

Un año de guerra. El conflicto armado entre Rusia y Ucrania ante la justicia internacional

One Year of War. The Armed Conflict Between Russia and Ukraine before the International Justice

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA*

RESUMEN: La comisión de graves violaciones a normas y principios de derecho internacional durante la guerra de Ucrania ha originado el inicio de investigaciones ante la Corte Penal Internacional y la presentación de un caso contencioso ante la Corte Internacional de Justicia. El sometimiento del conflicto ruso-ucraniano a la justicia internacional muestra algunos de los principales avances y retos de ambos tribunales. El actuar de estos dos órganos judiciales internacionales frente a dicho conflicto demuestra su incapacidad para controlar la legalidad de los actos de actores políticamente poderosos y/o de sus nacionales en casos que conciernen el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

PALABRAS CLAVE: Guerra de Ucrania; Corte Internacional de Justicia; Corte Penal Internacional; tribunales penales internacionales; responsabilidad de proteger, mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

ABSTRACT: The perpetration of gross violations of the norms and principles of international law during the war in Ukraine

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Contacto: <virginia.geor@derecho.unam.mx>. Fecha de recepción: 16/02/2023. Fecha de aprobación: 26/05/2023.

has justified the beginning of investigations before the International Criminal Court and the submission of a legal dispute before the International Court of Justice. The need to administer justice to the victims of the armed conflict between Russia and Ukraine reveals some of the most important achievements and limitations of both international judicial bodies. Their response to the Ukrainian crisis demonstrates that they are unable to control the legality of the acts of politically powerful actors and/or their nationals in cases concerning the maintenance of international peace and security.

KEYWORDS: War in Ukraine; International Court of Justice; International Criminal Court; international criminal tribunals; responsibility to protect, maintenance of the international peace and security.

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de impartición de justicia en el derecho internacional disminuyen las crisis que provocan los conflictos bélicos y, al mismo tiempo, permiten reparar algunos de sus efectos más devastadores.¹ Existe un consenso por considerar que el artículo 33 de la Carta de la ONU establece una lista de los principales medios contemporáneos de solución pacífica de las controversias internacionales.² Estos medios pueden agruparse en dos principales categorías: los medios diplomáticos y los medios jurisdiccionales. Los medios jurisdiccionales –arreglo judicial y arbitraje– se caracterizan por la intervención de un tercero imparcial (juez o árbitro) que resuelve, con base en derecho, y de manera definitiva y obligatoria, la controversia internacional que opone a las partes.³

La comisión de graves violaciones a normas y principios de derecho internacional durante la guerra de Ucrania ha supuesto la activación de distintos mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias internacionales. Su objetivo común consiste en determinar la responsabilidad internacional de los autores de dichas violaciones. En este sentido, el principal objetivo de la presente investigación consistirá en analizar los retos generados por la puesta en marcha de dos medios para la solución pacífica del

¹ PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “Introducción”, en PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, (coord.), *Los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales. Avances y nuevos retos*, IJ- UNAM, México, 2022, pp. 10 y ss.

² En virtud de dicha disposición: “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.”

³ PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, *op. cit.*, p. 10.

conflicto ruso-ucraniano: el recurso a la justicia penal internacional y la presentación de una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

La hipótesis de la investigación sostiene que estos dos mecanismos de impartición de justicia internacional no son susceptibles de resolver pacíficamente el conflicto ruso-ucraniano. Para comprobar dicha hipótesis se empleará un método mixto de fuentes de información cuantitativas y cualitativas.

En primer lugar, se analizarán los retos de la impartición de la justicia penal internacional en el conflicto ruso-ucraniano (I). En este sentido, se estudiará la apertura de investigaciones acerca de la comisión de crímenes internacionales en Ucrania ante la Corte Penal Internacional (CPI). La gravedad de los desafíos que enfrenta este órgano judicial internacional para impartir justicia penal a las víctimas de la guerra de Ucrania implica la búsqueda de foros alternativos que reciban competencia en dicho ámbito. En este sentido, se propondrá el establecimiento de una comisión internacional *ad hoc* para investigar la comisión de crímenes internacionales en el territorio de Ucrania y se enfatizará la necesidad de someter el conflicto ruso-ucraniano a la competencia de los tribunales internos de los Estados miembros de la comunidad internacional, a través de la aplicación de los principios de complementariedad y de jurisdicción universal. Por último, se discutirá críticamente la posibilidad de crear un tribunal penal internacional *ad hoc* y/o un tribunal penal híbrido para enjuiciar a los responsables del crimen de agresión, cometido en contra de Ucrania.

En segundo lugar, se analizarán los retos suscitados por la sumisión del caso ucraniano al principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas (II). El 26 de febrero de 2022, Ucrania presentó una demanda en contra de Rusia ante la CIJ, con base en los artículos 36 (1), 40 y 38 del Estatuto de la Corte. La CIJ se estimó *prima facie* competente para conocer del caso y declaró la admisibilidad de la demanda ucraniana. Asimismo, ordenó todas las medidas cautelares solicitadas por el Gobierno de este Estado. El caso *Ucrania c. Rusia* (2022) vuelve a abrir dos impor-

tantes discusiones en el ámbito del derecho internacional: la relativa a la ineficacia de las medidas cautelares dictadas por la Corte en casos altamente políticos y la que concierne el alcance relativo de las resoluciones de este órgano judicial en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Además, la orden de medidas cautelares dictada por la CIJ podría empeorar la actual crisis del concepto de “responsabilidad de proteger”, como posible justificación del uso de la fuerza armada en el ámbito de las relaciones internacionales.

II. LA GUERRA DE UCRANIA ANTE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

A) LA SITUACIÓN EN UCRANIA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 28 de febrero de 2022, el Procurador de la CPI, Karim Khan, decidió abrir una investigación preliminar acerca de la comisión de crímenes internacionales en el territorio de Ucrania. Rusia y Ucrania no son partes en el Estatuto de Roma, pero Ucrania ha hecho dos declaraciones *ad hoc* con base en el artículo 12-3 de dicho tratado, otorgando competencia a la Corte para conocer de la comisión de crímenes internacionales en su territorio desde 2014. La primera declaración cubría la investigación de crímenes de lesa humanidad durante las protestas violentas y otros eventos que tuvieron lugar en territorio ucraniano entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014. Posteriormente, Ucrania adoptó una segunda declaración *ad hoc* que extendió el periodo de investigaciones del 20 de febrero de 2014 hacia el futuro.⁴ Las nuevas investigaciones abiertas por Karim Khan solamente se amplían en

⁴ ICC (2022), *Ukraine. Situation in Ukraine ICC-01/22, Jurisdiction in the General Situation*, consultado en: <<https://www.icc-cpi.int/ukraine>>.

cuanto a su alcance temporal (de 2022 en adelante) y material (se investigarán no solo crímenes de lesa humanidad, sino también crímenes de guerra).⁵

El caso de Ucrania representa un gran reto para la legitimidad de la CPI, debido a las actuales críticas en contra de su carácter neocolonial.⁶ El 100% de los 28 casos resueltos y/o pendientes ante la CPI tratan de demandas en contra de nacionales de Estados del continente africano. De ahí que se ha criticado la falta de independencia e imparcialidad de la CPI y se ha considerado que ésta se ha convertido en un tribunal neocolonial: un nuevo instrumento jurídico-institucional que busca perpetrar la influencia y dominación de los Estados Unidos de América (en adelante, Estados Unidos) y de los países europeos en África.⁷ Así, por ejemplo, representantes de Rusia han señalado que la Corte constituye un instrumento para realizar cambios de regímenes políticos internos desde el exterior.⁸ Esta postura crítica se explica no solo por la acumulación de casos africanos ante la CPI, sino también por algunos “defectos neocoloniales congénitos” en su diseño jurídico-institucional. Así, el artículo 13 del Estatuto de Roma permite al Consejo de Seguridad de la ONU referir casos de comisión de crímenes internacionales a la CPI. Todas las decisiones en dicho

⁵ ICC (2022), Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation.”, consultado en: <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>>.

⁶ Cfr. PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “El neocolonialismo de la Corte Penal Internacional”, en PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya (coord.), *Los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales. Avances y nuevos retos*, IJ-UNAM, México, 2022.

⁷ HICKEY, Shane, “African Union says ICC should not prosecute sitting President”, *The Guardian*, 2013, consultado en: <<https://www.theguardian.com/world/2013/oct/12/african-union-icc-kenyan-president>>.

⁸ HOILE, David, *The International Criminal Court – Europe’s Guantanamo Bay?*, Africa Research Centre, 2010.

órgano de las Naciones Unidas se adoptan a la unanimidad de sus cinco miembros permanentes. Esto permite a cualquiera de estos miembros (China, Estados Unidos, Francia, Rusia y el Reino Unido) ejercer un derecho de veto para oponerse a referir un caso a la CPI. Por otra parte, China, Estados Unidos y Rusia son miembros permanentes del Consejo y tienen competencia para referir a la Corte una situación en la que estén implicados nacionales de otros Estados; no obstante, por no haber ratificado el Estatuto de Roma, dichos países no pueden referir a sus propios nacionales al foro de este tribunal penal internacional.

Desde esta perspectiva, la apertura de investigaciones ante la CPI por la situación en Ucrania representa una gran oportunidad para que la Corte demuestre que no es un tribunal neocolonial y que está dispuesta a enjuiciar nacionales de grandes potencias y miembros permanentes del Consejo de Seguridad, como Rusia. Dicha investigación se abrió a pesar de que Rusia no ha ratificado el Estatuto de Roma, lo cual demuestra la gran voluntad política de los agentes de la CPI de extender el ámbito *ratione personae* de la competencia de la Corte más allá del continente africano y de reafirmar la aspiración hacia un ámbito verdaderamente universal de su competencia *ratione loci*. El caso Ucrania se inscribe así en la renovada lista de casos no africanos ante la CPI, entre otros, la investigación de las situaciones en Colombia, Palestina, Filipinas, Venezuela y Bangladesh. Asimismo, dicho caso constituye, junto con el de Afganistán, la segunda investigación abierta por el Fiscal de la CPI en contra de nacionales de un Estado miembro del Consejo de Seguridad y no parte en el Estatuto de Roma. En consecuencia, la CPI tendrá muchos problemas por conseguir las pruebas de comisión de crímenes internacionales, porque la mayoría se encuentran en manos de las autoridades de Rusia. Adicionalmente, Rusia no tendrá la obligación de entregar a la Corte a sus nacionales sospechados de cometer crímenes internacionales. Sentar a la bancada de los acusados en la Haya a funcionarios rusos de alto rango como Vladímir Putin, Seguey Shoigú, Dmitry Medvedev o Serguey Lavrov, resulta completamente utópico, al

menos que ocurra un cambio de régimen político en Rusia. Rusia, con la ayuda de China, seguramente disuadirá a otros países de sus zonas de influencia de cooperar con la CPI y no se podrá adoptar ninguna resolución del Consejo de Seguridad al respecto.

B) LA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN ESPECIAL PARA INVESTIGAR LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL TERRITORIO DE UCRAINA

La investigación es uno de los medios pacíficos de solución de las controversias internacionales. El objetivo principal de la investigación consiste en esclarecer los hechos al origen de un conflicto internacional. Dicho medio busca reducir las tensiones existentes entre las partes y prevenir la deterioración de su relación o la escalada del conflicto. Para cumplir con su objetivo- aclarar los hechos al origen de una controversia internacional- la investigación puede consistir en entrevistar a las partes, escuchar testigos, realizar visitas a los lugares en los cuales ocurrieron los hechos o analizar evidencias documentales.⁹

La realización de una investigación internacional resulta crucial para resolver pacíficamente el conflicto entre Rusia y Ucrania. En efecto, es necesario establecer una comisión internacional para reunir, catalogar y preservar las evidencias de violaciones del derecho internacional penal, cometidas por ambas partes en la controversia surgida a raíz de la “operación militar especial” rusa en Ucrania. En particular, es importante documentar las pruebas de la comisión de crímenes internacionales, en especial de crímenes de guerra. Dichas evidencias podrían, posteriormente, usarse en procedimientos iniciados ante tribunales penales internacionales, internos o híbridos.¹⁰

⁹ PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya (coord.), *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ AMANN, Diane Marie, *Time for a New War Crime Commission*, *Articles of War*, Lieber Institute, 2022, consultado en: <<https://lieber.westpoint.edu/time-for-new-war-crimes-commission/>>.

La institución de la comisión de investigación de lo ocurrido en Ucrania podría hacerse a la imagen de la Comisión de las Naciones Unidas para Crímenes Internacionales que se creó después de la Segunda Guerra Mundial (1943-1948). Las pruebas reunidas por dicha comisión posibilitaron no solo los juicios de Nuremberg de militares (y jueces) alemanes de alto rango, sino también los de funcionarios de rangos inferiores que se llevaron a cabo ante los tribunales internos de los Estados, en cuyo territorio se habían cometido los delitos.¹¹

C) LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
DE COMPLEMENTARIEDAD Y DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL
EN EL CASO DE UCRAANIA

Los tribunales internos de los Estados miembros del Estatuto de Roma son, por disposiciones del propio Estatuto, tribunales “complementarios” de la CPI. En efecto, desde el prominente artículo 1 de dicho tratado se señala que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.” En el mismo sentido, en virtud del artículo 17 del Estatuto, la competencia de la CPI no tiene prioridad sobre la de los tribunales internos cuando se trate de reconocer la responsabilidad penal de individuos por la comisión de los crímenes internacionales a los que aluden los artículos 5 a 8 del Estatuto de Roma.¹²

Ucrania no ha ratificado el Estatuto de Roma y, en principio, sus tribunales internos no son obligados a cumplir con el principio de complementariedad. No obstante, Ucrania sí ha reconocido, a través de dos declaraciones *ad hoc*, la competencia de la CPI respecto a los presuntos crímenes internacionales que se han cometido en su territorio desde 2014. De ahí que los tribunales

¹¹ *Idem.*

¹² DUPUY, Pierre-Marie, “Principe de complementarité et droit international general”, in POLITI, Mario y GIOIA, Federica, *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, ed. Routledge, 2008, p. 17.

internos de Ucrania pueden y deber investigar la comisión de crímenes internacionales tanto por parte de personas de nacionalidad rusa como por parte de individuos de nacionalidad ucraniana. En virtud del principio general del derecho internacional privado *lex loci commissi delicti*, la ley aplicable a un delito es la del lugar donde se cometió, en este caso, la ley ucraniana, y los tribunales competentes son los tribunales ucranianos, sin importar la nacionalidad de los autores del delito (*forum loci commissi delicti*). En este sentido, se ha creado un grupo de trabajo de expertos internacionales que asisten, en forma gratuita, a la Procuradora General de Ucrania, Iryna Venediktova, acerca del enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales.¹³ En los casos ya resueltos y/o iniciados se ha aplicado el derecho penal ucraniano.¹⁴ En uno de los casos, un soldado ruso de 21 años se declaró culpable del asesinato de un hombre civil desarmado de 62 años y fue condenado a cadena perpetua.¹⁵

Los crímenes internacionales cometidos en el territorio ucraniano, en realidad, son de la competencia no solo de los tribunales ucranianos, sino también de los órganos judiciales internos de todos los Estados miembros de la comunidad internacional en virtud del principio de “jurisdicción universal”. En ejercicio de la “jurisdicción universal”, un tribunal interno puede enjuiciar a un

¹³ Interfax Ukraina News Agency (2022), *Leading world lawyers join working group on accountability for international crimes committed in Ukraine* – PGO, consultado en: <<https://interfax.com.ua/news/general/819104.html>>.

¹⁴ Human Rights Watch (2021), *Ukraine: International Crimes Bill Adopted*, consultado en: <<https://www.hrw.org/news/2021/05/21/ukraine-international-crimes-bill-adopted>>.

¹⁵ La Vanguardia (2022), *Cadena perpetua para el primer soldado ruso juzgado por crímenes de guerra en Ucrania*, consultado en: <<https://www.lavanguardia.com/internacional/20220523/8286660/cadena-perpetua-primer-soldado-ruso-juzgado-crimenes-guerra-ucrania.html#:~:text=Shishimarin%2C%20originario%20de%20la%20ciudad,pueblo%20de%20Chupakhivka%2C%20el%2028>>.

individuo responsable de un crimen internacional, sin importar el lugar donde se cometió dicho crimen y sin tomar en consideración la nacionalidad del autor del delito. Varios países europeos han manifestado su intención de ejercer “jurisdicción universal” y han abierto investigaciones acerca de la comisión de crímenes de guerra en el territorio de Ucrania. Así, por ejemplo, los tribunales suecos han abierto una investigación por crímenes de guerra cometidos en el territorio de Ucrania.¹⁶ Otros países miembros de la UE, en particular, Estonia, Lituania, Letonia, España, Alemania, Noruega, Polonia, Eslovaquia y Suiza¹⁷ han manifestado su intención de ejercer jurisdicción universal sobre crímenes internacionales cometidos en Ucrania.

D) LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL PENAL ESPECIAL PARA UCRANIA

De conformidad con el Estatuto de Roma, la CPI no será competente para enjuiciar a los individuos responsables del crimen de agresión en contra de Ucrania porque no se cumplen las condiciones requeridas para el ejercicio de su competencia contenciosa.¹⁸

¹⁶ Barrons (2022), *Sweden Launches Investigation Into Ukraine War Crimes*, consultado en:

<<https://www.barrons.com/news/sweden-launches-investigation-into-ukraine-war-crimes-01649171108>>.

¹⁷ Parlamento de la UE (2022), *Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la impunidad por los crímenes de guerra en Ucrania*, (2022/2655(RSP)), consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2022-0281_ES.html>.

¹⁸ En virtud del artículo 15-5 bis del Estatuto de Roma: “5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.” Es decir, de conformidad con dicha disposición, para que la CPI sea competente para juzgar a los responsables del crimen de agresión, tanto el Estado autor del crimen de agresión, como el Esta-

En este sentido, se ha propuesto la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc* para juzgar a dichos individuos.

En un pronunciamiento oficial firmado por un comité de distinguidos juristas y académicos de todo el mundo, se sugirió el establecimiento de un Tribunal Especial para el Castigo del Crimen de Agresión en contra de Ucrania, que imparta justicia y enjuicie a los individuos responsables de los “horrores” cometidos en el territorio de Ucrania.¹⁹ En la opinión del comité, el tribunal debería constituirse según los mismos principios que guiaron a los aliados para crear a los tribunales de Núremberg: investigar los actos de violencia cometidos por Rusia en Ucrania y determinar si éstos constituyen un crimen de agresión.²⁰ Según la declaración adjunta a dicho pronunciamiento, los Estados miembros de la comunidad internacional deberán: brindar apoyo a todas las investigaciones y procedimientos que se han iniciado como consecuencia de la agresión rusa en Ucrania, incluyendo los pendientes ante la CIJ, la CPI y la CEDH; reconocer y aceptar el ejercicio de la competencia contenciosa de la CPI respecto a la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en el territorio de Ucrania y otorgar competencia al tribunal penal internacional *ad hoc*, cuya jurisdicción será complementaria a la de la CPI.²¹ Dicha propuesta ha sido “endosada” por la UE.²²

do, víctima del delito, deben ser partes en el Estatuto de Roma. Rusia, Ucrania y Bielorrusia no son partes en el Estatuto de Roma; por ende, la Corte no podrá enjuiciar a individuos de nacionalidad rusa o bielorrusa por la comisión de dicho crimen.

¹⁹ *Combined Statement and Declaration, Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression Against Ukraine*, consultado en: <<https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>>.

²⁰ *Ibidem*, p. 1.

²¹ *Ibidem*, p. 2.

²² Parlamento de la UE (2022), *Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la impunidad por los crímenes de guerra en Ucrania*,

En este sentido, se ha planteado la posibilidad de que el tribunal penal especial se cree a través de una resolución de la Asamblea General de la ONU.²³ Cabe recordar que los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda se crearon por resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Debido al veto ruso, esta no es una solución viable para el tribunal especial para Ucrania. No obstante, es posible que dicha creación se logre a través de una resolución de la Asamblea General de la ONU con base en las competencias que la Carta de la ONU le reconoce en materia de seguridad internacional. Asimismo, es posible considerar que la Asamblea General posee poderes implícitos para crear, por resolución, un tribunal penal internacional *ad hoc*, como lo hizo el Consejo de Seguridad con los Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Otra opción para la creación de un tribunal especial para Ucrania sería la de un tribunal penal mixto. En efecto, a partir de los años 1990, se establecieron tribunales penales mixtos o híbridos que poseen características tanto de tribunales internos como de órganos judiciales internacionales.²⁴ Un ejemplo de este tipo de tribunales especializados son las Cámaras Especiales en las Cortes de Camboya, también conocidas como Tribunal de los *Khmers Rouges* o la Corte Especial para Sierra Leona. En el caso de Ucrania, el gobierno de este país podría solicitar a la ONU la creación de un tribunal penal híbrido para juzgar a los responsables de los

(2022/2655(RSP)), consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2022-0281_ES.html>.

²³ TRAHAN, Jennifer, *UN General Assembly should Creation of Crime of Aggression Tribunal for Ukraine: Nuremberg is not a Model*, Just Security, consultado en: <<https://www.justsecurity.org/80545/u-n-general-assembly-should-recommend-creation-of-crime-of-aggression-tribunal-for-ukraine-nuremberg-is-not-the-model/>>.

²⁴ PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “Introducción”, en PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, (coord.), *op. cit.*, pp. 10 y ss.

crímenes internacionales cometidos en su contra. Asimismo, es posible que, una vez terminado el conflicto en Ucrania, se piense en la creación, por una posible misión internacional de la ONU, de un tribunal penal híbrido para enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales cometidos en Ucrania por individuos de nacionalidad rusa y ucraniana o también por individuos de otras nacionalidades (mercenarios o miembros de la empresa militar privada “Wagner”, entre otros).

III. EL CASO *UCRANIA CONTRA RUSIA* (2022) ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

A) LA INEFICACIA DE LA ORDEN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADA POR LA CIJ

En su demanda en contra de Rusia ante la CIJ, Ucrania solicitó a la Corte el otorgamiento de las siguientes medidas cautelares: 1) ordenar a Rusia que suspenda de inmediato su “operación militar especial” en Ucrania; 2) asegurarse de que sus fuerzas militares y unidades militares irregulares no continúen la operación militar y que Rusia no adopte ninguna medida susceptible de agravar la controversia pendiente por resolver ante la Corte.

El 16 de marzo de 2022, la CIJ determinó su competencia *prima facie* para examinar la demanda de Ucrania contra Rusia sobre la base de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio y adoptó una orden de medidas cautelares, destinadas a evitar que el conflicto entre las partes se deteriore. A partir de julio de 2022 muchos Estados parte en el Estatuto de la CIJ, entre ellos, Austria, Australia, Bulgaria, Estados Unidos, la República Checa, Malta, Letonia, Rumania, etc., presentaron declaraciones de terceros intervinientes en el juicio.

En su orden de medidas cautelares²⁵, la CIJ consideró que sí existe una situación de urgencia, susceptible de causar un riesgo de perjuicio serio e irreparable para los derechos e intereses de Ucrania. La catástrofe humanitaria provocada por la guerra y los riesgos de severos daños ambientales en Ucrania y en la región demuestran que dicha situación indudablemente satisface las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares.²⁶ En consecuencia, la Corte dictó todas las medidas solicitadas en la demanda ucraniana.²⁷ Por último, la Corte recordó lo decidido en el caso *LaGrand*²⁸ acerca del carácter vinculante de las medidas cautelares dictadas por este órgano judicial internacional y reiteró la obligación de las partes de cumplirlas de buena fe.²⁹

Hasta la fecha, Rusia no ha cumplido con la orden de medidas cautelares pronunciada por la CIJ y no ha detenido su operación militar en el territorio ucraniano; adicionalmente, no ha dejado de adoptar medidas susceptibles de deteriorar la controversia pendiente ante esta jurisdicción internacional. Por su parte, Ucrania tampoco ha hecho esfuerzos significativos para promover la resolución pacífica del conflicto y para evitar que se agrave.

Surgió, hace aproximadamente una década, un importante debate en torno a la obligatoriedad de las medidas cautelares pronunciadas por los órganos judiciales internacionales. La mayoría

²⁵ ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Order of Provisional Measures*, 16 March 2022, párr. 18 y 19

²⁶ ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Order of Provisional Measures*, 16 March 2022, párr. 70 y 71

²⁷ *Ibidem*, párr. 81

²⁸ ICJ, *LaGrand, Germany v. United States of America*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2001, p. 506, para. 109

²⁹ ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Order of Provisional Measures*, 16 March 2022, párr. 84

de los Estatutos constitutivos o Reglamentos de los tribunales internacionales guardan silencio o contienen reglas poco precisas respecto a esta importante cuestión.³⁰ El reconocimiento de la obligatoriedad de las medidas cautelares en el derecho internacional resultó de una verdadera “revolución pretoriana” en la que se unieron prácticamente todas las jurisdicciones internacionales.³¹

A pesar de dicha obligatoriedad, el no respeto de las medidas cautelares dictadas por la CIJ en contra de Rusia demuestra la imposibilidad de la Corte de obligar a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad a cumplir con dichas medidas. En los casos *LaGrand* y *Avena*, la Corte dictó medidas cautelares en contra de otro miembro permanente del Consejo- Estados Unidos. En dicho asunto, Estados Unidos tampoco cumplió con la resolución de la Corte. De ahí que el caso de la guerra de Ucrania ante la CIJ vuelve a demostrar rotundamente que las medidas cautelares dictadas en el proceso judicial internacional son jurídicamente vinculantes, pero no gozan de eficacia práctica. En efecto, a pesar del reconocimiento jurisprudencial de la obligatoriedad de dichas medidas y de su importancia para la impartición de la justicia internacional en contextos de urgencia, los países poderosos, como Rusia y Estados Unidos, pueden exentarse de su cumplimiento, sin que asuman consecuencias negativas por este hecho.

³⁰ Así, por ejemplo, el artículo 41 del Estatuto de la CIJ mencionaba las medidas “que deban tomarse” (*ought to be taken*, en la versión en inglés del artículo), lo que sugería que éstas no gozan de un carácter obligatorio. En cambio, el artículo el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece que el TIDM “podrá decretar las medidas provisionales (...)”, lo que implicaría un mayor grado de obligatoriedad, pero sin que dicha obligatoriedad se reconociera en forma expresa.

³¹ Cfr. PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “Aspectos procedimentales del arreglo judicial de las controversias internacionales”, en PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya (coord.), *Los medios pacíficos de solución de las controversias internacionales: avances y nuevos retos*, IJ- UNAM, México, 2022.

Cabe recordar que la única manera de lograr la ejecución forzosa de una decisión de la CIJ, incluyendo una orden de medidas cautelares, es a través de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU de conformidad con el artículo 94 de la Carta de la ONU.³² Esto significa automáticamente que si un fallo de la Corte va en contra de un miembro permanente del Consejo de Seguridad, Rusia, en el presente caso, y Estados Unidos en los casos *LaGrand y Avena*, el principal órgano político de la ONU no podrá adoptar ninguna medida para garantizar la ejecución forzosa del fallo. En efecto, el Consejo de Seguridad nunca ha adoptado una resolución para ordenar la ejecución forzosa de una resolución de la CIJ en contra de un Estado. Esto se discutió en el caso *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos a Teherán*,³³ pero, al final, dicha resolución no se adoptó y ambas partes en el conflicto violaron la orden de medidas cautelares dictada por la Corte.³⁴

El caso de Ucrania ante la CIJ conduce a la misma situación de incumplimiento. Rusia es miembro permanente, con derecho de veto, del único órgano capaz de asegurar el respeto de las sentencias de la CIJ por medios coercitivos. Por ende, no existen mecanismos, en el actual estado de desarrollo del derecho internacional, que obliguen a Rusia a cumplir con las resoluciones de la CIJ para detener su guerra en Ucrania. El inicio de un conflicto armado internacional por un miembro permanente del Consejo

³² Según dicha disposición: “Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.”

³³ ICJ, *Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, US vs. Iran, 24 May 1980

³⁴ RAFAT, Amir, “The Iran Hostage Crisis and the International Court of Justice: Aspects of the Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 10, 1981, p. 425

de Seguridad paraliza la adopción de resoluciones en el principal órgano político de la ONU y la eficacia de los fallos del principal órgano judicial de dicha organización.

B) EL PROBABLE IMPACTO LIMITADO DE LA SENTENCIA
DE LA CORTE SOBRE EL FONDO DE UN LITIGIO RELATIVO
AL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD
INTERNACIONALES

Si se analizan los antecedentes de casos en los que la CIJ, como principal órgano judicial de la ONU, ha tenido que pronunciarse sobre temas y problemas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, queda muy poco probable que la Corte logre resolver satisfactoriamente el actual conflicto entre Ucrania y Rusia. En efecto, las sentencias de la CIJ –un tribunal internacional integrado de 15 juezas y jueces– han tenido un impacto muy limitado en este ámbito.

Así, por ejemplo, en el caso *Legality of the Use of Force*,³⁵ la ex Yugoslavia presentó una demanda en contra de ocho Estados miembros de la OTAN por los bombardeos efectuados en su territorio en los años 1990, alegando la violación, por parte de dichos Estados, de la prohibición de recurrir a la fuerza en el ámbito de las relaciones interestatales- norma fundamental del *ius ad bellum*- del principio de no intervención en asuntos internos de otro Estado y de la obligación de proteger la población civil y las instalaciones civiles en tiempos de guerra. La Corte se estimó incompetente para examinar el fondo del litigio porque estimó que Serbia y Montenegro no podría “endosar” la demanda presentada con anterioridad por la ex Yugoslavia. Por ende, no determinó la posible responsabilidad de los Estados miembros de la OTAN frente a Serbia y Montenegro y no resolvió el conflicto internacional que los oponía.

³⁵ ICJ, *Legality of the Use of Force*, Overview of the Case, consultado en: <<https://www.icj-cij.org/en/case/112>>.

Este antecedente de la Corte podría explicar por qué la presente demanda ucraniana no se basa en la violación de las normas del *ius ad bellum* por parte de Rusia y no invoca el no respeto del artículo 2-4 (y del artículo 51) de la Carta de la ONU.

En el mismo sentido, Ucrania tampoco invocó el no respeto, por parte de Rusia, de normas del derecho internacional humanitario y/o de derecho internacional de los derechos humanos durante su “operación militar especial” en territorio ucraniano. La CIJ tiene una competencia general *ratione materiae* y podría pronunciarse sobre estas cuestiones. No obstante, los antecedentes jurisprudenciales de la Corte tampoco han aportado elementos factibles para la solución de problemas de violación de normas de *ius in bello* y de derecho internacional de derechos humanos que se presentan en conflictos armados internos y/o internacionales.

Así, en el caso *Construction of a Wall in the Palestinian Occupied Territory*,³⁶ la Corte consideró que Israel había violado el principio de libre autodeterminación de los pueblos y varias normas y principios del derecho internacional humanitario. Asimismo, la Corte consideró que la construcción de dicho muro violaba numerosas normas de derecho internacional de los derechos humanos. Consecuentemente, la Corte ordenó a Israel detener de inmediato la construcción del muro, dismantelar los tramos ya construidos y reparar los perjuicios sufridos por las víctimas de su actuar internacionalmente ilícito. A 18 años de la adopción de la opinión consultativa de la CIJ, Israel ha terminado la construcción del muro, no lo ha dismantelado y proyecta construir un nuevo muro en su frontera norte con el Líbano.

En el caso *Declaration of the Independence of Kosovo*,³⁷ la Corte consideró que dicha declaración no violaba el derecho internacional. Según la Corte, no hay nada en el derecho internacional

³⁶ ICJ, *Construction of a Wall in the Palestinian Occupied Territory*, Overview of the Case, consultado en: <<https://www.icj-cij.org/en/case/131>>.

³⁷ ICJ, *Declaration of the Independence of Kosovo*, Overview of the case, consultado en: <<https://www.icj-cij.org/en/case/131>>.

que prohíba, *per se*, las declaraciones unilaterales de independencia en el contexto de un proceso de secesión, visto que el principio de integridad territorial de los Estados se limita al ámbito internacional, en las relaciones interestatales, y no se aplica en el ámbito interno respecto a declaraciones unilaterales de independencia. Lejos de resolver el conflicto armado derivado de la creación del Estado de Kosovo, la opinión consultativa de la CIJ creó más incertidumbre jurídica respecto a las reglas que rigen los procesos de secesión en el derecho internacional.

El actual conflicto entre Rusia y Ucrania ha provocado un efecto “dominó” y ha empeorado las incertidumbres respecto al estatus internacional de Kosovo. Serbia –un importante comprador de armas de Rusia– pretende establecer una nueva agenda en su política exterior en torno a dicha entidad. Lamentablemente, dicha política podría replicar algunos aspectos de las acciones rusas respecto a las autoproclamadas Repúblicas de Lugansk y Donetsk.

Finalmente, es de recordarse que los conflictos armados internacionales como el existente entre Rusia y Ucrania, son el resultado de la incipiente regulación del uso de armas de destrucción masiva y la inexistente regulación del uso de armas convencionales en el derecho internacional. La CIJ ha contribuido, en buena medida, a la ausencia de prohibición del uso de las armas más letales para la humanidad y para la vida en el planeta. En su opinión consultativa sobre *Legality of the Use of Nuclear Weapons*,³⁸ la Corte consideró que “habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede concluir definitivamente que la amenaza o el empleo de armas nucleares fuese legal o ilegal en circunstancias extremas de legítima defensa en que estuviese en juego la supervivencia misma de un Estado.” De esta forma, la Corte falló gravemente a su deber de promover la solución pacífica de las controversias para garanti-

³⁸ ICJ, *Legality of the Use of Nuclear Weapons*, consultado en: <<https://www.icj-cij.org/en/case/95>>.

zar la seguridad internacional y alineó su postura jurídica con los intereses políticos, geopolíticos y geoestratégicos de las grandes potencias nucleares.

De ahí que, en el actual conflicto entre Rusia y Ucrania, Rusia se ha basado en lo establecido por la CIJ en dicha opinión consultativa y ha amenazado con usar armas nucleares solamente si “estuviese en juego la supervivencia misma” de este Estado.³⁹

C) LA INCIDENCIA DE LA DECISIÓN DE LA CORTE RESPECTO AL CONCEPTO DE “RESPONSABILIDAD DE PROTEGER”

En su orden de medidas cautelares en el caso *Ucrania c. Rusia* (2022), la CIJ violó su Estatuto constitutivo, ya que, en la fase de excepciones preliminares, se permitió “prejujgar” del fondo del litigio. Adelantándose a su decisión sobre el fondo de la controversia, la Corte observó que no “posee evidencias acerca de la comisión de genocidio en el territorio ucraniano” (se puede entender que se refiere tanto al genocidio presuntamente cometido por Ucrania, en la región de Donbass, como a la alegación de la comisión de genocidio por parte de Rusia en contra de los ucranianos). Asimismo, la Corte señaló que “resulta dudoso” que la Convención sobre el Genocidio autorice el uso unilateral de la fuerza en el territorio de un Estado para prevenir y castigar la presunta comisión de un delito de genocidio. Según la Corte, es derecho de Ucrania no ser sometida a operaciones militares con estos propósitos.⁴⁰

Esta afirmación de la Corte confirma la actual crisis del concepto de “responsabilidad de proteger” (R2P). En un Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio de la ONU (2004) se definió a la R2P como “una responsabilidad

³⁹ BBC News (2022), *Russia says it won't use tactical nuclear weapons in Ukraine*, consultado en: <<https://www.youtube.com/watch?v=9jS3dUOa9jc>>.

⁴⁰ ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Order of Provisional Measures*, 16 March 2022, párr. 60

colectiva internacional, ejercida por el Consejo de Seguridad por la que se autorizaba la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, limpieza étnica y graves violaciones del derecho humanitario, que los gobiernos soberanos hubiesen demostrado no poder o no querer evitar”. Los casos de la práctica internacional en los que se ha invocado esta doctrina han conducido a su crisis en el plano del derecho internacional.

En primer lugar, la intervención unilateral de la OTAN en Kosovo en 1999 y la guerra de Iraq en 2003 fueron basadas en el concepto de la intervención humanitaria que precedió directamente al desarrollo de la R2P. La intervención en Kosovo ha sido considerada por algunos Estados (entre otros, Rusia) como una violación del tratado constitutivo de la OTAN, de la Carta de la ONU y de las normas del *ius ad bello*. El carácter desastroso de dicha intervención para la población civil (aumento del número de refugiados, intensificación de las prácticas de depuración étnica, caos y dificultad por reconstruir una nación dividida) se repitió, con mayor intensidad, durante las intervenciones armadas en Iraq y en Libia.⁴¹ En términos de la “R2P”, las intervenciones en Kosovo e Iraq demostraron irrefutablemente que la justificación de una intervención militar unilateral en la protección de la población civil puede constituir un simple alibi para derrocar, desde fuera, a un régimen político interno.⁴²

Los peligros de instrumentación política de la “R2P” se vuelven a presentar en el caso del conflicto entre Rusia y Ucrania. La justificación de la “operación militar especial” de Rusia en Ucrania se basa precisamente en la necesidad de proteger a civiles ucranianos prorrusos de la comisión de un presunto crimen de genocidio

⁴¹ THAKUR, Ramesh, “*The UN, peace and security: from collective security to R2P*”, ed. Cambridge University Press, 2017 (online publication- 444 p.)

⁴² PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, Reseña del libro “*The UN, peace and security: from collective security to R2P*”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2019

en su contra, es decir se invoca directamente la R2P como supuesta base legal de la invasión militar de Ucrania. Esa fue la justificación de la intervención de la OTAN en Kosovo, que Rusia tanto ha criticado.

Por eso, la CIJ consideró que “resulta dudoso” que una acción militar unilateral de Rusia pueda justificarse en la necesidad de proteger a los ciudadanos de Ucrania de actos de barbarie cometidos en su contra. Así, la Corte, en realidad, negó la aplicación del segundo pilar de la “R2P” - el de la intervención (militar) en el territorio de un Estado- ante la supuesta comisión de genocidio. Si existen indicios de que en un país (Ucrania) se comete genocidio y que este país no quiere o no puede evitarlo, otro Estado (Rusia) no podrá intervenir militarmente en el territorio del primero para salvaguardar la vida y los derechos humanos de las víctimas. La fuerza armada no debe usarse, en ningún caso, para prevenir y castigar el delito de genocidio. Si se admite que, efectivamente, no existen pruebas de que Ucrania ha cometido un genocidio en contra de los ciudadanos ucranianos ruso-parlantes, el rechazo, por parte de la CIJ, de la respuesta militar rusa puede explicarse fácilmente. No obstante, cabe recordar que la idea de una “responsabilidad de proteger” surgió después de que la comunidad internacional no intervino durante el comprobado genocidio en Ruanda. Posteriormente, la intervención humanitaria de la OTAN en Kosovo tuvo como antecedente la comisión del comprobado genocidio de Srebrenica. Más recientemente se ha considerado necesario implementar la R2P ante el genocidio de los rohingya en Myanmar.⁴³ Si siguiéramos el criterio propuesto por la CIJ en el caso *Ucrania c. Rusia* (2022), aun en casos comprobados de la comisión de genocidio en un Estado, ningún otro país de la co-

⁴³ Global Justice Center (2021), *Protesters in Myanmar Call on International Community to Uphold “Responsibility to Protect”*, consultado en: <<https://www.globaljusticecenter.net/blog/28-publications/videos/1475-protesters-in-myanmar-call-on-international-community-to-uphold-responsibility-to-protect>>.

munidad internacional podría usar la fuerza armada para prevenir o castigar a los autores del delito. ¿Significa esto que, como en el caso del genocidio en Ruanda, la comunidad internacional debe ser simple espectador de la comisión de actos de barbarie en contra de un pueblo?

IV. CONCLUSIÓN

El sometimiento del conflicto ruso-ucraniano a la justicia internacional muestra algunos de los principales avances y retos de la CPI y de la CIJ.

Por un lado, resulta indudable que las sentencias de ambos tribunales internacionales moldean las expectativas normativas de los actores internacionales en relación con el derecho internacional.⁴⁴ Dichas sentencias tienen alcances que van mucho más allá que la simple resolución de un litigio particular.⁴⁵ A través de su práctica, ambos tribunales desarrollan el derecho internacional en un sentido que condiciona, restringe y limita el actuar de dichos actores en el plano internacional.

No obstante, como lo demuestra el caso de Ucrania ante la CPI y la CIJ, uno de los retos de la impartición de la justicia por parte de estos órganos judiciales internacional concierne su incapacidad de controlar la legalidad de los actos de actores políticamente poderosos y/o de sus nacionales en casos que conciernen el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Estos casos merman, de manera muy patente, la eficacia de las resoluciones de ambas jurisdicciones internacionales.

La eficacia de las resoluciones de los tribunales internacionales es fundamental para el respeto del estado de derecho interna-

⁴⁴ BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal*, vol. 12, 2010, p. 980.

⁴⁵ *Idem.*

cional y para la credibilidad y legitimidad de los foros judiciales internacionales.⁴⁶ La incapacidad de la CPI y de la CIJ de resolver el conflicto armado internacional que opone Rusia a Ucrania es entendible políticamente, pero no deja de ser inaceptable desde la perspectiva jurídica. Se espera una reforma profunda del diseño jurídico-institucional y del funcionamiento de ambas jurisdicciones respecto a casos que impliquen el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

⁴⁶ BALUARTE, David and DE Vos, Christian, *Open Society Justice Initiative, From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, consultado en: <http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/international_justice/articles_publications/publications/from-judgment-to-justice20101122>.

