

La intervención de los tribunales internacionales en tiempo de conflicto armado: la doble dualidad de responsabilidad en los casos entre la Federación Rusa y Ucrania

*Natalia M. Luterstein**

Resumen

El conflicto armado internacional que escaló el 24 de febrero de 2022 con el ataque de la Federación Rusa a Ucrania ha servido de plataforma fáctica en una serie de casos iniciados ante diversas jurisdicciones internacionales con competencia personal tanto sobre Estados como sobre individuos. A la fecha han intervenido la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

En este trabajo se examina el alcance de la actuación de los tribunales internacionales con el objetivo de demostrar de qué manera una misma controversia puede ser “desagregada” y llevada ante diferentes jurisdicciones que aplican regímenes de responsabilidad diferentes. ¿Puede la situación de Ucrania servir de caso de estudio para evaluar la dualidad de responsabilidades en derecho internacional? ¿Cuál es el rol de las jurisdicciones en la determinación de las conductas ilícitas que tienen lugar durante situaciones de hostilidad armada?

* Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA, LL.M. en Derecho Internacional Público por The London School of Economics and Political Sciences, Doctoranda en Derecho (UBA), Coordinadora de Investigación del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho, UBA, nluterstein@derecho.uba.ar.

Agradezco las lecturas y comentarios de Emiliano J. Buis y de Ezequiel Heffes.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dualidad de responsabilidades, Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, crimen de agresión, medidas provisionales.

The Engagement of International Tribunals in Times of Armed Conflict: the Double Dual Responsibility in the Disputes Between the Russian Federation and Ukraine

Abstract

The international armed conflict which escalated on 24 February 2022 with the attack by the Russian Federation on Ukrainian territory has served as a factual platform in a series of cases brought before different international tribunals with personal jurisdiction over States as well as individuals. To date, the International Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the International Criminal Court have been involved in such cases.

This short paper examines the scope of the intervention of these international tribunals in order to show the way in which one dispute might be “disaggregated” and brought before various jurisdictions applying different responsibility regimes. Can the Ukrainian situation serve as a case study to examine the notion of duality of responsibilities in international law? Which is the role of the international tribunals in the determination of illegal conduct committed during armed hostilities?

Key words: International Court of Justice, International Criminal Court, European Court of Human Rights, Duality of Responsibilities, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Crime of Aggression, Provisional Measures.

I. La doble dualidad de responsabilidades

La existencia de diversos tribunales con competencias similares permite pensar en la posibilidad de que estos deban entender en casos en los que se superpone, en todo o en parte, la base fáctica, generando una situación en la que elementos de una misma disputa se dividen y son examinados desde

perspectivas diferentes que dependen de la jurisdicción y competencias de cada tribunal.

En el conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania en el que se encuentran interviniendo tribunales que aplican diferentes normas secundarias podría configurarse un supuesto de dualidad de responsabilidades, es decir, la existencia de un hecho internacionalmente ilícito (atribuible a un Estado) y un crimen internacional (imputable a un individuo) que surgen de los mismos sucesos. Se trata de una noción desarrollada por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ") en su sentencia del caso de la Aplicación de la Convención contra el Genocidio de 2007,¹ que también ha sido denominada como una "responsabilidad bifurcada",² "tipos mellizos" de responsabilidad³ o un régimen de responsabilidad dual.⁴

Por otro lado, se puede pensar en otro tipo de dualidad al interior de la responsabilidad estatal, puesto que las conductas de un mismo Estado pueden ser analizadas por dos tribunales internacionales con competencia material diferente. Aquí, la dualidad de responsabilidades no se configura a través de la aplicación de dos regímenes de responsabilidad de sujetos diferentes, sino por la aplicación de un mismo régimen de responsabilidad con relación a la violación de normas primarias distintas, siempre sobre la base de la misma plataforma fáctica.

A. La dualidad de responsabilidad racione personae

Actualmente, tanto la CIJ como la Corte Penal Internacional (en adelante, "CPI") se encuentran examinando las violaciones al derecho internacional

1. CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007*, p. 43, párr. 163.

2. L. May, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, y R. J. Hamilton, "State-Enabled Crimes", *Yale Journal of International Law*, 2016, Vol. 41, pp. 301- 346.

3. L. Fletcher, "A wolf in sheep's clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes", en *Fordham International Law Journal*, 2016, Vol. 39, p. 453.

4. B. I. Bonafé, *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

cometidas en el conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania. Ello podría resultar en la determinación de la responsabilidad del Estado ruso y de individuos cuya conducta le sea atribuible por la afectación de la misma norma primaria. Sin embargo, las limitaciones jurisdiccionales de ambos tribunales podrían constituir un obstáculo para que se configure un supuesto de dualidad de responsabilidades, tanto en relación con el crimen de genocidio como con el ámbito del *ius ad bellum* y el crimen de agresión.

1. *El crimen de genocidio*

El asunto que sometió Ucrania a la CIJ el 26 de febrero de 2022 contra la Federación Rusa se basó en la violación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.⁵ Se trata del cuarto caso contencioso en el que la Corte debe examinar la responsabilidad de un Estado por la violación de la Convención contra el Genocidio.⁶

5. UN Treaty Series, vol. 78, p. 277, 9 de diciembre de 1948, e.v. 12 de enero de 1951.

6. El 26 de febrero de 2007, la CIJ dictó su sentencia en la controversia entre Bosnia Herzegovina contra Serbia (*I.C.J. Reports 2007*, p. 43) y el 3 de febrero de 2015, la sentencia en la controversia entre Croacia y Serbia (*I.C.J. Reports 2015*, p. 3). Actualmente, se encuentra en trámite la acción incoada por Gambia contra Myanmar el 11 de noviembre de 2019. El 23 de enero de 2020 la Corte dictó una orden de medidas provisionales y, a la fecha, las partes ya han presentado sus memoriales sobre las excepciones preliminares. Cabe señalar que, con anterioridad a dichos casos, se había invocado la Convención contra el Genocidio ante la Corte, pero en ninguno de esos asuntos se ingresó en el análisis del fondo. En 1973, Pakistán había demandado a la India ante la Corte sobre la base del artículo IX de la Convención contra el Genocidio argumentando que la transferencia de población hacia Bangladesh constituía una violación a la Convención, así como la intención de Bangladesh de enjuiciar a dichas personas por la comisión de genocidio, debido a que, sobre la base del artículo VI, solamente Pakistán tenía, en todo caso, el derecho de ejercer su jurisdicción. Sin embargo, el asunto fue resuelto antes de que la Corte entendiera sobre el fondo. Asimismo, en 1999, la entonces República Federal de Yugoslavia inició un procedimiento ante la CIJ contra cada uno de los Estados miembros de la OTAN argumentando una violación a la prohibición del uso de fuerza por el bombardeo a Kosovo que había tenido lugar en marzo de ese año. Entre las bases jurisdiccionales, invocó el artículo IX de la Convención contra el Genocidio. Las medidas provisionales solicitadas fueron rechazadas en junio de 1999 y la solicitud principal fue finalmente desestimada en 2004 porque la Corte consideró que en 1999 Serbia y Montenegro no eran Estados miembros de las Naciones Unidas y, por lo tanto, tampoco partes en su

Sin embargo, la solicitud de Ucrania presenta algunos aspectos novedosos para la Corte, pues el planteo no requiere que decida si se ha cometido genocidio (como ocurrió en los casos relativos a la ex Yugoslavia y en el caso aún bajo análisis contra Myanmar), sino que, por el contrario, Ucrania ha requerido que la Corte declare que este Estado no es responsable por la comisión del crimen. En consecuencia, el segundo planteo sostiene que la Federación Rusa había alegado falsamente la comisión de actos de genocidio por parte de Ucrania en Lugansk y Donetsk a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio.⁷ Sostuvo que ello configuraba una violación de la Convención contra el Genocidio, pues se trataba de una aplicación abusiva y de mala fe de las obligaciones previstas en el artículo I.⁸ Así, justificó la jurisdicción de la Corte en que se había configurado una controversia relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, que ambos Estados habían ratificado, de conformidad con la cláusula compromisoria prevista en el artículo IX.⁹

Estatuto. Finalmente, el asunto incoado en 2002 por la República Democrática del Congo contra Ruanda incluía alegaciones relacionadas con la violación de la Convención contra el Genocidio, pero fue rechazado en la etapa de las excepciones preliminares.

7. En su Solicitud, Ucrania citó una serie de frases de Vladimir Putin y de otros funcionarios de la Federación Rusa que afirmaban que Ucrania había cometido actos de genocidio en las provincias (*oblasts*) de Lugansk y Donetsk para justificar sus operaciones militares. Cf. Ucrania, *Application Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022, párr. 8. En adelante “Solicitud de Ucrania”. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf> (último acceso: 22/05/2022).

8. Solicitud de Ucrania, párrs. 26-27. El artículo I de la Convención establece: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.

9. El artículo IX de la Convención contra el Genocidio dispone que “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”. La Federación Rusa (entonces la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) ratificó la Convención el 3 de mayo de 1954, mientras que Ucrania lo hizo el 15

De todas maneras, cabe observar que, en su Solicitud, Ucrania señaló que las falsas alegaciones rusas resultaban más ofensivas e irónicas por el hecho de que parecía que era este Estado quien estaba planificando actos de genocidio en Ucrania en virtud de las matanzas y serias lesiones infligidas a miembros de nacionalidad ucraniana, y que estos actos, vistos de manera conjunta con las declaraciones del presidente Putin, sugerían una intención genocida.¹⁰

Esto quiere decir que, en la hipótesis de que la CIJ ingrese en el análisis del fondo de la Solicitud, salvo que en sus futuras presentaciones Ucrania incluya una petición concreta en ese sentido, en principio no examinaría la responsabilidad de la Federación Rusa por la comisión del genocidio, sino por un ejercicio de las obligaciones de prevenir y sancionar dicho crimen contrario al derecho internacional.¹¹

Por otro lado, la Oficina del Fiscal de la CPI se encuentra investigando la comisión de crímenes de competencia de la Corte en el territorio de Ucrania. Este Estado no ha ratificado el Estatuto de Roma, sino que en 2014 y 2015 depositó dos declaraciones de conformidad con el artículo 12.3 de dicho instrumento, que permite que los Estados que no sean partes del Estatuto consientan la competencia de la Corte de modo específico o *ad hoc* con respecto a los crímenes del artículo 5.¹²

de noviembre de ese mismo año. Cf. *United Nations Treaty Collection*. Disponible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en#EndDec (último acceso: 22/05/2022).

10. Solicitud de Ucrania, párr. 24.

11. El contenido y alcance de la obligación de prevenir el genocidio fueron delineados por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 2007 en donde indicó que, a fin de cumplir con dicha obligación el Estado solo puede actuar dentro de los límites del derecho internacional. Cf. CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), cit., párr. 430.

12. El artículo 12 del Estatuto de Roma dispone: “Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”. En la primera declaración presentada por el gobierno de Ucrania, se aceptó la jurisdicción de la CPI con respecto a los presuntos crímenes cometidos en territorio ucraniano desde el 21

El examen preliminar de la Fiscalía relativo a la situación de Ucrania había sido concluido en diciembre de 2020, antes del comienzo del conflicto armado actual, y versaba sobre los eventos vinculados al conflicto relativo a Crimea y a Ucrania oriental de 2013-2014. En dicho informe, la Fiscalía sostuvo que existían bases razonables para creer que, desde el 26 de febrero de 2014 en adelante, en el período previo y/o en el contexto de la ocupación de Crimea, se habían cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, el Informe señalaba que, a la luz de la capacidad operacional de la Fiscalía, se consultaría con el nuevo Fiscal (que sería elegido en 2021) sobre cuestiones estratégicas y operacionales relativas a la priorización del trabajo de la Fiscalía.¹³

No obstante, frente a la nueva situación causada por el conflicto armado que se inició el 24 de febrero de 2022, el nuevo Fiscal, Karim A. A. Khan, anunció el 28 de ese mes que su Oficina había decidido proceder con la apertura de la investigación formal de la situación de Ucrania, incluyendo la investigación de nuevos crímenes que se hubieran cometido o se estuvieran cometiendo en el territorio de Ucrania. De conformidad con el artículo 15, el Fiscal anunció que solicitaría a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte la autorización para abrir la investigación.¹⁴

de noviembre de 2013 hasta el 22 de febrero de 2014. A través de la segunda declaración, se amplió este período de tiempo de forma abierta para abarcar los presuntos crímenes en curso cometidos en todo el territorio de Ucrania a partir del 20 de febrero de 2014.

13. Oficina de la Fiscalía de la CPI, “Report on Preliminary Examinations Activities 2020”, pp. 68-72. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf> (último acceso: 22/05/2022).

14. Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation”, de fecha 28/08/2022. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> (último acceso: 22/05/2022). El Estatuto no es muy claro en cuanto al procedimiento a seguir en esos casos para la apertura de la investigación, pero la práctica de la Corte ha aplicado el artículo 15, es decir, ha tratado estas investigaciones como iniciadas por la Fiscalía por iniciativa propia, ya que, claramente no ha mediado una remisión de un Estado parte (el Estado que realiza la declaración del artículo 12.3 no adquiere la calidad de parte en el tratado) ni tampoco del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ver, por ejemplo, CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an

El 1 de marzo de 2022, la Fiscalía recibió una remisión de la República de Lituania y, al día siguiente, un grupo coordinado de Estados Partes presentó una remisión conjunta.¹⁵ En consecuencia, el 2 de marzo de 2022, el Fiscal comunicó que había procedido a abrir una investigación de la situación en Ucrania sobre la base de las remisiones recibidas, sin necesidad de solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares, de acuerdo con los artículos 13.a) y 14 del Estatuto.

Si bien a la fecha no se cuenta con información acerca de los crímenes concretos bajo investigación, de acuerdo con los parámetros jurisdiccionales generales conferidos a través de estas remisiones, el alcance de la situación abarca posibles crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos en cualquier parte del territorio de Ucrania por cualquier persona a partir del 21 de noviembre de 2013.

Debido a que la jurisdicción de la CIJ se encuentra delimitada por la Convención contra el Genocidio y no puede incluir otros crímenes, la única forma para que se configure una dualidad de responsabilidades *ratione personae* sería que la CPI incluyera cargos por la comisión de dicho crimen contra personas cuya conducta pudiera ser atribuida a la Federación Rusa de acuerdo a las normas de derecho internacional.¹⁶ Sin embargo, como fuera

Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", 15 de noviembre de 2011, ICC-02/11-14-Corr.

15. El grupo incluyó a República de Albania, Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica, Hungría, República de Islandia, Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República de Portugal, Rumania, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. A ese primer grupo de Estados se unieron luego Japón y Macedonia del Norte el 11 de marzo, Montenegro el 21 de ese mes y Chile el 1 de abril. Información sobre la "Situación en Ucrania 01/22", disponible en <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (último acceso: 22/05/2022).

16. Cf. Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

señalado, la solicitud que Ucrania presentó ante la CIJ no plantea que la Federación Rusa es responsable por la comisión de genocidio, sino por un abuso o aplicación de mala fe de su deber de prevenir y sancionar dicho crimen.

2. Crimen de agresión

El hecho de que Ucrania alegue que la operación militar especial desplegada por la Federación Rusa es una aplicación ilegal del deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio crea un vínculo entre el asunto incoado ante la CIJ y el *ius ad bellum*. Este planteo podría relacionarse con el crimen de agresión en materia de responsabilidad del individuo y, de esta forma, generar un supuesto de dualidad de responsabilidades *ratione personae*. Sin embargo, el alcance de la jurisdicción de ambos tribunales configura un obstáculo para que ello ocurra.

En primer lugar, la CIJ ha expresado su preocupación por el uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa en Ucrania –que consideró que daba lugar a cuestiones graves de derecho internacional– y recordó los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y su propia responsabilidad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y de la resolución pacífica de controversias, subrayando que todos los Estados deben actuar de conformidad con la Carta y otras normas de derecho internacional, incluyendo el derecho internacional consuetudinario.¹⁷ Sin embargo, admitió que el caso presentado por Ucrania tenía un alcance más limitado restringido a la Convención contra el Genocidio.¹⁸ Por lo tanto, la base jurisdiccional sobre la que se encuentra interviniendo la CIJ impide que este tribunal ingrese en el análisis de la conducta de la Federación Rusa a la luz del *ius ad bellum*.

17. CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 28. En adelante “Orden de 23 de marzo de 2022”. Uno de los jueces señaló que, si bien no estaba convencido de que la Convención contra el Genocidio había sido concebida para permitir que los Estados discutan cuestiones relativas al uso de fuerza, se sintió compelido a votar a favor de las medidas provisionales en razón del sufrimiento terrible que estaba siendo infligido en el pueblo ucraniano para unirse a la Corte en su pedido para que finalizara la guerra. Cf. Declaración del juez Bennouna, párrs. 1-2.

18. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 19.

En segundo lugar, a pesar de que las declaraciones de Ucrania del artículo 12.3 del Estatuto de la CPI involucran a todos los crímenes de su competencia,¹⁹ la investigación en curso de la Fiscalía no podrá versar sobre el crimen de agresión debido a que el artículo 15bis, que regula el ejercicio de la competencia de la Corte sobre este crimen en caso de remisión de Estados partes o de inicio *proprio motu* de la investigación por parte del Fiscal, dispone en su 3er párrafo que “[r]especto 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”.

Ello quiere decir que, a diferencia de los otros crímenes de competencia de la Corte, para que el tribunal pueda ejercer su competencia, se requiere que el crimen haya sido cometido tanto en el territorio de un Estado parte como por nacionales de un Estado parte, lo que implica que no alcanza con que se configure el criterio del territorio o el de la nacionalidad activa de manera alternativa, sino que se deben dar de forma conjunta. Como la Federación Rusa no es un Estado parte ni tampoco realizó una declaración de conformidad con el artículo 12.3, no se encuentran cumplidos los elementos para que la Fiscalía incluya en su investigación el crimen de agresión.²⁰ A ello cabe agregar que

19. Cf. Regla 44.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

20. Se han sugerido diferentes propuestas para llevar adelante un enjuiciamiento por el crimen de agresión. Por ejemplo, en marzo de 2022, un grupo de académicos/as y políticos/as firmaron una Declaración para la creación de un Tribunal Especial para el Castigo del Crimen de Agresión contra Ucrania. Allí se propuso la creación de un tribunal especial sobre la base de los mismos principios que guiaron a los Aliados durante la Segunda Guerra Mundial que llevaron a la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Cf. “Statement calling for the creation of a special tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine”. Disponible en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf> (último acceso: 23/5/2022). Asimismo, se ha propuesto un tribunal *ad hoc* creado por un acuerdo entre las Naciones Unidas y Ucrania por recomendación de la Asamblea General. Cf. A. Komarov y O. Hathaway, “The best path for accountability for the crime of aggression under Ukrainian and International Law”, en *Just Security*, 11 de abril de 2022. Disponible en <https://www.justsecurity.org/81063/the-best-path-for-accountability-for-the-crime-of-aggression-under-ukrainian-and-international-law/> (último acceso: 23/05/2022); o un tribunal híbrido establecido como parte del sistema judicial de Ucrania, con el apoyo del Consejo de Europa. Cf. K. J. Heller, “The best option: An Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression”, en *Opinio Juris*, 16 de marzo de

ambos Estados deberían haber ratificado la enmienda que incluyó el crimen de agresión, adoptada en 2010 y que entró en vigor en 2017.²¹

B. La dualidad de responsabilidad racione materiae

Ucrania ha solicitado el dictado de medidas provisionales relacionadas con el conflicto armado ante dos jurisdicciones internacionales con competencia personal sobre Estados, pero con diferente competencia material, es decir que se aplican normas primarias diferentes ante cada una de ellas, pero en ambos casos se trata de la responsabilidad del Estado. Como fue explicado en el apartado anterior, ante la CIJ, Ucrania invocó la Convención contra el Genocidio y, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.²²

Las medidas provisionales son utilizadas frecuentemente en los litigios relacionados con una situación de conflicto armado, puesto que ofrecen una

2022. Disponible en <https://opiniojuris.org/2022/03/16/the-best-option-an-extraordinary-ukrainian-chamber-for-aggression/> (último acceso: 23/05/2022).

21. En su reunión de diciembre de 2017, la Asamblea de Estados Partes activó la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018 (Resolución ICC-ASP/16/Res.5), una vez cumplidos los requisitos establecidos por el proceso de entrada en vigor de la enmienda “agravado” adoptado en 2010, por el cual se adicionaron elementos a lo dispuesto por el artículo 121.5 del Estatuto. Además de que la enmienda entraría en vigor solamente respecto de los Estados que la ratificasen y un año después de su ratificación, ello ocurriría con relación a los “crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes” y “a condición de que se adopte una decisión después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”.

22. El caso ante el TEDH se vincula solamente con el pedido de medidas provisionales. La Federación Rusa fue expulsada del Consejo de Europa el 16 de marzo, quien resolvió que, desde el 16 de septiembre de 2022, ya no sería considerada como Estado parte de la Convención. Sin embargo, los hechos cometidos con anterioridad a dicha fecha podrán ser analizados por el TEDH. Al respecto, ver J. Crawford, “Ukraine vs. Russia: What the European Court of Human Rights can (and can’t) do?”, en *Justice Info.Net*, 7 de abril de 2022. Disponible en <https://www.justiceinfo.net/en/90187-ukraine-russia-european-court-of-human-rights-can-do.html#:~:text=The%20European%20Court%20of%20Human%20Rights%20was%20the,whose%20auspices%20the%20ECHR%20works%20%E2%80%93%20expelled%20Russia> (último acceso: 23/05/2022).

intervención rápida del tribunal, ya que el dictado de la sentencia relativa al fondo del caso puede tardar varios años.²³

1. Las medidas provisionales dictadas por la Corte Internacional de Justicia

Frente al pedido de medidas provisionales, la CIJ actuó de forma expedita. El 7 de marzo de 2022 se celebró una audiencia para que las partes presentaran sus observaciones orales a la que la Federación Rusa no asistió. Sin embargo, presentó un escrito en el que cuestionó la jurisdicción de la Corte señalando que la Convención contra el Genocidio no regula el uso de la fuerza entre Estados ni el reconocimiento de los Estados y afirmando que la operación militar especial rusa se fundamentaba en la legítima defensa del pueblo ruso y de las Repúblicas Populares del Donbass que habían solicitado su asistencia. Agregó que una referencia al crimen de genocidio no equivale a la invocación de la Convención o a la existencia de una controversia porque la noción de genocidio existe en el derecho internacional consuetudinario y en los derechos internos de Ucrania y la Federación Rusa independientemente de la Convención.²⁴

Tan solo 20 días después de la acción incoada por Ucrania, el 16 de marzo de 2022, la CIJ publicó una orden por la que hizo lugar a las medidas provisionales requeridas.²⁵ De acuerdo con el pedido, ordenó que la Federación Rusa suspendiera las operaciones militares hasta el dictado de la sentencia de fondo y que asegurara que cualquier unidad armada militar o irregular que sea dirigida y apoyada por dicho Estado o cualquier organización o personas que estén sujetos a su control, dirección o influencia no

23. En el caso de Bosnia Herzegovina contra Serbia y Montenegro, la solicitud que dio inicio a los procedimientos fue presentada en 1993 y la sentencia fue dictada 14 años después, en 2007. En el caso de Croacia contra Serbia, la solicitud fue interpuesta en 1999 y la sentencia de la Corte dictada en 2015.

24. Federación Rusa, *Document (with annexes) from the Russian Federation setting its position regarding the alleged "lack of jurisdiction" of the Court in the case*, 7 de marzo de 2022, párrs. 12, 15 y 20. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf> (último acceso: 23/05/2022).

25. Cf. Acta de la audiencia disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-ORA-01-00-BI.pdf> (último acceso: 23/05/2022).

tomase acciones para promover dichas operaciones.²⁶ Asimismo, indicó una medida provisional adicional requiriendo que ambas partes en la disputa aseguraran que la controversia no se agravara.²⁷

Se trata de una orden interesante ya que las medidas no mencionan expresamente el crimen de genocidio, sino que se refieren a la operación militar de manera general. Ello se debe al hecho de que, como fuera explicado, el planteo de Ucrania es un planteo invertido en el sentido de que, a diferencia de casos anteriores, no se solicita que la Federación Rusa se abstenga de cometer el crimen, sino que se declare que Ucrania no ha cometido actos de genocidio.²⁸ Al constituir la base de su jurisdicción, la CIJ analizó los requisitos de las medidas provisionales a la luz de la Convención de 1948.

En primer lugar, consideró que la prueba presentada demostraba que las declaraciones hechas por las partes se refirieron al objeto de la Convención contra el Genocidio de forma suficientemente clara para generar una controversia, permitir que Ucrania invocara el artículo IX²⁹ y establecer la jurisdicción *prima facie* de la Corte. Al respecto, señaló que no era necesario que los Estados se refirieran a algún tratado específico en sus intercambios para poder invocar su cláusula compromisoria, sino que debían aludir con suficiente claridad al tema regulado en el tratado. En este sentido, entendió que las declaraciones indicaban una divergencia de posiciones relativas a si ciertos actos cometidos por Ucrania en las regiones de Lugansk y Donetsk podían ser considerados como genocidio en violación de las obligaciones de

26. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 81.

27. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 82.

28. A modo de ejemplo, cabe recordar que en la controversia entre Bosnia Herzegovina y Serbia y Montenegro, la Corte ordenó como medida provisional que el gobierno de Serbia y Montenegro tomara todas las medidas en su poder para prevenir el genocidio, que garantizara que ninguna unidad militar o paramilitar, o unidades armadas irregulares que pudiera dirigir o apoyar, así como otras organizaciones o personas bajo su control, dirección o influencia, no cometieran actos de genocidio de los artículos II y III de la Convención, y que no tomara ninguna acción y asegurara que no se tomaría ninguna acción que pudiera agravar la disputa relativa a la prevención y sanción del crimen o que dificultara su solución. Cf. CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Orden de 8 de abril de 1993.

29. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 44.

la Convención de 1948, así como si el uso de fuerza de la Federación Rusa para el invocado propósito de prevenir y castigar el genocidio alegado era una medida que podía ser tomada para cumplir con las obligaciones de prevenir y sancionar el crimen contenidas en el artículo I de la Convención.³⁰

En segundo lugar, sostuvo que Ucrania tenía un derecho plausible a no ser sometido a operaciones militares para prevenir o sancionar un supuesto genocidio en su territorio³¹ y que las dos primeras medidas provisionales solicitadas se vinculaban con la preservación de dicho derecho.³² En ese sentido, observó que la prueba presentada en el caso no sostenía las alegaciones de la Federación Rusa respecto de la comisión de genocidio en territorio ucraniano y que resultaba dudoso que, a la luz del objeto y fin de la Convención, este tratado autorizara el uso de fuerza unilateral en el territorio de otro Estado para prevenir o sancionar un supuesto genocidio.³³

En tercer lugar, la Corte consideró que el derecho de Ucrania era de naturaleza tal que un perjuicio a este era capaz de causar un daño irreparable de pérdidas de vida, daños mentales o físicos y a la propiedad y medio ambiente.³⁴ Agregó que la población civil afectada por el conflicto es extremadamente vulnerable y que los ataques habían generado un gran daño material y creado condiciones de vida cada vez más difíciles.³⁵ En consecuencia, consideró cumplido el requisito del riesgo real e inminente de un daño irreparable.³⁶

El caso continuará con las discusiones sobre las excepciones preliminares y, eventualmente, sobre el fondo. A tal fin, la Corte ha ordenado que Ucrania deberá presentar su memorial el 23 de septiembre de 2022, mientras que la Federación Rusa deberá hacerlo el 23 de marzo de 2023.³⁷

30. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 45.

31. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 60.

32. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 62.

33. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 59.

34. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 74.

35. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 75.

36. Orden de 16 de marzo de 2022, párr. 77.

37. CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 23 de marzo de 2022. No obstante, Ucrania realizó su presentación varios meses antes del vencimiento,

2. Las medidas provisionales dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ucrania acudió también a una jurisdicción internacional de protección de derechos humanos para solicitar medidas provisionales con relación al conflicto armado en virtud de “las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por las tropas rusas en el curso de la agresión militar contra la soberanía territorial de Ucrania”.³⁸

El 1 de marzo de 2022, el TEDH hizo lugar al pedido considerando que existía un riesgo real y continuado de violaciones graves al derecho a la vida, a la prohibición de la tortura y tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y al derecho al respecto a la privacidad y a la vida familiar. En consecuencia, solicitó al gobierno de la Federación Rusa que se abstuviera de llevar a cabo ataques militares contra civiles y bienes civiles, incluyendo residencias, vehículos de emergencia y otros objetos civiles especialmente protegidos, como escuelas y hospitales, y que garantice inmediatamente la seguridad de los establecimientos médicos, su personal y vehículos de emergencia dentro del territorio bajo ataque o sitio de las tropas rusas.³⁹

El 4 de marzo, el Tribunal amplió el alcance de dichas medidas para cubrir la situación de diversas personas individuales que habían solicitado medidas provisionales y que se encontraban en refugios por temor a los

el 1 de julio de 2022. Cf. *Statement of the MFA of Ukraine on the Filing of its Memorial in the Case against the Russian Federation in the International Court of Justice under the Genocide Convention*, disponible en <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-podachi-memorandumu-u-spravi-proti-rosijskoyi-federaciyi-v-mizhnarodnomu-sudi-oon-za-konvenciyeyu-pro-zapobigannya-zlochynu-genocidu-ta-pokarannya-za-nogo> (último acceso: 5/07/2022). El 24 de mayo, un grupo de Estados junto con la Unión Europea emitieron un comunicado en el que celebran la orden de medidas provisionales dictada por la CIJ y manifiestan su intención de explorar las opciones existentes para apoyar a Ucrania en el caso ante dicho Tribunal y de considerar la posibilidad de intervenir en los procedimientos. Cf. *Joint statement on Ukraine's application against Russia at the International Court of Justice*, disponible en <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/-/2532254> (último acceso: 24/05/2022).

38. Solicitud N°11055/22, Ucrania vs. Federación Rusa (X), resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 068 (2022), 01.03.2022.

39. *Idem*.

bombarddeos y disparos, sin acceso o con un acceso limitado a comida, atención de salud, agua, higiene, electricidad y otros servicios esenciales para su supervivencia, que necesitaban asistencia humanitaria y evacuación segura.⁴⁰ Así, el Tribunal tomó una medida provisional pedida por un Estado, es decir, en un procedimiento interestatal, y la extendió para ser aplicada en la situación de nacionales de ese Estado.⁴¹

El 1 de abril, a pedido del gobierno de Ucrania, el TEDH extendió las medidas provisionales indicándole a la Federación Rusa que las rutas de evacuación debían permitir que la población civil busque refugio en regiones más seguras.⁴²

El TEDH ya había dictado medidas provisionales en el contexto de un conflicto armado, como por ejemplo en 2008, relativo al conflicto entre Georgia y la Federación Rusa (solicitud N°38263/08), en 2014, relacionado con el conflicto entre Ucrania y Rusia respecto de Crimea (solicitud N°20958/14) y en 2020, relativo al conflicto armado entre Armenia y Azerbaiyán (solicitud N°42521/20). En esos casos, a diferencia del conflicto armado actual, el Tribunal había solicitado a ambas partes del conflicto que aseguraran el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención Europea (al igual que lo hizo la CIJ al requerir a ambas partes en la disputa que aseguren que la controversia no se agravara), mientras que, en las

40. Solicitud resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 073 (2022), 04.03.2022

41. Si bien no se relaciona directamente con la conducción de hostilidades, cabe mencionar que el 10 de marzo de 2022, una sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó medidas provisionales solicitadas por dos compañías rusas, el diario ANO RID Novaya Gazeta y el canal de televisión OOO Telekanal Dozhd, y por el editor del diario, Dmitriy Andreyevich Muratov, y la dueña del canal de televisión, Natalya Vladimirovna Sindeyeva, relativas a las interferencias en su cobertura del conflicto armado sufridas por ambos medios de comunicación, como por ejemplo, el bloqueo de información y de materiales con opiniones diferentes al punto de vista de las autoridades rusas, ya que ello les causaba un daño irreparable a su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal indicó al gobierno ruso que se abstuviera de cualquier acción o decisión que tenga por fin el bloqueo y la terminación de las actividades de Novaya Gazeta. Ver Solicitud N° 11884/22. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 084 (2022), 10.03.2022.

42. Solicitud, N°11055/22, Ucrania vs. Federación Rusa (X). Ampliación de medidas provisionales. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 116 (2022), 01.04.2022.

solicitudes de Ucrania, las medidas del TEDH fueron destinadas solamente a la Federación Rusa.

II. Conclusiones

El conflicto armado que escaló con el ataque de la Federación Rusa el 24 de febrero de 2022⁴³ ha sido llevado ante distintas jurisdicciones internacionales como parte de una clara estrategia jurídica de Ucrania. Así, el medio jurisdiccional de resolución pacífica de controversias se encuentra funcionando de manera paralela al desarrollo de las hostilidades que, a la fecha de cierre de este trabajo, no han cesado.

La desagregación de la disputa entre la Federación Rusa y Ucrania permite analizar la posibilidad de una doble dualidad de responsabilidades, tanto respecto de diferentes sujetos como de la aplicación de distintas normas de fondo.

Con relación al primer supuesto, que en este trabajo se denominó dualidad de responsabilidades *ratione personae*, las limitaciones jurisdiccionales de los tribunales intervinientes obstaculizan la determinación de la responsabilidad del Estado y de individuos por los hechos internacionalmente ilícitos y crímenes internacionales del genocidio y de agresión.

Con respecto al segundo supuesto, la dualidad de responsabilidades *ratione materiae*, tampoco sería posible pensar en la determinación de la responsabilidad de la Federación Rusa en tanto Estado por la violación de la Convención contra el Genocidio en virtud del planteo de Ucrania ante la CIJ ni por la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que el TEDH solamente ha intervenido en una instancia cautelar. De todos modos, cabe observar que las medidas provisionales ordenadas en ambas jurisdicciones no han sido cumplidas, lo que, en sí mismo, es una violación del derecho internacional.

En el contexto de un conflicto armado, Ucrania ha recurrido a la jurisdicción internacional con el fin de buscar otras formas de presionar a la Federación Rusa y de establecer su posición ante la comunidad internacional. El abanico de posibilidades que ofrece el ordenamiento internacional

43. Con relación a la clasificación del conflicto armado y el debate sobre su inicio, ver Heffes en este volumen.

implica la existencia de una doble dualidad de responsabilidades y amplía de esta forma las herramientas jurídicas con las que cuentan los Estados.

Bibliografía

Doctrina

- Bonafé, B. I., *The relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Crawford, J., “Ukraine vs. Russia: What the European Court of Human Rights can (and can’t) do?”, en *Justice Info.Net*, 7 de abril de 2022.
- Fletcher, L., “A wolf in sheep’s clothing? Transitional justice and the effacement of State accountability for international crimes”, en *Fordham International Law Journal*, 2016, Vol. 39, pp. 447-531.
- Hamilton, R. J., “State-Enabled Crimes”, *Yale Journal of International Law*, 2016, Vol. 41, pp. 301-346.
- Heller, K. J., “The best option: An Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression”, en *Opinio Juris*, 16 de marzo de 2022.
- Komarov, A. y Hathaway, O., “The best path for accountability for the crime of aggression under Ukrainian and International Law”, en *Just Security*, 11 de abril de 2022.
- May, L., *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

Jurisprudencia

- CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Orden de 8 de abril de 1993.
- CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de 26 de febrero de 2007. *ICJ Reports 2007*, p. 43.
- CIJ, *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de 3 de febrero de 2015. *ICJ Reports 2015*, p. 3.

- CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 16 de marzo de 2022.
- CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ucrania vs. Federación Rusa), Orden de 23 de marzo de 2022.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”, 15 de noviembre de 2011, ICC-02/11-14-Corr.
- TEDH, Solicitud N°11055/22, *Ucrania vs. Federación Rusa (X)*, resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de marzo de 2022.
- TEDH, Solicitud resuelta por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2022.
- TEDH, Solicitud N°11884/22, 10 de marzo de 2022.
- TEDH, Solicitud N°11055/22, *Ucrania vs. Federación Rusa (X)*. Ampliación de medidas provisionales, 1 de abril de 2022.

Tratados internacionales

- Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, UN Treaty Series, vol. 78, p. 277, 9 de diciembre de 1948, e.v. 12 de enero de 1951.

Otros documentos internacionales

- Albania, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Canada, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Estados de Micronesia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Islas Marshall, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia y Unión Europea, *Joint statement on Ukraine’s application against Russia at the International Court of Justice*, 24 de mayo de 2022. Disponible en

- <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/-/2532254>
Federación Rusa, Document (with annexes) from the Russian Federation setting its position regarding the alleged “lack of jurisdiction” of the Court in the case, 7 de marzo de 2022. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf>
- Oficina de la Fiscalía de la CPI, “Report on Preliminary Examinations Activities 2020”. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>
- Oficina de la Fiscalía de la CPI Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation”, de fecha 28/08/2022. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>
- Statement calling for the creation of a special tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine. Disponible en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>
- Ucrania, *Application Instituting Proceedings*, 26 de febrero de 2022. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>
- Ucrania, *Statement of the MFA of Ukraine on the Filing of its Memorial in the Case against the Russian Federation in the International Court of Justice under the Genocide Convention*, 1 de julio de 2022, disponible en <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-podachi-memorandumu-u-spravi-proti-rosijskoyi-federaciyi-v-mizhnarodnomu-sudi-oon-za-konvenciyeyu-pro-zapobigannya-zlochynu-genocidu-ta-pokarannya-za-nogo>