



# Ucrania, la Corte Penal Internacional y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

**El pasado 24 de febrero se cumplió un año de la invasión a gran escala de Rusia en territorio ucraniano. En diversos foros internacionales, se llevaron a cabo distintos pronunciamientos repudiando la acción contra legem. Estos no difirieron mucho de la retórica habitual en los múltiples pronunciamientos de apoyo a Ucrania desde que comenzó la afrenta rusa, los que se realizan durante las visitas de líderes extranjeros a Ucrania o en respuesta a los llamados a un mayor apoyo por parte del presidente ucraniano, Volodymyr Zelenskyy.**

Es cierto que algunos Estados han impuesto sanciones coercitivas unilaterales para afectar a la oligarquía rusa e impactar la economía rusa, mientras que otros han brindado apoyo armamentístico a Ucrania. Sin embargo, dicha ayuda no ha sido lo suficientemente contundente como para poner fin a la invasión rusa en Ucrania. Es importante destacar la asimetría de este conflicto, en el cual Rusia está sacando provecho del peso que un miembro permanente del Consejo de Seguridad tiene en la estructura internacional y la fortaleza real, en términos de poder duro, que tal posición conlleva.

El factor globalización hace imposible sostener un escenario blanco y negro, donde se puedan implementar sanciones tan radicales en contra de Rusia y, que a su vez, eviten un impacto secundario en los intereses económicos de los Estados que las aplican. En ese sentido, el apoyo hacia Ucrania ha sido calculado para no generar un escenario mayor que derive en un enfrentamiento mundial o en el uso de armas nucleares. De aquí se evidencia la incapacidad del régimen jurídico internacional o del esquema administrativo internacional para ir más allá de las meras declaraciones políticas condenando las acciones de Rusia y tomar medidas reales en contra de uno de los principales actores a nivel mundial.

Por ello, ante tal escenario, no resulta descabellado vislumbrar el presente conflicto como uno a largo plazo en el que las partes involucradas apuestan por el desgaste del contrario. En otras palabras, se busca prolongar el conflicto lo más posible para que cualquier desenlace resulte menos evidente, ya sea una anexión de facto de territorios ocupados o un repliegue de tropas al no ser viable la deseada anexión desde un aspecto económico, político, social o militar. Como se puede apreciar, ambos escenarios van más allá de la ponderación técnico-jurídica internacional, la cual reprocha las acciones rusas pero, a la vez, no ofrece las herramientas apropiadas para resolver tal conflicto.

A pocos días de haberse cumplido un año de la invasión a gran escala de Rusia en Ucrania, el 17 de marzo, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional emitió dos órdenes de aprehensión en contra de Vladimir Putin, el actual presidente de Rusia, y de Maria Alekseyevna Lvova-Belova, la actual Comisionada rusa de los Derechos de Niños dentro de la Oficina del Presidente de la Federación Rusa, por la probable comisión de crímenes de guerra. Esta es la tercera ocasión en la que la Corte Penal Internacional gira una orden de aprehensión en contra de un jefe de Estado en funciones. Las dos anteriores fueron contra Omar al-Bashir, por la situación de Darfur, Sudán, y Muammar Gaddafi, por la situación de Libia.

Los crímenes de guerra por los que se les acusa se basan en dos modalidades de ese tipo penal: primero, como infracción grave de los Convenios de Ginebra, por la deportación ilegal de niños ucranianos a territorio ruso; y, segundo, como violación grave de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, por el traslado de parte de la población del territorio ocupado (es decir, niños ucranianos) dentro o fuera de ese territorio (es decir, a Rusia). Resulta importante señalar que, según el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, los niños menores de quince años son personas protegidas que merecen un tratamiento especial.

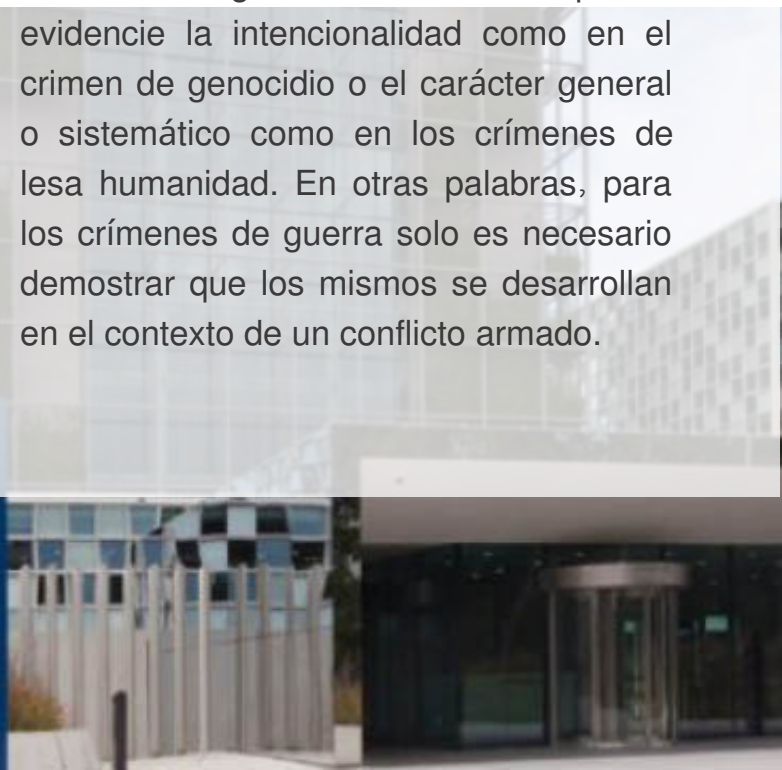
Tanto a Vladimir Putin como a María Lyova-Belova se les está considerando autores principales de dichos crímenes, por su autoría mediata, inmediata y coautoría. A Vladimir Putin se le está vinculando adicionalmente a los mismos por su responsabilidad superior al no haber ejercido el control necesario para evitar que civiles y militares bajo su mando cometieran dichos actos en contra de niños ucranianos.

Si bien es cierto que las órdenes de aprehensión no se han hecho públicas, a partir de las declaraciones del Fiscal de la Corte, Karim Khan (Reino Unido), se sabe que cientos de niños ucranianos en situación de orfandad y bajo la custodia del Estado ucraniano fueron trasladados a Rusia para ponerlos en adopción. A partir de las reformas legales hechas al derecho positivo ruso para agilizar la obtención de la nacionalidad rusa, se ha vuelto mucho más fácil el proceso de adopción, ya que una vez que dichos niños ucranianos adquieren la nacionalidad rusa se evita la necesidad de realizar un proceso de adopción internacional similar al codificado por la Convención de La Haya sobre Adopción de 1993 y se permite una adopción meramente doméstica. UNICEF calcula que existían aproximadamente 100,000 niños viviendo bajo la guarda y custodia del Estado ucraniano antes de la invasión rusa.

Ni Rusia ni Ucrania son partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En este sentido, la Corte está ejerciendo su competencia por la remisión de la situación que hicieron 43 Estados parte, incluyendo Ucrania, a la luz del artículo 12(3) del Estatuto de Roma. Dicha remisión comprende los hechos acontecidos en Ucrania desde noviembre de 2013, cuando tuvo lugar la ocupación de Crimea, hasta la actualidad.

## Crímenes de guerra

Resulta interesante reflexionar sobre el porqué, como estrategia de litigio e investigación, se está enfocando solo en la comisión de crímenes contra un grupo en particular, como son los niños, y bajo la caracterización de crímenes de guerra. Una primera razón es que dicho grupo en particular no permite que la parte acusada ponga en duda su carácter de civiles no combatientes. En segundo lugar, los crímenes de guerra no necesitan que se evidencie la intencionalidad como en el crimen de genocidio o el carácter general o sistemático como en los crímenes de lesa humanidad. En otras palabras, para los crímenes de guerra solo es necesario demostrar que los mismos se desarrollan en el contexto de un conflicto armado.



Como se advirtió párrafos arriba, la estructura jurídica internacional no cuenta con las herramientas suficientes para ser tan efectiva como se desea. Los propios Estados la han estructurado de tal manera que, sin la cooperación efectiva de los mismos, resulta imposible cualquier actuación. De ahí que se diga que la Corte Penal Internacional es un gigante sin pies ni manos, el cual necesita de los Estados para poder realizar sus funciones. Teniendo en cuenta los factores de realpolitik que rigen las relaciones internacionales, es necesario modular las expectativas de la actuación de la Corte Penal Internacional.

En otras palabras, bajo el escenario actual, es casi nula la posibilidad de que dichas órdenes de aprehensión se lleguen a cumplimentar. Asimismo, si bien es cierto que los 123 Estados partes del Estatuto de Roma tienen la obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional, hay que recordar cómo en ocasiones anteriores países como Jordania y Sudáfrica no cumplimentaron la orden de aprehensión girada en contra del entonces presidente de Sudán, Al-Bashir, so pretexto de la aparente contradicción entre las obligaciones de derecho internacional consuetudinario de respetar la inmunidad e inviolabilidad personal de cabezas de Estado y la obligación de cooperar bajo el Estatuto de Roma. De igual manera, falta ver si se llega a cristalizar la creación de un tribunal ad hoc para la situación de Ucrania que juzgue la comisión del crimen de agresión.

## **Protecciones a favor de niños**

Resulta imperante analizar las protecciones que el IV Convenio de Ginebra ofrece a favor de la infancia. Primero, en su artículo 24 establece que se deben tomar las medidas oportunas para que aquellos menores huérfanos o separados de su familia no queden abandonados. Segundo, en su artículo 50, establece obligaciones en torno a que la Potencia ocupante (en este caso, Rusia): facilite el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y educación de niños; no modifique el estatuto personal (es decir, identificación y filiación) de los niños; y garantice la manutención y educación de los niños por personas de la misma nacionalidad, idioma y religión, y en caso de niños huérfanos o separados de sus padres por la guerra, por un pariente cercano o amigo.

Si bien el procedimiento que inicia la Corte Penal Internacional resulta interesante por sí solo, vale la pena analizar la práctica internacional que existe en materia de protección de menores de edad. En ese sentido, los instrumentos marco son las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), la cual cuenta con una trilogía de instrumentos aplicables en materia de protección, sustracción ilícita y adopción internacional, los cuales codifican los estándares internacionales para protección a menores de edad.

De estos, Rusia es Estado parte de los primeros dos y el tercero, solamente lo ha suscrito. Si bien dichos instrumentos no regulan ex profeso la situación durante conflictos armados, la existencia del mismo no cancela automáticamente la aplicación de estos.

De igual manera, resulta importante reconocer que, aunque la HCCH surge como una iniciativa para promover la unificación de normas de derecho internacional privado, desde hace unos años ha reformado su misión para darle fuerza a tratados que codifican derechos en abstracto, como la Convención sobre los Derechos de los Niños, y crear una estructura administrativa al interior de los Estados que facilite la cooperación internacional y el reconocimiento de derechos adquiridos dentro de una jurisdicción a nivel mundial.

En este sentido, la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que es un organismo internacional cuya concepción original se remonta a 1893, tanto en sus convenciones como en sus Comisiones Especiales, que son donde se analiza la práctica posterior a dichos tratados, ha enfatizado que en conflictos armados de carácter internacional, la prioridad en todo momento debe ser la seguridad de los niños. Por lo tanto, en tales emergencias, el conflicto no debe servir de justificación para ignorar los estándares internacionales y las garantías básicas para adopciones internacionales, ni para agilizar dicho proceso.

En otras palabras, los procesos de adopción deben prohibirse no solo en dicho contexto, sino también en el periodo inmediato posterior a la situación de emergencia y buscar otras medidas de protección para los niños. Asimismo, simplemente porque se trate de menores no acompañados, no se puede concluir automáticamente que son huérfanos o que existe la necesidad de llevar a cabo una adopción; sino que en todo momento, se debe buscar la reunificación familiar.

Cabe destacar que estos criterios no han surgido de forma específica para la situación de Ucrania, sino que son criterios que se han refrendado desde 1994, cuando la Comisión Especial de la HCCH analizó preguntas específicas sobre la aplicabilidad de la Convención sobre Adopción de 1993 a niños con estatus de refugiados o desplazados internacionalmente. Incluso, han sido aplicados en otras situaciones de emergencia, como los desastres naturales sufridos en 2010 por el terremoto que afectó a Haití o en 2005 tras el tsunami que afectó India, Sri Lanka y Tailandia.

Tanto la HCCH como la UNICEF reconocen que, durante conflictos armados, así como en otras situaciones de emergencia, no se pueden asegurar el correcto funcionamiento de los servicios de protección y cuidado de menores de edad. Por esta razón, el gobierno ucraniano informó oficialmente el pasado 9 de marzo de 2022, vía diplomática, al Reino de los Países Bajos, quien funge

como depositario de los instrumentos de la HCCH, que mientras durara el periodo de agresión armada que estaba sufriendo, no se encontraba en la posibilidad de garantizar el cumplimiento de aquellas obligaciones codificadas dentro de las convenciones de la HCCH.

Dado que lo más importante es salvaguardar el interés superior del menor, en un contexto de conflicto armado como el que vive Ucrania debido a la agresión rusa, no se puede exponer a los menores a un escenario de adopción irregular, prematura o ilegal. En estas circunstancias, además de existir el potencial riesgo de vulnerar su seguridad e integridad, se le expone al niño al trauma emocional que conllevaría desarrollar apego con la familia de acogida para luego ser removido de la misma. En este contexto, se aprecia aún más la gravedad de lo que está aconteciendo entre Rusia y Ucrania, ya que, aunque se están violando estándares internacionales y la consecuencia lógico-jurídica sería la nulidad de las adopciones realizadas, observamos que, al igual que con las órdenes de aprehensión de la Corte Penal Internacional, no habrá ninguna repercusión legal que las afecte y un gran número de niños ucranianos sufrirán impactos irreversibles.

Los instrumentos de la HCCH, así como la interpretación y práctica de sus instrumentos, servirán como referencia a la Corte Penal Internacional para poder evidenciar aún más cómo la deportación y traslado de niños ucranianos a Rusia, a pesar de que se realizó bajo el pretexto de protegerlos, realmente contradice toda práctica internacional en la materia y va en contra de las propias determinaciones que los Estados han codificado, incluyendo a Rusia, en los instrumentos especializados. Si bien estas órdenes de aprehensión no serán las únicas, y los delitos no se limitarán a los descritos, sin duda alguna fue una señal fuerte y clara por parte de la Corte Internacional Penal sobre que dichos sucesos no están pasando desapercibidos y que la misma buscará que haya consecuencia legales para sancionar los mismos.

