

THINK LAB PENAL de BUFETE TRALLERO

4ª SESIÓN: 23 DE NOVIEMBRE DE 2023

“PERSPECTIVAS SOBRE LAS GUERRAS DE UCRANIA E ISRAEL”

Participantes (por orden alfabético)

- **Ana Garrocho Salcedo**, Profesora de Derecho Penal de la UC3M
- **Carlos Gómez Arruche**, Teniente General del Ejército del Aire y del Espacio
- **Manuel Ollé Sesé**, Profesor de Derecho Penal Internacional de la UCM y abogado
- **Fernando Pignatelli y Meca**, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo
- **Alfonso Trallero Masó**, Socio Director de Trallero Boutique Penal

Introducción

Alfonso Trallero, tras agradecer a los invitados su presencia, les presenta la dinámica del Think Lab a efectos organizativos (explicando que cada uno tendrá unos 5/10 minutos para introducir sus ideas), en la que se abordarán las perspectivas penales sobre las guerras de Ucrania e Israel, y añade que el objetivo último de esta sesión, además de propiciar el debate e intercambio de ideas, es llegar a unas posibles soluciones prácticas que puedan remitirse a los organismos que correspondan.

Exposiciones

Carlos Gómez Arruche



Carlos inicia el debate abordando el tema desde una perspectiva geo-política. Comienza por explicar los tres niveles de la guerra: el estratégico directivo o político, que determina la orientación que identificará y acordará los objetivos nacionales, el operacional, que dirige la guerra en conjunto con aspectos políticos -en este nivel, la estrategia política y táctica se vinculan al establecer los objetivos operacionales- y el nivel táctico, encargado de planificar y ejecutar las batallas en unidades tácticas.

En referencia a la guerra en Ucrania, destaca la deficiencia del nivel operacional como el aspecto más falible. El primer objetivo estratégico de Rusia era conquistar Ucrania entera, resaltando en este punto que el mando ruso disponía de mala información al pensar que sería tan fácil como Crimea y que los ucranianos se iban a levantar en su favor; por esta razón considera que -20 días después de haberla iniciado- perdieron su estrategia operacional.

Carlos Gómez Arruche resalta la relevancia de la información espacial, especialmente la poseída por el mundo occidental, y más concretamente por Estados Unidos. Frente a ello, la perspectiva militar rusa sigue los postulados ya superados de la doctrina terrestre, caracterizada por un avance rápido y un uso ineficiente de la aviación. Contrasta esto con la doctrina occidental, que busca un equilibrio según el tipo de operación, destacando la eficacia y rapidez de utilizar la aviación, pues permite operaciones de gran precisión y que afectan a un número menor de personas.

Igualmente, para entender debidamente el contexto de la situación, destaca la inestabilidad en el mando militar ruso por los múltiples cambios de jefes, evidenciando tensiones e incertidumbres que pueden tener que ver con la posible sucesión de Putin.

En cuanto a la solución geo-estratégica, Carlos Gómez Arruche opina que Rusia ha perdido la guerra en su primera fase y destaca la necesidad que tienen -llegados a este punto- de evitar una derrota total ante el mundo.



Subraya que las dos partes se encuentran en una guerra de desgaste: Ucrania dispone de un número de personal limitado y con numerosas bajas y Rusia dispone de todo el personal, pero tiene detrás una población entera que empieza a recibir los efectos devastadores de la guerra en la economía. En consecuencia, considera que la solución inmediata sería un alto el fuego.

Fernando Pignatelli

Fernando Pignatelli aborda el asunto desde un punto de vista jurídico-militar. Considera que la actuación de Rusia es un caso de agresión, contemplado en el artículo 8 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional desde el año 2010. Para hacer efectivo el delito o crimen de agresión individual, es necesario que se produzca la agresión a un Estado. En su opinión, en la Guerra de Ucrania sí se ha producido, ya que es evidente que se ha afectado a la integridad territorial o a la independencia política de otro Estado, con el propósito de apropiarse de una parte del territorio o de liberar a una parte de la población.

El tema, a su juicio es que, aunque la Corte Penal Internacional se ha involucrado en este asunto, desconoce si realmente tiene posibilidades de avanzar, es decir, ¿cómo se exigiría la responsabilidad sobre este crimen?

En este punto señala que, a diferencia de la mayoría de Estados, el derecho interno de la Federación de Rusia, desde el año 2017, sí tipifica el crimen de agresión, lo cual puede haber evolucionado ya que la situación en Rusia no es estable, aunque en apariencia sea monolítica. La Corte es complementaria de las jurisdicciones internas, no las sustituye; por lo tanto, la sanción a dicho delito por parte de Rusia solventaría muchos problemas respecto al tema de la complementariedad de la Corte. La investigación comenzaría a manos de la Fiscalía, pero no parece factible que tal investigación prosperara contra Putin, ni siquiera en el supuesto de que este caiga.



En definitiva, la agresión es un crimen de líderes. Se inicia, prepara, lanza y mantiene por parte de quienes están en la posición de hecho de dirigir la acción política y militar del Estado. Según el art. 8 bis del Estatuto de la CPI, *de iure* no es posible que la CPI pueda enjuiciar el hecho como un delito de agresión. La Federación de Rusia podría llevarlo a cabo en el futuro, pero para ello sería necesario que hubiera un cambio político radical en el país.

Ana Garrocho

Ana Garrocho comienza su intervención poniendo de manifiesto la necesidad de analizar el Derecho Penal Internacional a través de dos ramas: la sustantiva (que correspondería a la tipificación de las conductas) y la procesal.

Al hilo de lo anterior, Ana Garrocho pone el foco sobre la cuestión procesal, matizando que, si bien es cierto que en el Derecho interno la jurisdicción y el Derecho positivo van de la mano, ello no ocurre en el plano internacional, ya que es frecuente encontrarse con conductas prohibidas de un alto grado de lesividad social en las que, textualmente, la jurisdicción no acompaña.

De este modo, si el Estado decide no ceder la soberanía que le es propia a la Corte Penal Internacional, estaría bloqueando el acceso a la justicia y, consecuentemente, a la jurisdicción.

Ante esta situación, hay un problema añadido, que es que las potencias contendientes, en ambos conflictos, no forman parte del Estatuto. Sin embargo, es interesante observar cómo Palestina, sin ser un Estado *strictu sensu*, es un Estado miembro observador de la ONU, y, por tanto, ha podido firmar y ratificar el Estatuto de Roma. En el año 2021, la Fiscalía de la CPI



inició de oficio una investigación sobre la situación en Palestina. En relación con Ucrania, este Estado ha aceptado la competencia de la CPI desde el año 2014, y en la actualidad ya hay una investigación en curso.

A pesar de ello, Garrocho coincide con sus compañeros en que el enjuiciamiento de los crímenes de agresión por parte de la Corte Penal Internacional está vedado según el tenor literal del art. 8 bis del Estatuto de Roma (no así los crímenes de guerra o de lesa humanidad, que son plenamente enjuiciables por dicha Corte). Para tratar de solventar tal traba, las instituciones europeas han creado el Centro Internacional para la Persecución del Crimen de Agresión contra Ucrania.

En cualquier caso, Ana Garrocho destaca la imperiosa necesidad de diferenciar el plano teórico y jurídico de la realidad actual. A este respecto, y si bien es cierto que existe una orden de detención emitida contra Vladimir Putin, se duda de la efectiva virtualidad de ésta y, sobre todo, se cuestiona por qué esta orden sólo se ha emitido para Putin y no para el resto de altos mandos que también tienen una importante responsabilidad en el conflicto.

A este respecto, Ana Garrocho coincide con Carlos Gómez Arruche en que, si se llega a alguna negociación, la primera condición que Rusia pondrá sobre la mesa es no llegar al enjuiciamiento por ninguno de los hechos cometidos, lo cual evidenciará la tensión habitual en estos escenarios entre justicia y paz.

A pesar de todo, Garrocho considera que la existencia de la Corte Penal internacional es muy positiva, porque se configura como una herramienta de prevención de crímenes internacionales.

En cuanto al conflicto en Gaza, Ana Garrocho comenta la preocupación sobre la propaganda periodística, señalando que es especialmente potente.

Para concluir, introduce la problemática de la legítima defensa, que ha sido alegada en numerosas ocasiones para justificar las acciones violentas sobre el pueblo palestino. Reitera que esta causa de justificación ha de ser



debidamente probada en juicio, teniendo los magistrados que realizar el pertinente juicio de proporcionalidad, y señala, por lo tanto, el papel tan pulcro que deben cumplir a este respecto los juristas.

Manuel Ollé

Toma la palabra Manuel Ollé, preguntando al resto de asistentes qué pueden hacer los juristas para tratar de solucionar estas situaciones criminales.

Hace saber, asimismo, al resto de ponentes, que en ocasiones parece que la naturaleza entre los crímenes de agresión -de un lado- y los de guerra o lesa humanidad -por el otro- es muy distinta.

En cualquier caso, pone el foco en el nivel preventivo, apostando, por una parte, porque todos los Estados implanten en sus ordenamientos el art. 8 bis del Estatuto de Roma (el cual, como ya se ha tenido ocasión de explicar, define el crimen de agresión y sus presupuestos) y, por otra, porque éstos destaquen la importancia que tiene el crimen de agresión.

Ciertamente, este crimen de agresión es, en su opinión, el más complicado, al mezclar cuestiones de Derecho Penal y de Derecho Internacional Público, y al proteger bienes jurídicos de muy variada naturaleza. Esto es, no tiene como único objeto de protección la paz y la soberanía de los Estados, sino también, y en última instancia, los derechos humanos. Como consecuencia de la agresión se producen en cascada otras vulneraciones de bienes jurídicos constitutivas de otros crímenes, como el crimen de guerra.

A diferencia del conflicto de Israel, Manuel Ollé no duda en considerar que la situación en Ucrania es un clarísimo crimen de agresión, porque se estaría produciendo una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, por las características, por la escala y por la gravedad (se cumplen así los tres requisitos previstos por la norma). No obstante, señala la dificultad de probar la escala, a lo que Ana Garrocho apunta que podría tratarse de una ley penal en blanco.



Manuel Ollé, asimismo, señala que el uso de la fuerza es absolutamente incompatible con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, una violación del principio de prohibición del uso de la fuerza, y coincidiendo con Ana Garrocho en que la alegación de Putin de la legítima defensa preventiva es totalmente insostenible.

A continuación, Manuel entra de lleno en la cuestión del enjuiciamiento. Así, señala en primera instancia que el Estatuto de la CPI establece un complejo sistema de atribución de jurisdicción. En resumen, solo se atribuye la jurisdicción si los Estados que hayan ratificado las enmiendas de Kampala. Por ello, en la gran mayoría de los casos, solo se podrá enjuiciar la agresión en las jurisdicciones nacionales. Sostiene que es imposible que vayan a juzgarse en el Estado agresor, a no ser que haya un total cambio político, lo cual es de todo punto imprevisible, por ejemplo, en Rusia. Además, considera materialmente imposible que vayan a juzgarse en una jurisdicción nacional, al ser un crimen “de líderes”. A este respecto, cita el art. 27 del Estatuto de Roma, del que se infiere la idea de que todos somos iguales ante la ley y que no hay inmunidad (lo que sí ocurre, por el contrario, en el Derecho interno). Al afectar a los grandes líderes, que coincidirá en gran medida con los protegidos por la inmunidad, será prácticamente imposible el enjuiciamiento. Además repercutirá en la nula cooperación entre los Estados ni en materia de pruebas ni en extradiciones.

En relación a lo que ya apuntaban sus compañeros de mesa, coincide plenamente en que la CPI no va a poder juzgar a Vladimir Putin por el crimen de agresión y, además, añade que tampoco es especialmente partidario de la creación de Tribunales penales internacionales *ad hoc* para juzgar estas cuestiones, porque, en tal caso, se podría llegar a perder la perspectiva de la naturaleza del crimen penal internacional y se añadirían dificultades importantes a la hora de que éstos definan propiamente el crimen de agresión, en consonancia con el principio de legalidad.



Por último, reconoce un valor en la orden internacional de detención contra Putin, porque, aunque a efectos prácticos no vaya a ejecutarse, tiene un contenido ciertamente ejemplarizante y de visibilidad (por más que su contenido sea, de momento, secreto), al haberse dictado contra el Jefe de Estado y de mando de Rusia, que se encuentra en ejercicio, que es uno de los 5 Estados permanentes del Consejo de Seguridad de las NNUU y que tiene un poder bélico innegable. Además, desde el papel de las víctimas, legitima que éstas puedan llegar a sentirse reconfortadas con la medida.

Debate

Alfonso Trallero da paso al debate e introduce al efecto la cuestión de la orden de detención dirigida a María Lvova-Belova, la Comisionada presidencial para los Derechos del Niño en Rusia, coincidiendo con los ponentes en que su emisión es el primer paso para una aspiración mayor, aunque la eficacia de su ejecución a efectos prácticos pueda ser nula.

Dicho esto, Alfonso Trallero sostiene que ésta se limita a un crimen de guerra en relación a la deportación de los niños, preguntándose si la Corte no disponía de otros hechos más lesivos o si no podría dirigirse la orden contra otras personas además de la Comisionada, como los generales o altos mandos que son los que están cometiendo dichos crímenes.

Ante tal cuestión, Ana Garrocho sostiene que se trata de un delito que puede ser “rectificado”, ya que los niños deportados pueden regresar a sus países de origen, a diferencia de si hay fallecimientos. La imputación puede servir para efectuar una paz negociada, devolver a los menores a sus familias y atemperar el reproche punitivo que pueda hacerse a Putin y a la otra investigada. La CPI tiene funciones geopolíticas que no podemos negar.

Carlos Gómez Arruche coincide plenamente y puntualiza que, desde hace muchos años y sobre todo por parte de los militares, se hacen esfuerzos legales para humanizar las guerras. Sostiene, además, que hasta que Rusia no



pierda el conflicto bélico, la cuestión no podrá derivarse a la Corte para su enjuiciamiento. Resalta en este punto la importancia de la posesión de armamento nuclear por parte de este país, así como la necesidad de enfocar el conflicto según la motivación de cada Gobierno en su contexto.

Alfonso Trallero pregunta a los ponentes, en relación con la orden de detención contra Putin, si creen que la Corte ha querido darle una salida a Rusia, previendo que pueda haber algún movimiento interno que busque desbancar a Putin y teniendo en cuenta que lo más probable es que sus sucesores en el poder actúen bajo similares presupuestos ideológicos.

Carlos Gómez opina que se trata de un mensaje político por parte del mundo occidental.

Fernando Pignatelli cree que la orden es una forma de dar una salida a las personas que desean sustituir a Putin, aunque ve muy difícil que sea depuesto. Y replantea, aquí, la eficacia de la Corte, incidiendo en el descontento de algunos Estados frente a ella.

Manuel Ollé centra el problema en la dificultad de incardinar los crímenes de agresión en el Derecho Penal Internacional, al ser cometidos entre Estados y, en consecuencia, se trataría de juzgar políticas estatales, que no sólo afectan al Estado agresor y al Estado víctima/agredido, sino también al resto de países que han de regirse por la paz mundial. Recuerda aquí también el rol que puede jugar la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, a través de su función consultiva.

Carlos Gómez Arruche y Ana Garrocho opinan que en estos conflictos no se ha cometido un genocidio.

Fernando Pignatelli, por su parte, sostiene que el mundo occidental está manteniendo un sistema de neutralidad favorable o benévola, dudando de hasta qué punto tales Estados tienen responsabilidad, teniendo en cuenta que algunos de ellos participan en los conflictos suministrando armamento.



Carlos Gómez Arruche aporta el alarmante dato de que en el mundo siempre hay, por lo menos, 30 conflictos bélicos activos.

Alfonso Trallero, cambiando de tercio, señala que el ataque de Hamás fue una clara provocación a Israel y un intento de evitar que se concretasen los acuerdos Abraham. Y, ante ello, pregunta si Palestina, como Estado observador, se podría considerar Estado agredido y aplicar la competencia de la Corte.

Manuel Ollé responde que sí. Que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción para los crímenes que se comentan en territorio palestino. Al tener Palestina la condición de Estado Parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Ana Garrocho apunta que, como Palestina es una Estado parte en el ECPI, la CPI tiene jurisdicción complementaria sobre su territorio y todos los delitos que cometan nacionales palestinos en cualquier lugar (en este caso, Israel). Cree que lo acontecido el 7 de octubre puede calificarse como un crimen de lesa humanidad ex art. 7 ECPI, al tratarse de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil efectuado de conformidad con la política acordada por una organización (en este caso, Hamas).

Carlos Gómez Arruche considera que se trata de terrorismo.

Fernando Pignatelli plantea que el punto de partida es cuestionarse si es un acto terrorista o no, concluyendo que podría catalogarse de un conflicto armado internacional asimétrico. Asevera que Palestina es un territorio ocupado, pero no es un Estado como tal, por eso no se puede decir que es un conflicto interestatal. Además, es asimétrico porque los Estados disponen de medios desiguales.

En definitiva, considera que en el conflicto se produjeron ataques terroristas y otros que no lo fueron. Por ejemplo, los ataques a los militares israelíes no entrarían en esta definición.



Carlos Gómez Arruche explica que se trata de un conflicto bélico de Israel contra Hamás y no debería definirse como conflicto entre Israel y Palestina, ya que esta se encuentra en medio del mismo. En su opinión, el ataque de Hamás sí se trata de un ataque terrorista, ya que crea una situación de miedo y control sobre la población. Israel sigue manteniendo una doctrina muy clara: siempre están dispuestos a dialogar, pero desde la posición de fuerza más ventajosa.

Finalmente, considera que el conflicto palestino-israelí no tiene solución y persistirá durante muchos años, aunque puedan existir épocas más estables.

Ana Garrocho señala por su parte que no se ha logrado una definición internacional de terrorismo; se trata de una cuestión de grado. Cree que los hechos acontecidos el 7 de octubre no son únicamente un ataque terrorista, ya que tienen una magnitud mayor. Señala que la diferencia entre el delito de lesa humanidad y de genocidio se encuentra en el ánimo especial de destruir a un grupo humano determinado que ha de guiar a este último.

Y, para concluir, reivindica el espacio de lo jurídico frente a la política, ya que la fuerza o el poder se resisten a ser juridificadas.

Manuel Ollé termina afirmando que los crímenes son recíprocos, y coincide con Ana en que los ataques del día 7 constituyen un crimen de lesa humanidad por parte de Hamás.

Aunque no dio tiempo a tratar en profundidad la idea de la legítima defensa, Ana Garrocho reitera que es una justificante que ha de ser demostrada en juicio, sobre todo, su elemento de proporcionalidad, el cual parece ser el más problemático a efectos probatorios.

Alfonso Trallero, lamentando no disponer de más tiempo, concluye la sesión agradeciendo a todos los ponentes su participación y confiando en que el debate sirva, si no para la resolución de las muchas dudas subsistentes, para



conseguir aproximarnos a un ideal de resolución no exclusivamente militar de ambos conflictos.

CONCLUSIONES

1º) La existencia de la Corte Penal Internacional es útil como herramienta de prevención del delito, pero para que opere adecuadamente, es necesario que los Estados cedan su soberanía para no bloquear el acceso a la jurisdicción de la misma.

2º) *A priori*, los hechos acaecidos en Ucrania podrían ser incardinados dentro del denominado crimen de agresión, pero ello plantea una serie de retos: (i) la dificultad de enjuiciamiento del delito por parte de la Corte Penal Internacional, por las limitaciones jurídicas existentes, (ii) el concreto bien jurídico protegido por el tipo y (iii) el problema que supone juzgar las políticas estatales, al tratarse de un crimen cometido entre Estados, que no sólo afectan al Estado agresor y al agredido, sino también al resto.

3º) A pesar de que se han emitido órdenes de detención, éstas no tienen una eficacia práctica real porque, con cierta seguridad, no van a ser ejecutadas. Por lo tanto, tienen un objetivo más bien de visibilidad para reconfortar a las víctimas y hacer saber al resto de Estados que se están tomando medidas. Asimismo, se ha planteado en el debate que tales órdenes deberían haberse emitido también para otros cargos altos e intermedios, que tengan un poder real de toma de decisiones en los conflictos.

4º) El desarrollo del conflicto de Ucrania está abocando a una guerra de desgaste, con unas importantes consecuencias sociales, políticas y económicas. Una solución eficaz pasaría de entrada por un alto al fuego.



5º) Respecto al conflicto en Gaza, si bien es cierto que puedan existir momentos de mayor o menor intensidad, resulta por desgracia difícil de prever un cese total del mismo y una paz cercana, al menos a corto plazo.

6º) Por último, y en cuanto a la consideración de los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023 como terrorismo, las opiniones no han sido concluyentes, sosteniendo que los hechos podrían ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad, de conflicto armado internacional asimétrico y/o de puro terrorismo.