de la UE). The Public International Law & Policy Group (PILPG), por su lado, presentó un borrador para la creación de una alta corte ucraniana para crímenes de guerra, una suerte de corte especializada que operaría dentro del sistema de justicia ucraniano a los efectos de perseguir los crímenes atroces —incluyendo el de agresión internacional— que no puedan ser (eficazmente) perseguidos por la jurisdicción y competencia de la CPI.

Asimismo, en octubre de 2023, durante la Conferencia de Crimea Global (Understanding Ukraine Through the South) celebrada en la ciudad de Kyiv, el Fiscal general Kostin urgió a los representantes académicos y activistas del sur

global a que los respectivos Gobiernos apoyen la constitución de un tribunal *ad hoc* mediante acuerdo bilateral entre Ucrania y la Asamblea General de la ONU, bajo recomendación del secretario general de dicha organización.

a) Primeramente, por razones simbólicas, y en segundo lugar, por motivos prácticos, el tribunal debe ser internacional. Simbólicamente porque, conforme a lo indicado anteriormente, la invasión a Ucrania no solo ha lesionado los intereses de dicha nación, sino también a los de la comunidad internacional en su conjunto. De allí que la constitución de un tribunal internacional, ante la imposibilidad por parte de la justicia ucraniana de actuar *per se stante*, manifestaría un apoyo decidido y pristino por parte de la comunidad internacional a la causa del pueblo ucraniano. Hemos escuchado a lo largo de estos dos años cómo las potencias occidentales “ayudan o socorren” a Ucrania. Incluso están los que critican a sus Gobiernos por estar enviando “demasiados medios militares y económicos a Ucrania” “en detrimento de las necesidades y urgencias de los contribuyentes nacionales”, sin que falten aquellos que ven detrás de todo esto “una excusa para un negociado de ventas de armas”. Mas la verdad es, justamente, la contraria. Es Ucrania quien está ayudando al resto; teniendo presente que es ella quien está sacrificando aquello que le es más caro a toda nación: la sangre de sus hijos en altar de las libertades. No nos equivoquemos: son los ucranianos los que están sacrificando todo para detener a Putin y a su embestida contra la humanidad, contra el sistema internacional de derecho, en definitiva, contra todos los que aspiran a seguir viviendo en un mundo libre y meridianamente seguro, aunque la propia estulticia, intereses espurios o cortoplacistas —o limitada capacidad moral— no permita advertirlo en sus justos términos. Asimismo, se debe dar cumplimiento a los deberes emergentes del llamado segundo pilar de la responsabilidad para proteger, además de ratificar, la vigencia del *status quo ante* del sistema universal (el llamado orden mundial), consolidando como válida la expectativa de toda nación, y de toda persona natural, de que sus derechos fundamentales y la paz (*status quo* del sistema internacional de derecho) no serán avasallados por un poder extranjero mediante el empleo de la guerra como instrumento a tales efectos.

b) En segundo lugar, hay buenas razones de orden práctico para justificar la constitución de un tribunal internacional. Básicamente, para evitar los efectos de inmunidades y prerrogativas procesales que la legislación nacional rusa puede concederle a Putin y demás imputados. Estos extremos, ineludiblemente, enturbiarían la posibilidad de proceder a celebrar juicios en Ucrania (salvo, claro está, que estos se celebren *in absentia*), por lo que sólo a través de la legitima-

ción de la comunidad internacional (y el apoyo de la fuerza de sus respectivos ejércitos) se vislumbra posible (aunque no por ello, simple o fácil del punto de vista prático y político) la entrega o detención efectiva del actual liderazgo político y militar ruso, además de tornar inoponibles a dicho tribunal las normas rusas. Además, existe una razón relevante para justificar la internacionalidad del tribunal y se relaciona con lo indicado sobre el art. 125 de la Constitución ucraniana: un tratado internacional celebrado entre dicha nación y las Naciones Unidas requerirá su sanción y ratificación por la Verkhovna Rada (parlamento ucraniano), pasando a ostentar la jerarquía (rango y fuerza) de norma constitucional. De allí que todos los problemas que una interpretación literal o piedeletrista del art. 125 pudiera generar quedarían definitivamente superados y sin desconocer dicha carta magna.

c) El tribunal debe ser creado mediante un acuerdo internacional celebrado entre Ucrania y las Naciones Unidas bajo recomendación de la Asamblea General, puesto que un tribunal constituido en atención a las estructuras y normas del sistema universal de derechos humanos ostentaría mayor legitimidad que la que pudiera tener un Tribunal *ad hoc* dependiente de la Unión Europea, máxime teniendo en cuenta las varias veces que dicha corporación política esquivó la voluntad del pueblo y del Gobierno ucraniano de pasar a integrarla. No sería comprensible que Europa pretenda organizar la respuesta punitiva a los responsables de la guerra de agresión una vez que el conflicto termine (y, obviamente, Rusia no venza) cuando sistemáticamente ha eludido asumir mayores responsabilidades (de hecho, ha enviado menos equipamiento militar que los Estados Unidos y el Reino Unido), ha vacilado en actuar para prevenir la invasión (además de la tímida reacción a los sucesos de 2013-2014) y ha seguido comprando el gas ruso, a tal punto que todo el costo de la invasión y las subsiguientes sanciones han podido ser absorbidos por la economía rusa sin mayores sobresaltos durante casi todo el año 2022 y 2023. La Unión Europea, pues, carece de mayor legitimidad y de relevancia política como para conducir la creación, constitución y actuación del futuro tribunal.

La Asamblea General de la ONU, por el contrario, resulta ser el organismo internacional con mayor representatividad de la comunidad internacional, proveyendo al futuro tribunal (y a su estatuto) una legitimidad jurídica mucho más elevada y completa que la que pudiere proveer cualquier otro organismo (internacional y/o regional). Se podrá criticar lo anteriormente expuesto, ya que el capítulo VII de la Carta de la ONU le otorga al Consejo de Seguridad el poder de constituir tribunales *ad hoc* para dilucidar las responsabilidades in-

dividuales por delitos atroces. Sin embargo, contamos con precedentes en los que tribunales internacionales o híbridos han sido constituidos por acuerdos bilaterales entre un Estado y la ONU; ello, bajo previa recomendación, ora del Consejo de Seguridad (caso de la Sala Especial para Sierra Leona), ora de la Asamblea General (caso de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya). Asimismo, no es cierto que sea sólo competencia del Consejo de Seguridad la constitución de tribunales *ad hoc*.²⁵ Claro que la constitución de un tribunal híbrido (con jueces internacionales y ucranianos) observará las dificultades de las inmunidades diplomáticas o de prerrogativas procesales que puedan oponer los acusados. Sin embargo, en la medida en que se redacte sobre estos extremos de manera clara y prolija en su estatuto, y que éste cuente con el voto favorable de la mayoría de los Estados que integran la Asamblea General, podrá valer como un compromiso *ex novo* de colaborar con dicho tribunal en lo referente a la detención y extradición de tales personas.²⁶

d) El tribunal *ad hoc* ha de enfocarse exclusivamente en aquel tipo de violaciones fundamentales al orden legal internacional/orden público internacional que, de otra manera, quedarían impunes, por lo que todos aquellos delitos que puedan ser procesados por la justicia nacional ucraniana (o de un tercer Estado que ostente jurisdicción a su respecto —por nacionalidad—) o por la CPI no han de ser objeto de la competencia de tal tribunal *ad hoc*. De allí que

25 Como se ha señalado: “While the General Assembly does not have the power to impose a tribunal on Ukraine (because it lacks such enforcement powers, which reside in the Security Council), it can authorize the Secretary General to work with Ukraine to establish a tribunal to which Kyiv voluntarily consents through an international agreement” (Hathaway, 2022, p. 37).

26 En todo caso, el tema resulta particularmente discutible y, más que presumiblemente, el aspecto más complicado en lo que a la reglamentación de dicho tribunal proyectado respecta. Así, se ha dicho: “Entre las ventajas que se querrían obtener con el establecimiento de tal Tribunal Especial figurarían su especial legitimidad, al contar con el aval de la Asamblea General de la ONU, y la exclusión de las inmunidades extranjeras. Esto último sería particularmente cuestionable, pues la naturaleza de este Tribunal Especial no sería tanto la de un tribunal penal internacional como la de un tribunal penal híbrido, complicando todavía más la determinación de cuál sea el derecho internacional consuetudinario en materia de inmunidades aplicable ante tribunales de este tipo, que se sitúan a medio camino de las jurisdicciones penales nacionales y de las jurisdicciones penales internacionales en sentido estricto. Cumple precisar que la Sala de Apelaciones de la CPI, en su ya comentada decisión sobre si Jordania tenía la obligación de detener y entregarle al entonces presidente sudanés en ejercicio, tendió a asimilar los tribunales penales híbridos a los internacionales, poniendo como ejemplo que el Tribunal Especial para Sierra Leona llegó a dictar una orden de detención contra el entonces presidente de Liberia Charles Taylor, considerando irrelevante la inmunidad *ratione personae* que éste sí tenía ante los tribunales nacionales de Sierra Leona. Sin embargo, esta interpretación es polémica y no hay que olvidar que en la génesis del Tribunal Especial para Sierra Leona intervino el Consejo de Seguridad de la ONU, lo cual podría facilitar que se considerara habilitado para levantar las correspondientes inmunidades” (Fernández Pons, 2023, p. 92).

el único delito sobre el que tendría que pronunciarse esta jurisdicción especial sería el de agresión internacional.

Al respecto, hemos escuchado voces contrarias a la constitución de un tribunal híbrido o *ad hoc* que juzgue a las autoridades civiles y militares rusas por el delito de agresión internacional, señalando que ello supondría el riesgo de colisionar los intereses de la justicia con los intereses de obtener un alto el fuego o un armisticio (i. e., la paz). Argumentan Finucane y Pomper (2023) que la mera amenaza de un enjuiciamiento y condena del *establishment* político y militar ruso supondría un cambio de régimen en dicho país, obligando a Putin y a sus asociados a retener el poder a toda costa y a continuar la guerra el tiempo que sea necesario,²⁷ a lo que agregan que condenar la agresión rusa reforzaría la visión por parte del llamado “sur global” acerca de que estas instituciones jurídicas no son otra cosa más que herramientas del imperialismo norteamericano y sus aliados. En definitiva, sostienen que la constitución de semejante tribunal imposibilitaría la actividad diplomática en aras de obtener una paz efectiva y, en todo caso, de tener que juzgarse algo o a alguien debería recién plantearse una vez acabada la *guerra*.

En esta última palabra se encuentra la razón por la cual ambos autores norteamericanos están completamente equivocados: y es que aquí no hay ninguna guerra, lo que hay es un delito. Un delito internacional de guerra de agresión que inficiona de antijurídico a todos los actos que han venido desplegando los militares (y el poder civil) ruso, bielorruso y con apoyo logístico (partícipe necesario) iraní. Pretender desconocer tales extremos es distorsionar la realidad subyacente a la valoración jurídica. Pretender que aquí hay un conflicto bélico que no permite una valoración *a priori* acerca de su ilegalidad y que recién al final de la contienda se puedan dilucidar posibles responsabilidades penales por delitos internacionales o atroces es, a todas luces, una aberración. Sencillamente porque los conflictos provocados por delitos no se resuelven mediante una negociación (que más que negociación sería una extorsión en toda regla), sino mediante condena y pena. El ámbito del derecho penal internacional no puede permitir ser invadido por la lógica comercial del derecho internacional público; la dogmática jurídico-penal y las funciones de la pena son valores ineludibles que le otorgan sentido y verdadera esencia jurídica al referenciado ámbito.

Conviene también hacer un breve comentario relativo a este argumentario

27 De esta manera, señalan: “(...) a big push to prosecute Russian leaders of starting the war signals a desire to remove Russian’s leadership, risks escalation and would almost surely complicate diplomacy to bring the war to an end” (Finucane y Pomper, 2023, s.p.).

(muy extendido por parte de ciertos analistas en relaciones internacionales y periodistas) relacionado con la oposición a dicho tipo de tribunales por parte del llamado sur global, entendiéndolo por ello a lo que otrora llamábamos tercer mundo, o mundo en vías de desarrollo. Lo cierto es que autores como Howard Fench (2023) han sostenido que estas naciones deberían aprovechar esta oportunidad para negarse a apoyar cualquier iniciativa a favor de Ucrania presentada por los Estados Unidos o por la UE, “haciéndoles ver a los ricos: vuestras prioridades no significan nada para nosotros (los países pobres), mientras las nuestras no signifiquen mucho más para ustedes” (s.p.).²⁸ Sin perjuicio del talante manifiestamente político y la ausencia de cualquier rigor ético en semejantes asertos, la verdad es que esto constituye una trampa a la que varios líderes (especialmente latinoamericanos) están propensos a caer. Y es que pretender que la causa de Ucrania es ajena a los intereses directos y principales de las naciones de todo el mundo —ricas o pobres, grandes o pequeñas, poderosas o débiles— es, sencillamente, una desafortunadísima lectura.

Si el camino para estas naciones es plantear una especie de chantaje a los países del primer mundo (que estén apoyando a Ucrania), ¿qué queda de la protección del sistema internacional de derecho? ¿Cómo pretender, en un futuro, que las naciones democráticas del mundo apoyen a cualquier otra nación tercermundista (como Ucrania) ante un ataque ilícito por parte de una potencia? Si se acepta la conquista por la fuerza de territorios soberanos, ¿qué le impediría a Estados Unidos, el día de mañana, invadir el norte de México para solucionar el problema de seguridad (real) que le supone el narcotráfico y la inmigración ilegal?, ¿o a Brasil extender sus fronteras sobre Uruguay o sobre Paraguay o las Guayanas? ¿Tan difícil es entender que los principales beneficiados de un sistema internacional de derecho son, justamente, las naciones débiles? Y en vez de hacerles ver a las potencias occidentales que esta debería ser su conducta siempre, sin excepciones (afeándoles actitudes como las tomadas respecto justamente a Ucrania en 2014), estos teóricos sustentan un pseudochantaje de preventas económicas o políticas a cambio de apoyar lo que es —legal y moralmente— correcto (i. e., apoyar a Ucrania). Lejos de caer en semejante trampa, constituye un imperativo moral y político para las naciones latinoamericanas

28 Así, expresa: “Instead of facing this reality squarely, European countries and the US (the West) have recently tacked on another foreign policy priority of theirs on which they want the poor of the World’s sympathy and cooperation: Ukraine’s battle to win back control of territory lost to Russia. Now, though, it seems that not only in Africa but also in the Global South — construed to mean countries that are not growing — we have rounded a corner. Increasingly, the poor are saying to the rich that your priorities won’t mean more to us until ours mean much more to you” (Fench, 2023, s.p.).

el apoyar de manera contundente, inequívoca y efectiva la causa del pueblo ucraniano; presentar un borrador para el estatuto de un tribunal internacional ante la Secretaría General de la ONU sería un buen comienzo.

Ahora bien, la falta de unanimidades (ni siquiera, diríamos, de mayorías amplias de pareceres a su respecto) por parte de la doctrina especializada (tanto penal como internacionalista), permiten vislumbrar el difícil camino que tendrá que transitar cualquier tribunal especial que pretenda juzgar esta modalidad delictiva congeniando las prerrogativas y poderes-deberes correspondientes al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General de la ONU. Así, una circunstancia realmente problemática es la relativa a si corresponde o no que el Consejo de Seguridad se pronuncie acerca de la existencia de una agresión internacional como presupuesto o requisito de prejudicialidad. Lo cierto es que ello debería negociarse a la hora de celebrar el tratado con la Asamblea General, pudiendo, a nuestro parecer, apreciarse tres posibilidades: (i) dejar en manos del Consejo de Seguridad la declaración de si hubo o no por parte de la Federación rusa una agresión internacional (conforme a los parámetros determinados por la Resolución 3314 de la XXIX Asamblea General de 1974), dicho pronunciamiento no resultaría vinculante para el tribunal competente a la hora de juzgar las responsabilidades individuales (es decir, se trataría de un mero requisito formal sin efectos vinculantes sobre la valoración jurídico-penal que lleve adelante el tribunal); (ii) concederle al Consejo de Seguridad dicha prerrogativa, pero sujeto a un plazo perentorio (tal como sucede en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional), de modo tal que, si no logran ponerse de acuerdo por mayoría no cualificada o si amenaza alguno de los miembros permanentes con interponer su veto, pasado un tiempo (seis meses, en el caso de la CPI), se tiene como una aceptación tácita de que hubo una situación fáctica propia de una agresión internacional (pasando a la consideración/valoración del tribunal competente la determinación de si constituye ello delito internacional de agresión internacional o no), impidiendo, de tal modo, que se paralice el procedimiento penal *sine die*; y (iii) que se entienda que, al haberse ya pronunciado la Asamblea General mediante una mayoría más que aplastante (240 a 5), no tiene sentido observar tal requisito de prejudicialidad por parte del Consejo de Seguridad, remitiendo las actuaciones directamente al tribunal internacional *ad hoc*.

e) El tribunal debe habilitar los juicios en ausencia (*in absentia*), lo que resulta esencial para el éxito de la actividad jurisdiccional del tribunal proyectado. Esto, puesto que resulta evidente que mientras Putin retenga el poder fáctico

en la Federación rusa, no cabe posibilidad alguna de que sea entregado a las autoridades de dicho tribunal a efectos de someterlo a juicio. Ni él, ni sus acólitos políticos y militares podrán estar bajo el control del tribunal mientras no haya un cambio de régimen en dicho país. Eso podría conllevar tanto una corta espera de tiempo como una que signifique todo el resto de la vida del premier ruso (que ya cuenta con 71 años).

Se podrá objetar a esto que los juicios *in absentia* no pasan de una mera justicia simbólica, ya que ninguna pena —efectiva— podría imponerse a los condenados. Y si bien es inobjetable desde el punto de vista factual, en lo normativo (e incluso en lo empírico) conlleva un menoscabo sobre la esfera de libertades de dichos reos. Así, portarán el estigma de ser delincuentes y responsables del peor de los delitos que existen: del crimen contra la paz. Llevaría al ostracismo más profundo (mayor que el que hoy experimenta) en lo que a las relaciones internacionales refiere, sabiendo que la historia universal lo recordará como aquello por lo cual fuere condenado: un criminal atroz. Esto provocaría un efecto preventivo general tanto negativo como positivo, puesto que se sabrá que imitar este tipo de comportamientos delictivos supone asumir un precio costosísimo (reputacional, económico, político), además de reivindicar a las víctimas supervivientes en sus legítimas expectativas de que sus derechos fundamentales y los principios y valores fundamentales del sistema internacional de derecho serían respetados (es decir, que se reafirmaría la vigencia de la norma penal primaria correspondiente al delito de agresión internacional).

También han de considerarse las consecuencias políticas que ello traería consigo: ¿cómo podría justificarse la legitimidad de un voto —o de un veto— interpuesto por el representante del Gobierno de un condenado internacional, tanto en el seno de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad o de cualquier organismo o institución perteneciente al sistema universal de derechos humanos?, ¿cómo se les explicaría a sus respectivos ciudadanos cualquier conato de tratado o convenio bilateral con la nación rusa bajo el mando de un criminal internacional? Tal como expresáramos anteriormente, si hoy se verifica un debilitamiento profundo de la relevancia de Rusia en el ámbito de las relaciones internacionales, una condena penal emitida por un tribunal internacional conllevaría la muerte civil de dicho régimen (al menos, en el ámbito internacional). Asimismo, han de tenerse presente las consecuencias económicas, especialmente en lo relacionado con las indemnizaciones a las víctimas y al Estado de Ucrania a efectos de su reconstrucción. Puesto que una condena internacional a Putin y a sus mandos político civiles y militares propiciaría que

los Estados del mundo (en particular aquellos que voten a favor de la constitución del tribunal híbrido/internacional) apliquen sus normativas nacionales en materia de requisa y/o decomiso de bienes pertenecientes a los condenados (o a testaferros), facilitando el flujo de dinero y/o bienes a las arcas de Ucrania.

Cierto que hay voces (no pocas) que se escandalizan ante este planteo de un tribunal internacional con competencia en lo penal que juzgue a los imputados en ausencia. Señalan que ello atenta contra el derecho fundamental de no ser juzgado, justamente, en rebeldía y como corolario de la máxima del *due process of Law* y del *His day on court*, y agregando que el Convenio Europeo de Derechos Humanos expresamente prohíbe los juicios penales en ausencia. Ahora bien, sin quitar relevancia a dicho instrumento regional de derechos humanos, lo cierto es que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su art. 8º, no hace ninguna mención expresa sobre tales extremos, por lo que no podría considerarse ello como un derivado de los principios generales del derecho interno comunes a todos los sistemas jurídicos internos (fuente de derecho internacional conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

También —y como lo ha venido sosteniendo de manera contundentemente clara e incontrovertible el magistrado argentino Franco Fiumara desde su incansable lucha para que se haga justicia en el caso de la AMIA— ha de recordarse que, conforme al derecho penal internacional, los juicios en ausencia no son *rara avis*, sino una de las tres principales características que observa el ETMI de Núremberg.²⁹ En dicho juicio (el sostenido por el Tribunal Militar Internacional respecto a los principales jerarcas nazis), nada más ni nada menos que Martin Bormann fue condenado a muerte en rebeldía (conforme a lo previsto en el art 19 del ETMI, fundado a su vez en los arts. 17 y 18 de la Conferencia de Londres de 1944). Posteriormente, tales extremos de fondo y de procedimiento fueron recogidos por la Comisión de Derecho Internacional (por mandato de la Asamblea General de la ONU) en un texto que recoge las directrices para el juzgamiento de crímenes atroces, titulado “Los Principios de Núremberg” en 1950 (y que observara, por lo demás, el reconocimiento unánime por parte de los Estados miembros del Consejo de Seguridad). Ahora bien, lo realmente importante de estos “Principios” a los efectos de este análisis radica en el mandato que emite la Asamblea General de la ONU a la Comisión de Derecho Internacional (resolución 177/47), donde le ordena redactar un informe que “formulara los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta

29 Al respecto, *vide* Fiumara (2019).

del Tribunal de Núremberg y en la sentencia del Tribunal”. Como se aprecia (y tal como lo subrayó la Comisión), es la Asamblea General (con el voto unánime de sus miembros) la que les concede valor de derecho internacional tanto al ETMI como a la sentencia misma. Y si la sentencia condenó a uno de los reos en ausencia (y nada menos que a la pena capital), huelga concluir que ello es conforme al derecho internacional.

Tal como sostiene Scharf (2010), el voto unánime de la Asamblea General como el reconocimiento sin abstenciones por parte del Consejo de Seguridad ha hecho de la regulación dada por el ETMI y de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg una norma consuetudinaria inmediata (“movimiento o giro Grociano” en alusión a Hugo Grocio) con rango de obligado cumplimiento (*ius cogens*), ya que pocas normas internacionales consuetudinarias o escritas han obtenido un reconocimiento expreso tan amplio como las mentadas; de hecho, salvo por la propia Carta de la ONU, no hay ninguna otra.

5. Conclusiones

Todas las naciones del mundo, en especial aquellas más propensas a sufrir abusos de parte de potencias beligerantes, han de prestar un decidido e incuestionable apoyo a la causa del pueblo ucraniano por su libertad e independencia del imperialismo ruso, el cual no debe quedar en meras proclamas o palabras más o menos exaltadas. Ya es tiempo de que tales compromisos de apoyo se cristalicen en acciones concretas: (i) el ingreso de Ucrania a la Unión Europea como Estado parte de pleno derecho; (ii) el ingreso de Ucrania a la OTAN como socio de pleno derecho; (iii) un apoyo militar verdaderamente serio, puesto que sin tropas, aviones ni armamento pesado de última generación la reconquista del territorio ilegalmente ocupado por las fuerzas rusas desde 2014 se presenta como una tarea casi imposible; y (iv) la constitución de un tribunal penal internacional *ad hoc* o híbrido a efectos de enjuiciar y castigar a los responsables del delito de agresión internacional perpetrado por las fuerzas ocupantes rusas (y sus aliadas: Bielorrusia e Irán).

Difícilmente podrá hablarse de justicia alguna si el encuadre jurídico penal no es el adecuado. Ese encuadre no es otro que el referido delito de agresión internacional o crimen de contra la paz, puesto que, como se expresara al inicio de este análisis, nunca desde la Segunda Guerra Mundial —con la excepción de la invasión de Saddam Hussein a Kuwait— se ha visto una violación más flagrante al sistema internacional de derecho en lo que a lo más nuclear de este

respecta: una guerra de conquista territorial imperial en violación de tratados preexistentes, por ejemplo, el Acta final de la Conferencia de Helsinki de 1975, el Protocolo de Budapest de 1991, los Acuerdos de Minsk I y II de 2014-2020, así como del Propósito del art. 1.1 de la Carta de la ONU y de los principios de no incurrir al uso de la fuerza o de amenazar con él (art. 2.4 de la Carta), de Buena Fe (art. 2.2), de no solucionar las controversias por otros medios que no sean los pacíficos (art. 2.3) y del deber de no intervención (art. 2.7 de la Carta y Declaración 2625/XXV). Por esto, la figura penal que ha de imputársele a todos los involucrados en dichos hechos antijurídicos ha de ser el de agresión internacional conforme al art. 6 del ETMI o, en su defecto, de la figura (mutitada) del art. 8 bis del ECPI.

Como emerge de nuestro análisis, cuando se tipificó este delito por vez primera en el ETMI, la situación era diametralmente opuesta a la que se observa en el caso de la invasión a Ucrania: en 1944, los aliados tenían bajo su poder a los principales jerarcas nazis o éstos eran perfectamente reconocibles e identificables (por supuesto, aquellos que no se habían suicidado antes de caer prisioneros, como Hitler, Himmler o Goebbels, en abril-mayo de 1945), así como se tenía buena idea de cuáles eran sus respectivas funciones dentro del Reich y de la jerarquía que ostentaban. Lo complicado era determinar la responsabilidad de los mandos medios (v. gr., personajes como Mengele, Cukurs y muchos otros cuyas atrocidades fueron conocidas recién con posterioridad al juicio a los principales jerarcas, en gran medida, gracias a los testimonios y pruebas documentales diligenciadas en este, como el caso paradigmático de Eichmann y del director de Auschwitz, Rudolf Hoss). En adición a ello, lo que resultaba casi imposible de determinar era la causalidad entre los resultados lesivos sobre las vidas, libertad, etc. de las víctimas y los ejecutores directos de las órdenes de invasión ilegal (soldados rasos), pese a que sí se sabía qué organización (SS, SA, Gestapo), qué división, pelotón, etc. se había “encargado” de tales o cuales matanzas, fusilamientos, limpiezas étnicas, etc. Por ello, el camino para su imputación pasaba por la *membership*, por su participación voluntaria en el marco de la interacción perteneciente a dicha organización o institución inícuca (algo que, por cierto, se advierte como la lógica de imputación básica por el delito de organización criminal conforme a la Convención de Palermo de 2000).

Aquí, las circunstancias son distintas: de momento, se presenta difícil —cuando no imposible— arrestar a Vladimir Putin y a sus principales acólitos políticos y/o militares (miembros, todos ellos, de la geróntica cúpula del Kremlin). Empero, sí se pueden identificar sin mayores problemas a los ejecutores directos y a

los mandos medios que están conduciendo el delito en el territorio soberano de Ucrania (todo ello, gracias a la tecnología de hoy en día como los GPS, sistemas de reconocimiento facial, satélites espías, incluso las cámaras de los teléfonos móviles, etc.). De ahí que sus respectivas causas penales —sea que se diluciden ante la justicia penal ucraniana, o ante la CPI o ante tribunales nacionales de terceros Estados en ejercicio de su jurisdicción universal, sea ello por delito de lesa humanidad, o de genocidio o de crímenes de guerra— sirvan también para ir determinando y dilucidando el grado de intervención y responsabilidad de los jefes del Kremlin (así como de Bielorrusia y de Irán). Algo similar a lo que se hiciera —en sus inicios— por parte de los jueces del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, procesando primero a los soldados rasos o ejecutores directos para, a partir de allí, compilar el acervo probatorio y construir las imputaciones de los jefes (Karadzic, Mladic, Milosevic, entre otros) (Stuart y Simons, 2021, p. 94).

Por ello, entendemos muy relevante que el estatuto del proyectado tribunal, además de habilitar el juicio en ausencia de los imputados, tipifique al delito de agresión internacional del mismo modo que lo hacía el ETMI (en su art. 6 como crimen contra la paz), de forma tal que (aprovechando la magnífica actuación y estrategia desplegada por la fiscalía general ucraniana sobre todo en materia de prueba) se puedan acumular los autos y transferir la prueba diligenciada en procesos contra ejecutores directos y mandos medios tanto ante la jurisdicción ucraniana como ante la Corte Penal Internacional y ante otros tribunales penales nacionales, la que pasaría a integrar a los respectivos procedimientos ante el tribunal penal internacional *ad hoc* o híbrido, facilitando la imputación (y prueba) de los principales jefes civiles y militares y otros mandos medios directamente subordinados a ellos.

Nos consta que lo propuesto en estas páginas conlleva una tarea difícil, incluso titánica, pero es el único camino correcto, el único modo de no sucumbir ante la indiferencia (sic Elie Wiesel). Quizás no haya mejores palabras para explicar esto que las escogidas por la laureada escritora Sofi Oksanen (2024):

Durante los últimos años he oído numerosos discursos de expertos sobre lo complicado que es probar las violaciones genocidas, lo difícil que es condenarlas, lo complejo que resulta probar que forman parte del genocidio. Lo comprendo, igual que entiendo lo costosos que pueden ser los juicios y las numerosas horas de trabajo que requieren, pero no puedo dejar de preguntarme por qué esta dificultad probatoria parece ser prácticamente la única narrativa del caso en el debate público de Occidente. Existen muchos tipos de justicia. Propiciar que la

voz de las víctimas forme parte del debate público también es justicia, las manifestaciones de apoyo también son justicia, condenar la intimidación y la culpabilización de las víctimas también es justicia. Si la narrativa pública se centra en la complejidad jurídica de probar una violación genocida, o en la dificultad de castigar a los culpables, ¿qué mensaje reciben las víctimas? ¿Qué mensaje recibe Rusia? ¿Qué mensaje reciben los testigos? ¿qué son casos complicados? ¿Tan complicados que ni siquiera merece la pena denunciar? Si ése es el punto de vista predominante, se está culpabilizando a la víctima de forma implícita, como si la responsabilidad probatoria recayera sobre ella. Las víctimas no son casos complicados. Rusia es el caso complicado. (p. 25)

Bibliografía

- Abely, C. (2023). *The Russia Sanctions. The Economic Response to Russia's Invasion of Ukraine*. Cambridge University Press.
- Aparisi Miralles, A. (2007). *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*. Comares.
- Arbuet-Vignali, H. (2023). *La agresión de Rusia a Ucrania. El fracaso de las Naciones Unidas, caída y superación del Derecho Internacional. Reflexiones y propuestas de cambios*. Fondo de Cultura Universitaria.
- Barriga, S. y Kreß, C. (2011). *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*. Cambridge University Press.
- Bellamy, A. J. (2023). *Warmonger. Vladimir Putin's imperial war*. Agenda Publishing Limited.
- Benedicto XVI. (25 de diciembre de 2005). *Carta encíclica Deus Caritas Est*. Libreria Editrice Vaticana.
- Charap, S., Massicot, D., Priebe, M., Demus, A., Reach, C., Stalczynski, M., Han, E. y Davis, L. E. (2021). *Russian Grand Strategy. Rhetoric and Reality*. Rand Corp.
- Cruz Prados, A. (1991). Para un concepto de “guerra” de una filosofía de “paz”. Actualidad del pensamiento de Vitoria. *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 220-243.
- Cruz Prados, A. (2003). *La razón de la fuerza*. Pearson.
- D’Ors, A. (1954). *De la guerra y de la Paz*. Rialp.
- Díaz Narváez, A. (2023). La respuesta de la Unión Europea a la invasión rusa de Ucrania: las medidas sancionadoras. En Regueiro Dubra, R. (Coord.), *La agresión de Rusia contra Ucrania. Neo-Imperialismo de Putin vs. Ordenamiento internacional* (pp. 91-158). Tirant lo Blanch.
- Drozdov, E. y Drozdova, O. (2023). Legal War with Russia and Cooperation with the International Criminal Court: Organisational, Jurisdictional and Criminal Procedure Aspects. En González Beilfuss, C., Navarro-Michel, M. y Fernández Pons, X., (Dirs.), *Impactos de la Guerra de Ucrania* (pp. 95-128). Tirant lo Blanch.
- Fernández Pons, X. (2023). El rol de la Corte Penal Internacional (CPI) ante la guerra de Ucrania. En González Beilfuss, C., Navarro-Michel, M. y Fernández Pons, X. (Dirs.), *Impactos de la Guerra de Ucrania* (pp. 69-94). Tirant lo Blanch.
- Fench, H. W. (2023). Why Ukraine’s War Is Not a Priority for the Global South. *Foreign Policy*.

- <https://foreignpolicy.com/2023/09/19/unga-ukraine-zelensky-speech-russia-global-south-support/>.
- Finocchiaro, E. (2016). *El Derecho Penal Internacional. Despliegue punitivo de la Comunidad Internacional*. Hammurabi.
- Finucane, B. y Pomper, S. (8 de mayo de 2023). Can Ukraine Get Justice Without Thwarting Peace? *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/russia-ukraine-justice-thwarting-peace>.
- Fiumara, F. (17 de julio de 2019). Juicios en ausencia. ¡Presente! *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/juicios-ausencia-presente-nid2268743/>.
- Freedman, L. y Michaels, J. (2019). Aggression and Retaliation. En *The Evolution of Nuclear Strategy* (4ª ed.). Palgrave Macmillan.
- Gaita, R. (2005). Refocusing Genocide: A Philosophical Responsibility. En Roth, J. (Ed.), *Genocide and Human Rights. A Philosophical Guide* (pp. 153-166). Palgrave Macmillan.
- Gillies, P. (1997). *Criminal Law* (4ª ed.). Law Book Co. of Australasia.
- Guilfoyle, D. (2015). *International Criminal Law*. Oxford University Press.
- Hathaway, O. (2022). *The Case for Creating an International Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression against Ukraine (part. I)*. Just Security Org. <https://www.justsecurity.org/83117/the-case-for-creating-an-international-tribunal-to-prosecute-the-crime-of-aggression-against-ukraine/>.
- Heller, K. J. (2011). *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. Oxford University Press.
- Henderson, S. (2023). *Atrocity Crimes and International Law: Responsibility to Protect, Intercession, and Non-Forceful Responses*. Routledge.
- Ingerflom, C. (2022). *El dominio del amo. El estado ruso, la guerra con Ucrania y el nuevo orden mundial*. Fondo de Cultura Económica.
- International Court of Justice. (26 de febrero de 2007). *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, No. I.C.J. Rep.43.
- Jackson, R. (1946). *Opening Address for the United States, International Military Tribunal*. United States Government Printing Office.
- Karaganov, S. (8 de febrero de 2022). *It's not Really about Ukraine*. RT. <https://www.rt.com/russia/548630-decades-long-standoff-nato/>.
- Kasparov, G. y Khodorkovsky, M. (20 de enero de 2023). Don't Fear Putin's Demise. Victory for Ukraine, Democracy for Russia. *Foreign Affairs*.
- Kimmage, M. y Lipman, M. (13 de enero de 2023). Wartime Putinism. What the Disaster in Ukraine Has Done to the Kremlin and to Russia. *Foreign Affairs*.
- Lemkin, R. (2015). El genocidio soviético en Ucrania. En *Genocidio –escritos–*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Macleod, C. (2010). Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity. *The European Journal of International Law*, 21(2), 281-302.
- Marcu, S. (2021). *Geopolítica de Rusia y Europa Oriental*. Síntesis.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity*. Cambridge University Press.
- May, L. (2008). *Aggression and Crimes against Peace*. Cambridge University Press.
- May, L. (2013). *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*. Oxford University Press.

- Milakovsky, B. (31 de marzo de 2022). Putin's Pyrrhic Victory. Russia's Setbacks in Eastern Ukraine Show Why It Can't Win the Wider War. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/articles/ukraine/2022-03-31/putins-pyrrhic-victory>.
- Oksanen, S. (2024). *Dos veces en el mismo río. La guerra de Putin contra las mujeres*. Salamandra.
- Olásolo Alonso, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*. En *homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*. Tirant lo Blanch.
- Pawlik, M. (2018). ¿Pena o combate de peligros? Los principios del Derecho Internacional Penal Alemán ante el foro de la teoría de la pena. En Falcone, A., Polaino-Orts, M., Eckstein, K. y Cancho Espinal, C. (Coords.), *Autores detrás del autor. Homenaje al Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder* (pp. 73-92). Ad-Hoc.
- Pawlik, M. (2022). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? En Lerman, M. y Días, I. (Coords.), *Derecho penal y libertad. Diez contribuciones de Michael Pawlik y un análisis a partir de su obra* (pp. 143-162). Editores del Sur.
- Pereira Garmendia, M. (2016). *Responsabilidad penal por los delitos atroces. Genocidio y Lesa Humanidad*. BdeF.
- Pereira Garmendia, M. (2023). La responsabilidad de Vladimir Putin y asociados: ¿Es posible hacerles rendir cuentas ante la justicia por la invasión a Ucrania? En Pereira Garmendia, M. (Dir.), *La invasión de la Federación Rusa a Ucrania. Cuadernos de Seguridad Internacional y Derecho Penal Internacional* (Tomo 1, pp. 285-351). BdeF.
- Pinker, S. (2018). *Los ángeles que llevamos dentro. El declive de la violencia y sus implicaciones*. Paidós.
- Plokhly, S. (2022). *Las puertas de Europa. Pasado y presente de Ucrania*. Península.
- Remiro Brotons, A. (2022). El crimen de agresión. En Martínez Jiménez, A. (Dir.), *Derecho penal internacional. Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos* (pp. 263-287). Aranzadi.
- Robinson, D. (2020). *Justice in Extreme Cases. Criminal Law Theory Meets International Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Sagan, S. y Waltz, K. (2012). *The Spread of Nuclear Weapons: an Enduring Debate*. WW Norton & Co.
- Scharf, M. (2010). Seizing the Grotian Moment: Application of Joint Criminal Enterprise Liability to the Proceedings of the Cambodia Genocide Tribunal. En Smeulers, A. (Ed.), *Collective violence and International Criminal Justice. An Interdisciplinary Approach* (pp. 80-103). Intersentia.
- Smith, B. (1982). *The American Road to Nuremberg: the documentary Record 1944-45*. Hoover Institution Press.
- Stuart, H. y Simons, M. (2021). *El fiscal y el juez. Benjamin Ferencz y Antonio Cassese*. Berg Institute.
- Trahan, J. (2020). *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes*. Cambridge University Press.
- Van Sliedregt, E. (2012). *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford University Press.
- Vázquez Rodríguez, B. (2017). *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*. Ediciones de la Universidad de Oviedo.
- Vitoria, F. F. (1952). *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, (Vol. III, a.1 núm. 7). Beltrán de Heredia.
- Vitoria, F. F. (1976). *Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra* (3ª ed.). Espasa-Calpe.
- Vitoria, F. F. (1981). *Relectio de iure belli o paz dinámica*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

- United Nations General Assembly (XVI). (2005). *World Summit Outcome*. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf.
- Walt, S. (2022). Liberal Illusions Caused the Ukraine Crisis. The greatest tragedy about Russia's potential invasion is how easily it could have been avoided. *Foreign Policy*, 1(22). <https://foreignpolicy.com/2022/01/19/ukraine-russia-nato-crisis-liberal-illusions/>.
- Weigend, G. (2020). *La absolución del Sr. Bemba: ¿Un atajo a la justicia? El caso Bemba y la responsabilidad del mando*. Comentarios y traducción de la sentencia de apelación. Tirant lo Blanch.

