

La persecución penal en Ucrania de crímenes internacionales

¿Equitativa, independiente e imparcial?

Kai Ambos¹

Debido a la euforia generalizada por la admirable lucha defensiva de las fuerzas armadas ucranianas contra la guerra de agresión rusa es fácil olvidar que, hasta hace unos meses, Ucrania estaba considerada como un caso problemático en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de un Estado de Derecho. No solo se estimó insuficiente la lucha contra la corrupción prometida por el presidente Zelenski, sino que también se denunciaron déficits clásicos en materia de Estado de Derecho, sobre todo en lo que respecta a la independencia del poder judicial. Es poco probable que estos problemas hayan desaparecido —en un abrir y cerrar de ojos— con la invasión rusa del 24 de febrero. Por consiguiente, los

elogios generalizados que se produjeron en relación con el reciente juicio por crímenes de guerra contra un soldado ruso, a veces incluso combinados con himnos de alabanza al Estado de Derecho ucraniano, deberían dar lugar, como mínimo, a un análisis crítico. Las dudas sobre la imparcialidad de las investigaciones ucranianas respecto de crímenes internacionales, especialmente crímenes de guerra, también deben ser objeto de una indagación carente de sesgos.

El proceso contra el conductor de tanques Vadim Shishimarin plantea varios interrogantes. Así, p. ej., no está claro cómo se obtuvo su confesión. No sabemos nada sobre el procedimiento de investigación, especialmente ante quién y en qué momento produjo esta confesión. Tampoco sabemos si Shishimarin fue presionado para realizarla. Ni se sabe si su abogado defensor, conocido en Ucrania por ser el abogado del expresidente Yanukóvich, estuvo presente durante la confesión. No obstante, sabemos que Shishimarin actuó siguiendo órdenes, aunque no está claro cuáles fueron exactamente esas órdenes y por qué fueron impartidas. ¿El homicidio de un integrante de la población civil pretendía encubrir el hurto de un automóvil que realizó el autor junto a sus compañeros? ¿O acaso se temía que la víctima fuese a revelar la ubicación de los soldados rusos, convirtiéndolos en un blanco fácil para las fuerzas armadas ucranianas? En este último caso, no sería tan indiscutible la antijuridicidad evidente de la orden impartida y, por tanto, tampoco la negación de su efecto excluyente de la punibilidad. Incluso según el Código Penal ucraniano, que prevé una regulación diferenciada de la obediencia debida (art. 41), el factor decisivo es la antijuridicidad evidente de la orden. Y si se asumiese algo así, aún podría entrar en consideración un error del soldado sobre la conformidad a

¹ El Prof. Dr. Kai Ambos es catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público en la Universidad de Göttingen, Alemania, así como juez del Tribunal Especial para Kosovo (La Haya). Traducción de Leandro Dias (Universität Würzburg). Revisión del autor.

derecho de la orden, posiblemente exculpante.

Es especialmente llamativa la dura condena a prisión perpetua que se le impuso a Shishimarin. La condena se basa en el crimen de guerra de homicidio (doloso) de civiles contemplado en el Código Penal ucraniano. Este puede ser castigado con una pena de prisión de 10 a 15 años o con prisión perpetua (Art. 438, párr. 2, CP ucraniano). Por tanto, a diferencia del § 8, párr. 1, n.º 1, VStGB [Código de Derecho Penal Internacional de Alemania], la prisión perpetua no está prevista aquí como pena fija, por lo que su imposición resulta sorprendente por varias razones. Ante todo, solo se trata del asesinato de *un* civil, que, además, no presenta otros elementos que puedan agravar la pena. Es decir, en el contexto del crimen de guerra de homicidio de civiles, se trata —en contra de lo dispuesto en el § 8, párr. 1, n.º 1, VStGB— de un hecho que ha de ser situado en una escala de gravedad más baja. De ahí que haya que partir de la pena mínima de 10 años o, en todo caso, de la pena de prisión de 10 a 15 años. Además, Shishimarin es un joven de 21 años, sin condenas anteriores, que creció en circunstancias sociales difíciles en Siberia, que también se entregó voluntariamente, cooperó mediante su confesión, actuó bajo órdenes y también mostró arrepentimiento. Incluso si el tribunal dudase de la sinceridad de éste, todos estos factores son circunstancias que deben tenerse en cuenta como atenuantes según el derecho penal ucraniano (art. 66, CP ucraniano). Por el contrario, es evidente que no hay razones para agravar la pena (art. 67). Por todo esto, la prisión perpetua luce desproporcionada, lo que se ve agravado por el hecho de que en Ucrania no existe la posibilidad de suspender la pena condicionalmente (en el sentido, p. ej., del §

57a, StGB). Únicamente existe la posibilidad —previa solicitud después de 20 años como mínimo (art. 151, párr. 7, Ley de Ejecución Penal)— de una reducción de la condena a un mínimo de 25 años por medio de un indulto presidencial (art. 106, n.º 27, Constitución, en relación con el art. 87, CP ucraniano). En cualquier caso, el régimen de indulto ucraniano no está orientado a la idea de la resocialización, ni se aplica de forma transparente y eficaz en absoluto, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió considerando en 2019 a la prisión perpetua (sin posibilidad de una suspensión) como una violación de la prohibición de la tortura (art. 3, CEDH) (párr. 169 ss.).

La otra cara de la moneda del proceso contra Shishimarin y de los procesos futuros por crímenes rusos es la pregunta sobre si las autoridades ucranianas perseguirán con el mismo empeño los posibles crímenes ucranianos (véase p. ej. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, párrs. 41, 46 ss.). Existen dudas fundadas al respecto. Lo primero que llama la atención que la fiscal general ucraniana, Iryna Venediktova, afirme que también se están realizando investigaciones sobre los crímenes ucranianos, pero al mismo tiempo quiera posponerlas al periodo de posguerra. En los hechos, su oficina se ocupa exclusivamente de los crímenes rusos, lo que también incluye el cruce de la frontera por parte de soldados rusos (*idem*, párr. 49), que como parte de la actividad normal de los combatientes no constituye en absoluto un crimen de guerra. Asimismo, es preocupante que todavía no se hayan unido otros Estados miembros de la UE al equipo conjunto de investigación (“joint investigación team”, JIT) creado recientemente entre Ucrania, Polonia y Lituania. Aunque Estonia, Letonia y Eslovaquia también se adhirieron el 31 de

mayo, aún faltan importantes Estados miembros que investigan intensamente la situación de Ucrania, como Alemania, Francia y los Países Bajos. En cambio, un Estado que no pertenece a la UE es quien encabeza el equipo. Aunque esta ampliación de un JIT a Estados que no forman parte de la UE es posible mediante un acuerdo separado (cf. art. 13, párr. 12, Convenio de Asistencia Judicial de la UE de 2000), es difícilmente compatible con el sentido y el fin de un JIT —un instrumento de investigación creado para la persecución de la delincuencia transfronteriza en el ámbito de la UE— utilizarlo para investigar delitos en el territorio de una parte del conflicto armado y, además, concederle a esta parte del conflicto un papel tan destacado. Esto genera el peligro de que las investigaciones tengan una orientación unilateral, sobre todo porque es de esperar que Polonia y Lituania refuerzan el énfasis ucraniano en los hechos rusos en lugar de compensarlo. Estas preocupaciones podrían disiparse si se publicasen al menos extractos del JIT, pero en cambio se ha mantenido en secreto en La Haya incluso para las embajadas de los Estados miembros de la UE. Surge la pregunta, entonces, de por qué es necesario este secretismo.

Ante este panorama, no resulta sorprendente que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) no se haya unido al JIT como miembro (“member”), sino solo como participante (“participant”), ya que está obligada a investigar los actos de todas las partes del conflicto de forma independiente e imparcial. El hecho de que Ucrania aún no haya ratificado el Estatuto de Roma de la CPI no contribuye mucho a generar confianza, y hay informes de que algunos generales ucranianos, en particular, no quieren exponerse a sí mismos y a sus soldados a ser perseguidos penalmente por

la CPI. Aunque este punto de vista es equivocado, porque la CPI ya es competente —debido a las correspondientes declaraciones de jurisdicción por parte de Ucrania— respecto de todos los crímenes del Estatuto cometidos en territorio ucraniano, confirma la sospecha de que Ucrania solo quiere que se persigan los crímenes rusos. Esto también se desprende en última instancia del proyecto de ley ucraniano de cooperación con la CPI (que se acaba de presentar), en cuyo anexo solo hay referencias a los crímenes rusos. Al parecer, está en poder del presidente Zelenski para su firma.

Desde luego, las cuestiones aquí planteadas no alteran el derecho de Ucrania a la legítima defensa y el derecho de terceros estados a brindarle apoyo en el marco de una legítima defensa colectiva (art. 51, Carta de la ONU). Sin embargo, los representantes de los países occidentales deben recordarle a Ucrania, de forma reiterada y contundente, su obligación de derecho internacional de perseguir los crímenes cometidos por sus nacionales y por los combatientes extranjeros. Pues si las investigaciones ucranianas solo se dirigiesen unilateralmente a los posibles hechos y autores rusos, no solo la propia Ucrania, sino también los Estados de Occidente que la apoyan tendrían un problema de credibilidad. Es más: si los combatientes ucranianos en los hechos cometiesen crímenes de derecho internacional y utilizaran armas occidentales en el proceso, los Estados de Occidente no podrían ignorarlo. En este último caso, tendrían que replantearse su apoyo militar para no incurrir en responsabilidad internacional por complicidad.