**Asesinato de personas migrantes
sine permissum en tránsito.
Algunas consideraciones complementarias.**

*Murder of migrants sine permissum in transit.
Some complementary considerations*

ALESSIO MIRRA

Casa del Migrante de Saltillo

SUMARIO: I. Introducción. II. El alcance del derecho penal internacional, y la definición de *crimen*. III. *Ratio* y alcance de los crímenes de lesa humanidad. IV. El alcance *rationae personae*: ¿Quién es imputable?. V. Consideraciones sobre la naturaleza complementaria de la Corte Penal: el test de gravedad. VI. Conclusiones.

RESUMEN: El tema de las graves violaciones a los derechos humanos hacia personas migrantes irregulares en tránsito permite diversas cuestiones desde una perspectiva amplia tanto de derecho penal, como de políticas públicas enfocadas al control y a la gestión multinivel de los flujos migratorios. Entre estas, están si se puede afirmar que existen crímenes de lesa humanidad al incurrir estas violaciones, y si tiene la Corte Penal Internacional jurisdicción sobre los casos en especie. Dichos planteamientos, sugestivos en términos de fondo y desde una perspectiva teórica, en parte suelen carecer de la rigurosidad de una fría visión del Derecho en el que las competencias y facultades de los órganos son elementos esenciales. Como objetivo de esta contribución, la atención se concentrará en algunos aspectos mencionados, con el fin de complementar la visión inicial propuesta, y ofrecer una opinión alterna sobre un tema delicado que, si bien es acertado, implicaría graves y delicadas consecuencias para los Estados involucrados.

ABSTRACT: The issue of serious violations of the human rights of irregular migrants in transit allows for various issues from a broad perspective of both criminal law and public policies focused on the control and multi-level management of migratory flows. Among these are whether it can be said that there are crimes against humanity in committing these

violations, and whether the International Criminal Court has jurisdiction over cases in kind. These approaches, which are suggestive in terms of substance and from a theoretical perspective, tend in part to lack the rigour of a cold vision of law in which the competences and faculties of the organs are essential elements. As an objective of this contribution, attention will be focused on some of the aspects mentioned, in order to complement the initial vision proposed, and to offer an alternative opinion on a delicate subject that, although correct, would imply serious and delicate consequences for the States involved.

PALABRAS CLAVE: *personas migrantes, flujos migratorios, crímenes de lesa humanidad, violaciones de derechos humanos, Corte Penal Internacional.*

KEYWORDS: *migrants, migration flows, crimes against humanity, human rights violations, International Criminal Court.*

I. INTRODUCCIÓN

En el último número de la Revista Mexicana de Ciencias Penales, un artículo propuesto trató el tema de las graves violaciones a los derechos humanos hacia personas migrantes irregulares (*sine permissum*, en las palabras del autor) en tránsito, desde una perspectiva amplia tanto de derecho penal, como de políticas públicas enfocadas al control y a la gestión multinivel de los flujos migratorios.

Las preguntas detonadoras del autor son muy interesantes: ¿se puede afirmar que existen crímenes de lesa humanidad al incurrir estas violaciones? Y, sobre todo, ¿tiene la Corte Penal Internacional (CPI) jurisdicción sobre los casos en especie? De acuerdo a las opiniones del autor en la fase introductoria, resultaría evidente la existencia de los presupuestos para catalogar los hechos alegados como crímenes de lesa humanidad, y el substanciarse de jurisdicción en la materia por parte de la CPI.

Si bien los planteamientos son sugestivos en términos de fondo y desde una perspectiva teórica, lo expresado en parte carece de la rigurosidad de la “fría visión del Derecho en el que las competen-

cias y facultades de los órganos son elementos esenciales” como se había planteado en la metodología (Castilla 2018: 26), resultando en un proceso que por algunas cuestiones parece forzoso, y que por lo general olvida considerar cuestiones que, aunque muy puntuales, resultan ser de extrema relevancia, tanto que, al ser consideradas correctamente, habrían posiblemente influido en las conclusiones.

Como objetivo de esta contribución, asumiendo los supuestos de fondo del texto propuesto en la Revista Mexicana de Ciencias Penales, la atención se concentrará en algunos aspectos que se consideran relevantes, con el fin de complementar la visión inicial propuesta, y ofrecer una opinión alterna sobre un tema delicado que, si bien es acertado, implicaría graves y delicadas consecuencias para los Estados involucrados.

En particular, la atención se concentrará sobre algunos asuntos en particular, recurriendo tanto a doctrina acreditada como a la jurisprudencia existente¹: en una primera estancia, se hablará brevemente de la naturaleza de los crímenes internacionales *per se*, proveyendo un contexto general necesario para entender los apartados subsecuentes. Enseguida, se analizará el alcance propio de los “crímenes de lesa humanidad” en los casos específicos que son objeto de esta contribución (las graves violaciones a los derechos humanos hacia personas migrantes), poniendo énfasis en la estructura profunda de su *ratio*, y en la naturaleza de la provisión a raíz de las interpretaciones desarrolladas a lo largo de los años.

Como siguiente punto, se tratará en específico de los requisitos de *mens rea* en caso de crímenes internacionales y en la individuación de uno o más sujetos imputables en caso de supuestos crímenes de lesa humanidad en contra de personas migrantes, sobre todo considerando relaciones de poderes en una cadena de mando, y eventuales responsabilidades por actos omisivos.

¹ Siendo la mayoría de los textos a los cuales se hace referencia en lengua inglesa, es necesario mencionar al respecto que todas traducciones son no oficiales, proporcionadas directamente por el autor.

Por último, se tocará brevemente el complicado concepto de *gravedad* de acuerdo tanto a la interpretación de la Fiscalía, como de la Salas de Cuestiones Preliminares, en algunos casos emblemáticos. En conclusión, y desprendiendo de lo expresado en los párrafos anteriores, se afirmará de la manera más sólida posible, que lamentablemente no pueden configurarse crímenes de lesa humanidad en los supuestos planteados por el autor.

A su vez, la idea es proponer un camino alternativo para garantizar que a las personas víctimas de políticas evidentemente restrictivas y violadoras de los derechos humanos, se les haga justicia de una forma tanto congruente con los principios de derecho internacional, como realista, es decir que mida el efectivo alcance de la Corte Penal Internacional, o de otros Tribunales de Justicia, en el contexto mencionado.

Cabe mencionar que, criticando el enfoque transnacional en este caso, la atención de esta contribución será enfocada primariamente a la realidad propia del contexto mexicano: no es posible buscar una responsabilidad internacional (menos aún penal) *a priori* en todos los casos de violaciones a los derechos humanos para personas migrantes a nivel internacional, siendo que, si bien existen cuestiones de convergencia en las políticas públicas, cada realidad nacional es un ejemplo que se tiene que considerar *per se*.

La idea de fondo no es proponer una visión nihilista de la contribución objeto de crítica, cuya idea de base es seguramente muy valiosa, sino colmar algunas lagunas en los supuestos planteados, con el fin de ofrecer una perspectiva práctica de remisión internacional, que haga luz y justicia para las personas migrantes.

II. EL ALCANCE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, Y LA DEFINICIÓN DE *CRIMEN*.

El derecho penal internacional, así como el derecho internacional en general, no puede responder de forma acertada a los principios de certidumbre propios del derecho. Por su misma de-

finición, el derecho internacional es fruto de la voluntad política en la comunidad de los Estados; de hecho, su fuente principal (los principios imperativos de derecho), se deriva desde la existencia de la percepción de generar una norma (*opinio juris ac necessitatis*), y una práctica relevante en el tiempo (*diuturnitas*), que resulte en la percepción generalmente reconocida de inderogabilidad.

Fue ya la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Lotus* (Tribunal PJI, *Francia vs. Turquía*, 7 septiembre 1927) en reconocer este hecho: “El derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Los principios de derecho que vinculan los Estados entonces se desprenden desde su propia voluntad [...]” (*Lotus*: 18).

Si bien desde el 1927 el derecho internacional ha tenido un increíble desarrollo, lamentablemente todavía no existen los presupuestos para confiar en él con toda certidumbre, así como se hace con el derecho propio de las comunidades de los Estados-naciones: en ausencia de una fuerza capaz de ejercer su poder coercitivo de forma suficiente, el derecho internacional se queda a la merced de las voluntades políticas e indefenso frente a la mutabilidad de los gobiernos.

Por su parte, considerando las expectativas del derecho penal (que debería de ser normativo, formal, predecible y equitativo), y sobre todo frente a las expectativas preventivas o, en su caso, de rehabilitación del ofensor, tampoco se puede encontrar una relación firme con los *objetivos* del derecho penal internacional, que se prefije *punir* (no rehabilitar) solo crímenes extremadamente graves, o que en si puedan representar una amenaza a la paz y a la seguridad internacional, “de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (Estatuto de Roma: artículo 5).

Aunque no puede ser esta la sede para una desamina sobre la filosofía del derecho penal internacional (un argumento lo suficientemente controversial para el alcance limitado de este artículo), es muy importante aclarar y entender estos conceptos a la hora de

abordar cualquier tema al respecto: los temas de interés conciernen cuestiones muy delicadas, que no pueden absolutamente ser tratadas a partir de suposiciones políticas o de principios morales; por el contrario, necesitan de un análisis con un enfoque estrictamente de derecho, o que *busque su verdad* en principios de derecho, no en argumentaciones políticas subjetivas.

Si el derecho internacional está a la merced de los Estados, debe de ser tarea de quienes lo interpretan apuntar a su normativización y objetivación, mirando finalmente a reducir así el coeficiente *político-arbitrario*, hacia una normalización entre los estándares propios del derecho.

La búsqueda de lo más parecido a la certidumbre jurídica es fundamental a la hora de abordar el derecho penal, más aún al hacer referencia a crímenes de extrema gravedad como aquellos sujetos a la jurisdicción de la CPI: no solo lo anterior por lo que podría implicar una acusación mal planteada hacia los individuos, sino en el respeto del principio de la economía procesal, en un sistema como aquel de la CPI que no cuenta con suficientes recursos por sí mismo, y que trata de llevar los peores criminales, culpables de los más atroces crímenes, ante la justicia.

Antes de llegar a tocar los requisitos propios de los crímenes de lesa humanidad, es interesante también detener la atención sobre la definición de *crimen* de acuerdo al derecho internacional. Por este fin, se utilizarán las herramientas propuestas en el volumen de Boas *et al.* (2009a)²: un crimen internacional puede ser definido como “una conducta que viola el derecho internacional, y es punible toda vez que sea posible individualizar responsabilidad penal, [...] con énfasis en aquellos crímenes que representan categorías *centrales* entre los demás” (Boas *et al.* 2009a: 2).

Estos crímenes, de acuerdo al artículo 5 del Estatuto de Roma, son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

² NdA: no se considera al respecto, la definición concerniente los crímenes *transnacionales*.

Cabe resaltar que, si bien el artículo 5 del Estatuto de Roma individua también el crimen de agresión (letra d), la más reciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (ICTY, en su sigla en inglés), del Tribunal Penal Internacional para el Ruanda (ICTR, en su sigla en inglés), y de la Corte Penal Internacional, solo en los primeros tres, debido a que todavía no se ha podido desarrollar (afortunadamente, se podría decir), una jurisprudencia conforme al crimen de agresión.

Por lo general existen tres elementos substantivos que conforman un crimen internacional: 1) un acto criminoso; 2) los requisitos generales propios de cada uno de los tipos criminales, y; 3) los requisitos específicos propios de algunos de ellos. Sin embargo, existe un cuarto elemento crítico para la conformación de un crimen: la presencia de una responsabilidad individual, es decir, las formas por las cuales una persona física resulta imputable por hechos internacionalmente ilícitos (Boas *et al.*: 2009a, 10).

Estos elementos tienen que todos coexistir para que se conforme un crimen internacional, cuya *ratio* es evidente en la intención de punir conductas más allá de las generalmente perseguibles a nivel nacional, y que por esto resulten de interés de la comunidad internacional.

Si bien sería posible ir más a fondo en términos generales, por cada uno de estos crímenes la jurisprudencia tanto de la CPI como de los tribunales *ad hoc* ha desarrollado interpretaciones puntuales; por lo tanto, debido al alcance de esta contribución, no se analizarán todos los crímenes mencionados, siendo que no resultaría congruente con la materia de este artículo: la atención será más bien enfocada en los crímenes de lesa humanidad, también objeto de la desamina del artículo del cual se propone una crítica.

III. RATIO Y ALCANCE DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Reconocidos abiertamente como instrumentos parte del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial, de acuerdo a Hall y Ambos (2016):

“Los crímenes de lesa humanidad tienen la intención de proporcionar protección penal en contra de transgresiones de las más fundamentales normas que protegen nuestras individualidades en cuanto actores políticos, y nuestra entidad social en cuanto miembros de comunidades políticas. Ellos protegen [...] tanto intereses colectivos [...], como intereses concretos de los individuos [...]” (Hall y Ambos 2016: 156).

Aunque concretados en el artículo 7³ del Estatuto de Roma⁴, la definición de cada uno de sus apartados sigue en algunos aspectos todavía en parte vaga, dejando espacios para interpretaciones que no siempre resultan consistentes con los principios de derecho.

En este sentido, al hablar de *crímenes de lesa humanidad*, la precisión de Boas *et al.* (2009a) es necesaria:

³ Art. 7(1): 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por *crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

⁴ Los Estatutos del ICTY y del ICTR también han proporcionados sus propias definiciones, así como otros tribunales *ad hoc*. Sin embargo, la definición del Estatuto de Roma no solo es la más reciente, sino también resulta ser la más amplia en término de contenido y alcance interpretativo.

“La lista de daños alegados que pueden configurar los crímenes de lesa humanidad [...] varía de alguna forma de acuerdo a las interpretaciones de los tribunales. Si bien existe una considerable literatura académica sobre algunos de los crímenes que no aparecen en los Estatutos *ad hoc* [...], estos no han sido todavía objeto de interpretación jurídica relevante” (Boas *et al.* 2009a: 2).

La jurisprudencia del ICTY concreta de forma más sencilla la *ratio* de los CLH: “los crímenes de lesa humanidad están concebidos para salvaguardar los más básicos valores humanos, prohibiendo las atrocidades directamente dirigidas en contra de la dignidad humana” (ICTY Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Kupreskic*, 14 enero 2000: párr. 547).

Es en 2002, en el caso *Kunarac*, que la Corte de Apelaciones del ICTY estableció la que actualmente puede ser considerada como lista definitiva de los elementos que tienen que ser satisfechos para que una ofensa se califique como crimen de lesa humanidad:

- 1) Tiene que existir un ataque;
- 2) El acto tiene que ser parte del ataque;
- 3) El ataque tiene que ser dirigido a población civil;
- 4) El ataque tiene que ser generalizado o sistemático;
- 5) El perpetrador tiene que saber que se están cometiendo crímenes generalizados o sistemáticos en contra de población civil, y que sus actos se encajan en estos patrones (ICTY Sala de Apelaciones, *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, 12 junio 2002: párr. 85)⁵.

De acuerdo a Ambos (2012), la estructura del crimen revela dos núcleos fundamentales: un contexto, y algunos hechos individuales, que deben concretarse en el contexto para que se pueda

⁵ Véase también el caso *Blaskic* (ICTY Sala de Apelaciones, *Prosecutor vs. Blaskic*, 29 julio 2004). Ambos (2012) reduce estos requisitos a cuatro: 1) una prueba disyuntiva o test sistemático; 2) el elemento de la población civil como objeto del ataque; 3) un requisito mental especial; 4) la existencia de actos individuales en el marco del ataque (Ambos 2012: 6).

afirmar que se hayan cometido crímenes de lesa humanidad (von Habel y Robinson 1999).

En este sentido, hay que aclarar que, en esta contribución, solo se tratarán cuestiones que pueden, hoy en día, representar diatribas interpretativas en la definición. No se dedicará espacio para tratar de los términos *generalizado* y *sistemático* (*ex multis* Ambos 2012): las interpretaciones ya largamente aclaradas de la naturaleza y del alcance de estos dos términos, ha manifestado como no se requiere una convivencia de los dos requisitos, sino es suficiente la existencia de por lo menos de uno de los dos, es decir de un marco amplio en término de números de víctimas (generalizado), o de un marco consistente en término de constancia y repetitividad de los hechos (sistemático)⁶.

De lo contrario, lo que es importante que se aclare es la relación entre los hechos, la presencia de un *ataque*, y su enmarco en un contexto de *políticas públicas*⁷: sobre todo este último elemento, resulta indispensable y diferencia los crímenes de lesa humanidad de los crímenes de orden común (Hall y Ambos 2016: 164)⁸.

⁶ Se aclara que tampoco se analizará la interpretación del término *población civil*, debido a que no representa alguna controversia interpretativa ni por lo general, ni menos en el contexto de análisis. Una interpretación acreditada se puede encontrar en Hall y Ambos 2016: párr. 23-25.

⁷ La definición original en inglés hace precisa referencia a “*State or organizational policy*”. En *Bemba* (CPI Tercera Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 21 marzo 2016). y en *Katanga and Ndudjolo* (CPI Primera Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, 30 septiembre 2008) se ha definido como *organizational* a grupos de personas que controlan un territorio específico o alguna organización con la capacidad de perpetrar ataques generalizados o sistemáticos en contra de la población civil. A pesar de algunas opiniones originariamente disidentes (Bassiouni 2005), hoy en día también la doctrina se muestra generalmente uniforme en esta interpretación (*cf.* Schabas 2008).

⁸ En este sentido, vale la pena resaltar que la razón por la cual no se puede prescindir del elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad, resulta justamente de la importancia de percibir algunas conductas como de interés de la comunidad internacional: de acuerdo a Ambos (2002) esto puede resultar de la imposibilidad de procesar un crimen a nivel nacional, y que la impartición de justicia sea interés de la comunidad internacional, o; que el crimen sea de extrema gravedad, normalmente acompañado de una imposibilidad (o falta de voluntad) de punirlo a nivel nacional (Ambos 2012 13).

Si bien en su origen el término *ataque* se desprende de situaciones de conflicto armado, tanto la jurisprudencia como la doctrina han aclarado como el término no hace necesariamente referencia directa al término *ataque militar* de acuerdo a la definición procedente del derecho internacional humanitario (CPI 2002: párr. 3).

En su lugar, se hace referencia a una serie de operaciones conducidas en contra de la población civil, que implica la comisión de uno o más de los actos delineados en el párrafo primero del artículo séptimo del Estatuto de Roma; de hecho, no es necesario que esté involucrada alguna acción militar, o algún utilizzo de la violencia⁹, siendo que pueden considerarse como suficientes maltratos en contra de la población civil (Hall y Ambos 2016: 164 – 165).

Sin embargo, y como se ha ya mencionado, la cuestión relevante en materia de la interpretación del término *ataque*, resulta en el *nexus* que se le debe de encontrar entre los hechos, y el ataque *per se*: en *Akayesu* el ICTR fue claro en definir que el ataque debe de ser parte de una serie de ataques (tanto sistemáticos o generalizados), y no un acto de violencia ocasional (*Akayesu*: párr. 579)¹⁰.

A pesar de que el Estatuto de Roma no proporciona elementos más claros para mejor definir este *nexus*, pero interpretaciones acreditadas (Hall y Ambos 2016: 167) mencionan cuestiones de similitud material, proximidad temporal y geográfica, entre otras¹¹: los crímenes de lesa humanidad son colectivos por su misma naturaleza, así que actos aislados (si bien de extrema gravedad) no pueden ser situados en su umbral (ICTY Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Tadic*, 7 mayo 1999: párr. 644).

A raíz de lo apenas planteado, vale la pena hacer referencia al texto del Dr. Castilla, cuando decide centrarse “primariamente en las muertes y no en todas las demás afectaciones a los derechos

⁹ Cfr. ICTR Primera Sala, *Prosecutor vs. Akayesu*, 2 septiembre 1998: párr. 581.

¹⁰ Aunque un solo ataque, pero extremadamente violento, puede ser suficiente para insertarse en el umbral de los crímenes de lesa humanidad.

¹¹ En el comentario, los dos autores mencionan como la jurisprudencia del ICTY es instructiva al respecto.

humanos que se ha documentado sufren las personas migrantes” (Castilla 2018: 25)¹². En este entendimiento, el autor aclarece que no se tratará de los demás crímenes por ser irrelevantes, sino que su “importancia y características requieren de un análisis particular a profundidad” (Castilla 2018: 25) que no puede ser alcanzado por su contribución.

En realidad, justo en el contexto de la migración internacional, entre todos los crímenes bajo los cuales se puede caracterizar el crimen de lesa humanidad, probablemente el asesinato sería el más difícil de comprobar en una relación causal. Lo anterior, se complica más a partir de la perspectiva planteada por el autor, que desprende su interpretación a partir de un texto de Ambos (2004), entendiendo así el asesinato “*largo sensu*, como la creación de las condiciones que ponen en peligro la vida con posibilidad de que ello cause la muerte según la experiencia humana razonable” (Castilla 2018: 33).

Esta interpretación de Ambos (2004, derivada de Bassiouni 1999) parece ligeramente más amplia de la generalmente aceptada, derivada de lo planteado a partir de *Akayesu*, cuando el Tribunal estableció que, para configurar un asesinato en el entendimiento de los crímenes de lesa humanidad, se requiere que la muerte haya resultado de un acto (u omisión) ilícita del acusado o de un subordinado (*Akayesu*: párr. 589)¹³.

En este sentido, el autor opina que todas las muertes por asesinato de personas sin permiso de regular instancia serían directamente causadas por políticas discriminatorias que permean las políticas internacionales. Sin embargo, olvida mencionar que el texto citado en Ambos y Wirth (2002) continua de esta manera:

¹² Hall y Ambos (2016), citando Ambos y Wirth (2002), han afirmado que, a raíz de la inconformidad interpretativa de la jurisprudencia tanto del ICTY como del ICTR, la definición del alcance del asesinato está lejos de ser indiscutible, sobre todo en lo referente al requisito de premeditación y si en su caso, un homicidio culposo sería suficiente para satisfacer el umbral requerido (Hall y Ambos 2016: 180).

¹³ Per una interpretación más articulada, cfr. Hall y Ambos 2016: párr. 30-37.

“Bassiouni concluye que, dada esta definición amplia de homicidio en los mayores sistemas penales, como homicidio se entiende [...] que incluya muertes no intencionales pero predecibles, que en sistemas de *common law* toma la definición de homicidio culposo, y en los sistemas Romanistas-Civilistas-Germánicos se entendería como homicidio doloso y homicidio culposo” (Ambos y Wirth: 47).

Al respecto entonces, la interpretación de Castilla resulta ser forzada, en el sentido que, si muchas muertes efectivamente son causadas por situaciones de generales inseguridad derivadas de políticas públicas no amigables, muchas otras se desprenden de hechos circunstanciales no directamente emergentes de las políticas públicas mencionadas.

En otras palabras, por lo general muchísimos actos de asesinato que involucran a personas migrantes no pasan el test de la *razón subyacente*, mencionado por el mismo Ambos en 2012:

“Se trata [...] de la protección contra los peligros particulares de la comisión múltiple o repetida de delitos, el apoyo activo o al menos tolerado por las autoridades (de facto) [...]. Compárese, por ejemplo, el caso de un asesinato ordinario en el curso de un robo y el asesinato de un oponente político. En el primer caso, no hay apoyo oficial o la tolerancia de la muerte. En el último caso, este amplio apoyo o tolerancia aumenta el riesgo de la víctima potencial, escuda a los responsables de la persecución y podría transformar el asesinato común en un CLH. Por lo tanto, una prueba adecuada para establecer si un determinado acto fue parte del ataque y, por lo tanto, si es equivalente a un CLH, consiste en preguntarse si el acto hubiera producido un efecto menos destructivo y peligroso para la víctima si no hubiera tenido lugar dentro del marco de un ataque y de conformidad con la política” (Ambos 2011: 16-17).

La ausencia de coherencia entre lo planteado por el autor y los elementos del crimen se percibe aún más evidente, para el caso del asesinato, en la identificación de responsabilidad objetiva “no solo por la existencia de políticas, sino también por las omisiones que

cometen al no proteger y garantizar el derecho a la vida de esas personas que se encuentre bajo su jurisdicción” (Castilla 2018: 39)¹⁴.

Además de la errónea consideración de bilateralidad perfecta entre *derecho a la vida* y *asesinato*, se da una interpretación completamente equivocada de la responsabilidad de los Estados por actos considerados ilícitos, misma que varía además para actos que implican responsabilidad penal, y actos que pueden ser referidos a una corte de justicia.

No cabe duda, por cierto, que exista responsabilidad internacional por actos ilícitos tanto en caso de comisiones, como de omisiones de conducta (AGNU 2001: artículo 2). Sin embargo, actos de dicha naturaleza no generan necesariamente responsabilidad penal: en la mayoría de los casos, son actos que generan la imputabilidad del Estado con sus representantes ante un tribunal de justicia competente, que en su caso proveerá reparación adecuada (AGNU 2001: cap. II).

Es importante resaltar lo anterior, porque en caso de la atribución de la responsabilidad por actos ilícitos, esta no puede concretarse en caso de que el Estado tenga la voluntad, pero la imposibilidad de proteger a las personas: si el Estado se encuentra

¹⁴ Esta interpretación parece similar a aquella mencionada por Piragoff y Robinson (2016) en su comentario al art. 30 del Estatuto de Roma: “las consecuencias de un crimen pueden hacer referencia tanto a los resultados finales (tales como causar muertes), o la creación de un estado de daño o de riesgo [...]. Las circunstancias de un crimen califican la conducta y las consecuencias” (Piragoff y Robinson 2016: 1114-1115). Sin embargo, las referencias de los autores se dirigen a daños inmediatamente subsecuentes o que directamente desprenden de los hechos imputados, que reflejan una conexión causa-efecto inmediata y evidente: por ejemplo, daños derivados de una mutilación o de experimentos médicos (cfr. Piragoff y Robinson 2016: notas 24 y 25). Seguramente, la interpretación de los dos autores no quiere significar un *nexus* causal tan amplio como aquel planteado por Castilla.

El subpárrafo 2 (b) del párrafo 2, del artículo 30 del Estatuto, respalda esta interpretación: si bien sea cierto que la conducta a la cual se hace referencia al párrafo primero, también se toman en consideración las consecuencias deseadas de otra conducta (*dolus directus*). Sobre la interpretación del alcance de intencionalidad de los hechos, concordamos con la mayoría de la doctrina sosteniendo que el concepto de *dolus eventualis* no puede considerarse como parte de la interpretación del Estatuto.

imposibilitado objetivamente para proteger las personas bajo su jurisdicción (hasta el punto de resultar en un Estado fallido), debido a que esto resultaría en acciones distintas a aquellas de una condena internacional. Sin embargo, en caso de responsabilidad penal, la cuestión es un poco diferente: si la responsabilidad internacional por actos ilícitos resulta en la condena de un Estado por hechos u omisiones perpetradas por sus representantes, la responsabilidad penal implica la condena de individuos enmarcados en un contexto político y organizacional, en una estrecha conexión entre causas y efectos entre los hechos imputados.

Derivado de lo mencionado, en *Akayesu* (párr. 580) y *Tadic* (párr. 653), se desprende que no es necesario que las políticas sean formalmente adoptadas por el Estado, así que una política que implícitamente o *de facto* genera crímenes de lesa humanidad es suficiente para que se considere la existencia del contexto necesario para generar el tipo penal.

Sin embargo, los Elementos del Crimen (CPI 2002) esclarecen que la política que debe de generar el ataque requiere que este sea promovido abiertamente o, en su caso, que deliberadamente se aliente la omisión de actuar¹⁵, y que conscientemente se apunte a una inacción que genera los hechos delictivos descritos en el primer párrafo del art. 7 del Estatuto de Roma¹⁶.

La nota 6 aclara: “La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”.

En el caso específico de México, no se puede hablar de una *política de Estado vuelta a asesinar a personas migrantes* ni, a su vez,

¹⁵ Ambos (2016: párr. 55) subraya en efecto como durante la Conferencia de Roma, donde se ratificó el Estatuto de la Corte Penal, los constituyentes no pudieron concordar una regla general con respecto a la configuración de las bases en los hechos omisivos. Aunque en el borrador final se había configurado un *actus reus* específico en el artículo 28, ese mismo fue cancelado por ausencia de consenso en la definición misma de omisión.

¹⁶ *Cfr.* Opinión Independiente del Juez Shahabuddeen, en ICTY Sala de Apelaciones, *Prosecutor vs. Tadic*, 15 julio 1999: párr. 33-38.

tampoco se puede afirmar de forma suficientemente acertada, que las muertes de personas migrantes en el traslado sean siempre directamente derivadas de políticas restrictivas del Estado. Tampoco, se puede pensar que las acciones que desprenden de las políticas migratorias sean causa directa de todas las muertes de personas transmigrantes en México: el nexo causal es demasiado débil, tanto directa como indirectamente.

Con toda honestidad, esta conexión sería posiblemente comprobable en muy pocos lugares del mundo.

Al revés, sería mucho más efectivo en términos legales hacer referencia a otros supuestos normativos propuestos por el artículo 7: entre ellos, las detenciones arbitrarias masivas en el caso de los supuestos por la Ley de Migración y su Reglamento y, a raíz de estas detenciones, de las torturas que se llevan a cabo en el proceso que involucra el encuentro entre personas migrantes y autoridad migratoria¹⁷.

El término *detención* ha sido interpretado de forma amplia por la jurisprudencia del ICTY y del ICTR, plasmándose así mismo en el Estatuto de Roma: se entiende así, en la interpretación del texto, tanto el aprisionamiento clásico, como *otras graves privaciones de la libertad*, siempre y cuando sean *en violación de normas fundamentales del derecho internacional* (Hall y Ambos 2016: 199)¹⁸.

Las privaciones de la libertad a las cuales hace referencia el artículo 7 del Estatuto de Roma han generalmente sido interpretadas

¹⁷ Se podrían también considerar, a raíz de la incidencia de casos, los crímenes de deportación o traslado forzoso de población (artículo 7, párr. 1, letra d). Sin embargo, su interpretación requeriría de deportaciones en violación de normas de derecho internacional: si bien es cierto que se registraron diferentes casos de deportaciones en violación al principio de no devolución, considerando que reunir para ellas los requisitos necesarios para que se consideren crímenes de lesa humanidad es difícil, y requeriría de un análisis mucho más allá de lo desarrollable en este contexto.

¹⁸ De manera relevante, ya en *Kunarac* (2002), el ICTY mencionó como un *ataque* de acuerdo a la definición del crimen de lesa humanidad, puede ser dirigido a cualquier civil (entendido como no parte de hostilidades, en caso de conflicto armado), incluyendo hechos ocurridos en situación de detención (*Kunarac*: párr. 416).

como formas de privaciones *arbitrarias* de la libertad individual (Krnojelac 2002: párr. 112)¹⁹. Si bien la prohibición de detenciones arbitrarias ha sido reconocida por numerosos instrumentos de derechos humanos, en términos de jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la interpretación en *Kordič* (2004) es de particular relevancia: se pueden considerar legales procedimientos de detención solo si:

“[...] la privación de la libertad, en una primera instancia, fue legal. Luego, a pesar de la legalidad de la primera privación de la libertad, si la persona confinada tuvo acceso a los procedimientos que la resguardan durante la detención” (ICTY Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Kordic y Cerkez*, 26 febrero 2001: párr. 279).

Sin embargo, posiblemente la interpretación del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de Naciones Unidas (1997) ofrece la interpretación más incluyente con respecto al concepto de arbitrariedad, a través de tres categorías principales:

- 1) Ausencia clara de una base legal que justifique la privación de la libertad;
- 2) Cuando la privación de la libertad se desprende a raíz del ejercicio de los derechos y las libertades garantizadas por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de los art. 12, 18, 21, 22, 25, 26 y 27 del PIDCP;
- 3) En el caso en que se verifique la inobservancia total o parcial de las normas internacionales de derechos humanos relativas al derecho al debido proceso, de una forma tan grave que pueda considerar la privación de la libertad como arbitraria (GTDA 1997: párr. 8).

Por cierto, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Vélez Loo* (Corte IDH, *Vélez Loo vs. Panamá*, 23 noviembre 2010) es posiblemente la que más puede guiar hacia el entendimiento de los estándares propios de las

¹⁹ También el término *encarcelamiento* se ha leído de forma amplia, es decir como “la privación de la libertad de un individuo sin el respeto de normas de debido proceso” (*Kordič* 2004: párr. 114).

medidas de privación de la libertad en el contexto interamericano: si se toma en cuenta el párr. 166 de la sentencia (que describe los requisitos de legalidad que se deben de respetar para que una detención no sea arbitraria), los tres puntos mencionados se encajan perfectamente en el sistema de detenciones migratorias establecido por el Estado mexicano.

Como se menciona más adelante:

“Serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines” (*Vélez Loor* 2010: párr. 171).

En este caso, sí se puede afirmar que el Estado Mexicano ha estado implementando una política de detenciones sistemáticas y arbitrarias de personas migrantes, dirigida a causar la deshumanización de las mismas y disuadirlas a entrar en el territorio mexicano (GIDMT 2018)²⁰.

Esta reflexión, también abona a respaldar la tesis por la cual hablar de crímenes de lesa humanidad “en todas las regiones del planeta” (Castilla 2018: p. 24) es aproximado y no se refleja en la necesidad de puntualidad propia de la acusación penal: definitivamente, es banalmente aproximado (en términos de derecho penal) hablar de “una política común de los Estados al establecer políticas migratorias restrictivas que impiden el uso de medios menos peligrosos y autorizados para cruzar fronteras y acceder en los países” (Castilla 2018: 36-37).

No cabe duda que cada Estado tiene derecho a implementar sus propias políticas migratorias de forma libre e independiente de acuerdo al principio de soberanía nacional, y que hay ejemplos

²⁰ *Cfr.* al respecto, las recomendaciones del Comité Internacional de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares a México (UNCMW 2017) y el reciente informe del Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración sobre Estaciones Migratorias (2017).

desafortunados de Estados que ponen en abierto riesgo la vida de las personas migrantes; a raíz de esto, no puede en algún momento desprender un análisis generalizado, y a menudo es de extrema importancia considerar cada caso como independiente, buscando de esa manera formas de responsabilidad internacional.

IV. EL ALCANCE *RATIONAE PERSONAE*: ¿QUIÉN ES IMPUTABLE?

Diferentemente de los criminales comunes, aquellos que cometen crímenes de lesa humanidad pueden no temer un castigo. Es por esto, que sus acciones magnifican el daño, además generando una atmosfera que puede propiciar la comisión de crímenes por parte de terceros (Ambos y Wirth 2002: 15).

Debido a lo anteriormente planteado, existe la posibilidad de individuar formas de responsabilidad internacional por algunos de los actos calificados por el artículo 7 del Estatuto de Roma: en el caso de las muertes en alta mar, por ejemplo, existe una copiosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que respalda el *nexus* entre políticas públicas en materia de migración, y daños alegados a las personas (*cfr. ex multis*, Tribunal EDH, *Hirsi Jamaa et al. vs. Italia*, 23 febrero 2012). Sin embargo, aquí surgen unas preguntas fundamentales: ¿se puede individuar una responsabilidad en los términos del derecho penal para los hechos adscritos? y, en su caso, ¿quiénes serían imputables?

Cassese (2005), al hablar de responsabilidad penal, recuerda que esa es *individual*: nadie puede ser considerado responsable tanto de hechos que no ha cometido, como de alguna omisión que no se puede atribuir directamente a él (Cassese 2005: 180-181)²¹.

²¹ Ya desde la jurisprudencia del tribunal de Núremberg, se individuó la necesidad de evitar condenas de masa, identificando una responsabilidad penal personal con base en principios jurídicos bien definidos (*cfr.* Tribunal Militar Internacional, *Francia et al. Vs Hermann Göring et al.*, 01 octubre 1946). Y fue el mismo tribunal, en la mencionada sentencia, a decidir que responsables de

Si bien en el transcurso de esta contribución se ha planteado la existencia de responsabilidad penal *vis-á-vis* la CPI por hechos omisivos, resulta necesario individualizar con precisión en qué momento se puede generar responsabilidad penal en los casos específico²².

De acuerdo a la opinión de Ambos (2016), en su interpretación del artículo 25, la diferencia moral entre *acción* y *omisión* depende, en términos de responsabilidad penal, de la existencia de un deber legal de actuar (Ambos 2016: 1025); es decir, esta responsabilidad yace en actores que, por su posición laboral o por su rol en la sociedad, detienen una nómina protectora hacia algunos objetos de interés social, o una responsabilidad especial sobre recursos considerados peligrosos.

La comparación entre los artículos 7, 25 y 30 del Estatuto es necesaria en esta ocasión: para que un hecho omisivo sea considerado

crímenes internacionales solo aquellos individuos que conocían que la organización de pertenencia perseguía una política criminógena, que implicaba acciones punibles penalmente (Göring 1946: 273).

También el Estatuto de Roma respalda esta interpretación, en el caso de los crímenes de lesa humanidad: el requisito general de *mens rea* (planteado en su definición general al art. 30 del Estatuto de Roma), se debe de agregar el requisito de *conocimiento* expresado por el art. 7: otra vez más, los ataques individuales deben de ser conscientemente parte de una política de Estado; es decir, en este contexto, el perpetrador debe de percibir sus acciones como parte de unos fines más grandes (Cfr. Piragoff y Robinson 2016).

²² *Stricto sensu*, siendo uno de los principios rectores para que se sustancie jurisdicción *rationae materiae* de la Corte los requisitos de *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, la CPI no tiene jurisdicción sobre hechos omisivos. Sin embargo, esta forma de responsabilidad es considerada un principio general de derecho, así que la Corte, a lo largo de su práctica jurisprudencial, se ha considerado competente *rationae materiae* en caso de responsabilidades omisivas que se pueden aducir a la persona imputada. En lo específico, en el caso *Ali* (CPI Segunda Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in the Republic of Kenya in the case of the Prosecutor vs. Muthaura, Kenyatta and Ali*, 23 enero 2012), la Segunda Sala Preliminar afirmó que “la exclusión de los actos omisivos sería contraria al objetivo y a la finalidad de la Corte en la interpretación del art. 17(1) (d) del Estatuto, en una forma que reduciría, desde el punto de vista jurídico, la jurisdicción de la Corte *rationae materiae*” (*Ali*: párr. 46).

Este debate también se ha dado en los tribunales *ad hoc*: la tendencia ha sido de utilizar la doctrina de la responsabilidad superior como una forma de responsabilidad por default en casos en que una responsabilidad directa o afirmativa no puede ser probada (Cfr. ICTY Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Blaskic*: 3 marzo 2000: párr. 337).

válido en los términos del crimen de lesa humanidad, no puede esto derivar de una mera negligencia, siendo aplicable el principio de derecho *actus non facit reum nisi mens sit rea*, requiriendo la participación de forma *dolosa* del perpetrador (Ambos y Wirth 2002: 36-37)²³. Por lo tanto, un hecho omisivo implicaría el mismo estándar de *mens rea* que un hecho positivo, es decir, tiene que ser directamente dirigido a cometer crímenes de lesa humanidad para ser considerado imputable.

Para que una persona puede ser imputable entonces, tiene que ser directamente culpable de violar normas penales, demostrando una actitud interior que implica la participación (dolosa o culposa) en el hecho o en la omisión imputada, por lo tanto, considerando inadmisibles cualquier responsabilidad penal objetiva (Cassese 2005: p. 181). En las expresiones utilizadas en *Tadic*, “el perpetrador debe tener conocimiento del contexto amplio en el cual los hechos demandados ocurren” (Primera Sala, *Tadic*: párr. 626).

Reiterando lo anterior, Ambos (2016) afirma que “un individuo es responsable penalmente en caso de que cometa, tome parte o intente cometer un crimen que se encuentra en la jurisdicción de la Corte” (Ambos 2016: 985)²⁴.

Como se encuentra explicado en los Elementos del Crimen, el perpetrador no tiene que tener conocimiento del entero *plan de ataque*, o de todos los detalles detrás de una específica política, sino es suficiente que sepa que se está llevando a cabo un ataque en general. Lo más importante, desprende de que no es necesario que un autor sepa que sus acciones eran inhumanas, o que se puedan considerar como crímenes de lesa humanidad, sino que sepa que el hecho de que haya perpetrado sus acciones en el contexto de un ataque, haya a su vez generado un aumento en sus efectos hacia

²³ Se entienda en este contexto el concepto de *doloso* en sus tres acepciones de dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual.

²⁴ Para una interpretación profundizada del art. 25 del Estatuto de Roma, cfr. Ambos (2016).

las víctimas, o haya contribuido a que otros perpetren el mismo crimen (Ambos y Wirth 2002)²⁵.

Esta interpretación ha sido también adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Bemba* (2009), cuando se ha confirmado que el test de negligencia que se debe aplicar tiene la intención de demostrar que el superior en mando tenga el deber de conocer la conducta de sus tropas (*Bemba*: párr. 432-434)²⁶.

En el caso específico mexicano entonces, que implicaría la culpabilidad del Estado por sus políticas *vis-á-vis* las personas migrantes, concorde a la posibilidad de considerar detenciones masivas contrarias a los principios generales del derecho internacional y hechos que pueden configurar crímenes de lesa humanidad, la responsabilidad individual sería *teóricamente* imputable a aquellos funcionarios públicos que percibían (o perciben) sus acciones vueltas a la privación de la libertad, como parte de una política de Estado contraria a los principios de derecho internacional.

Sin embargo, habrá que verse si es posible que la Corte Penal Internacional considere de su competencia, o más bien viable, empezar una investigación sobre el caso mexicano. Sobre todo, habrá que ver si la Fiscalía considera el caso lo suficientemente *grave* para poder desarrollar una investigación y, a raíz de ello, si lo anterior podría llevar a concluirse en una sentencia de la Corte. En el siguiente párrafo entonces, se entrará un poco más a fondo en este tema, abordando la cuestión de la *gravedad* de los hechos delictivos conforme al artículo 17 del Estatuto de la Corte, cuya consideración es necesaria con el fin de entender la forma en que la Corte puede no solo ser justa, sino también efectiva.

²⁵ En numerosos textos se hace mención como ejemplo del caso *Finta* (Corte Suprema Canadiense, *Her Majesty the Queen vs. Finta*, 24 marzo 1994), en el cual se argumenta que la “ceguedad voluntaria” es suficiente para generar responsabilidad.

²⁶ El art. 28 del Estatuto especifica que un superior en mando es punible por no haber sido capaces de prevenir que sus subordinados cometieran crímenes, o por no punirlos adecuadamente por estos hechos, no habiendo implementado todas medidas necesarias y razonables para ello. Para mayores detalles, cfr. Triffterer 2016.

V. CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA COMPLEMENTARIA DE LA CORTE PENAL: EL TEST DE GRAVEDAD.

La Corte Penal Internacional está delineada para garantizar la justicia en un contexto de graves crímenes internacionales. Sin embargo, su primer deber es velar para que los sistemas judiciales nacionales tengan la posibilidad de investigar y procesar los individuos sospechados de haber cometido crímenes bajo la jurisdicción de la Corte.

Desde una perspectiva estrictamente legal, el requisito de complementariedad está definido por los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto de Roma (Scheffer 2011: 75). Cuando una situación ha sido puesta a consideración de la Corte (Estatuto de Roma: artículo 13), y ha sido avalada la competencia por la Sala de Cuestiones Preliminares, el fiscal debe de notificar los Estados que ejercen jurisdicción sobre los hechos o los individuos investigados.

Los Estados tienen un mes para informar la Corte que están desarrollando las investigaciones necesarias acerca de los crímenes objeto de la remisión; en caso de que se dé esta notificación, el fiscal debe de retirarse por los siguientes seis meses, dejando que se desarrolle el procedimiento sin que la Corte interfiera.

Además de lo anterior, la Corte tampoco puede ejercer su jurisdicción en caso de que un Estado que tenga jurisdicción sobre ello esté investigando, procediendo, o haya ya emitido un juicio definitivo, o también si la persona sospechada ya haya sido procesada por la misma conducta delictiva imputada; excepciones solo pueden considerarse en caso de que los procedimientos sean evidentemente viciados, o si, durante los procedimientos investigativos, se comprobara que el Estado no pueda o no quiera genuinamente proseguir con el procedimiento.

En último, la Corte puede considerarse incompetente en caso de que el Caso no resulte suficientemente grave para justificar ulteriores acciones de la Corte. El test de gravedad es probablemente

la barrera más significativa para la admisibilidad: ese abona a que la Corte se enfoque en crímenes cometidos por personas con una posición de alto liderazgo, cuando exponentes menores de las cadenas de mando pudieron haber orquestado ataques individuales que, si son vistos con una mirada en conjunto entre todos los actores de la cadena de mando, pueden constituir crímenes de magnitud significativa (Scheffer 2011: 75).

Es congruente la opinión de SáCouto y Cleary (2008), cuando deducen la *ratio* del término no solo en la necesidad para la Corte de enfocarse en los crímenes verdaderamente graves, sino también en un principio de economía procesal, es decir para que no se ahogue en la magnitud del número de casos a procesar (SáCouto y Cleary 2008: 809)²⁷.

La definición de cuál sería una gravedad *suficiente* para justificar el proceder de la Corte, y los criterios para determinarla, han sido discutidos a lo largo de los años desde la creación de la CPI, sobre todo a través de la práctica desarrollada por la Corte misma (Ochi 2016).

La norma 29 del Reglamento de la Oficina del Fiscal, ofrece hoy en día la única interpretación normativa vigente. Al párrafo dos, se expresa como “para evaluar la gravedad de los presuntos delitos, la Fiscalía debe de considerar diferentes factores, dentro de los cuales su magnitud, su naturaleza, las modalidades de perpetración, y el impacto” (Reglamento de la Oficina del Fiscal, párr. 2). Sin embargo, la práctica anterior de la Corte representa una base de análisis fuerte, sobre todo considerando que la jurisprudencia desde el 2009 ha desarrollado una trayectoria interesante.

²⁷ Cfr. El Zeidy 2008: “Si la CPI tuviese que manejar cualquier tipo de crímenes bajo su jurisdicción, incluyendo aquellos de menor gravedad, estaría inundada de casos y no resultaría afectiva debido a la carga de trabajo excesiva y desproporcionada. Esta fue la filosofía en origen detrás de la introducción del mecanismo de admisibilidad en el Borrador del 1994 de la Comisión de Derecho Internacional, que fue considerada como la base para construir el mecanismo del Estatuto de Roma” (El Zeidy 2008: 36).

En 2006, con respecto a la situación en Iraq y a la decisión de justificar la improcedencia de su investigación con base justamente en la gravedad de los hechos, el Fiscal Luis Moreno Ocampo expresó que, para medir la gravedad, un rol principal lo juega el número de víctimas que los delitos investigados son capaces de procurar: en el caso específico, el Fiscal decidió no investigar sobre la situación Iraquí porque el número de víctimas de otros contextos bajo investigación era más alto, así de no resultar suficiente para satisfacer el umbral mínimo de gravedad.

Si bien esta afirmación puede ser controversial, describe a la perfección el pragmatismo necesario por los funcionarios de un órgano cuyos recursos son muy escasos, frente a la cantidad de crímenes que en teoría podrían ser sujetos de la jurisdicción de la Corte.

Seguramente, la cuestión de la voluntad política y de la real autonomía/poder *absoluto* de la Fiscalía es muy fuerte: como resaltado por Schabas (2008b), el hecho de que la Fiscalía no pueda decidir sobre la gravedad de los hechos a investigar en caso de remisión directa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas limita la tesis pragmática del Fiscal Ocampos, lamentablemente válida desde una perspectiva de economía procesal.

Seguramente, no es este el contexto apto para entrar en un discurso interminable sobre la efectividad e imparcialidad del Consejo de Seguridad de la ONU, y como eso afecta la independencia de la CPI, pero seguramente vale la pena dejar ahí el interrogativo con referencia a la interesante y controversial interpretación del Fiscal Ocampos.

En el caso *Lubanga* (CPI Primera Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, 26 octubre 2006), la Sala de Cuestiones Preliminares de la ICC por primera vez tuvo la posibilidad de establecer criterios para la definición de la gravedad, argumentando que el test se compondría de tres preguntas eje: si la conducta tiene características sistemáticas o de larga escala; la posición en mando de la persona en mando, es decir, si es un alto

oficial militar o de gobierno; si esa persona se podría considerar alta en mando, considerando su rol en la comisión de los hechos y, el rol que la organización que representa en la comisión general de los crímenes en la jurisdicción de la Corte.

La corriente pragmatista fue criticada por Murphy (2006) que, desde una perspectiva sustancial, afirmó que el pragmatismo no puede ser base para impunidad, dejando que posibles perpetradores de graves crímenes internacional evadan la justicia simplemente con base en su (falta) de posición de liderazgo (Murphy 2006: 312). Por cierto, este test limitaría de forma inapropiada la discreción de la Fiscalía, haciendo imposible investigar y juzgar a criminales no altos en la cadena de mando.

En 2010, cuando el Reglamento de 2009 ya había entrado en vigor, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Abu Garda* argumentó que efectivamente la naturaleza, la forma y el impacto del supuesto ataque son cruciales en definir la gravedad del mismo, anexando también que la dimensión cualitativa del ataque tiene que ser tomada en consideración (CPI Primera Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in Darfur in the Case of the Prosecutor vs. vahar Idriss Abu Garda*, 8 febrero 2010: párr. 31). De esta forma, la Corte encontró la forma posiblemente de deslindar la definición de gravedad desde la posición del perpetrador, a su vez enfocándose en la perspectiva de la víctima, es decir, sobre su percepción del daño recibido o del impacto de los crímenes imputados (Ochi 2016: 8).

A pesar de que aparentemente se estaba desarrollando una línea interpretativa más incluyente de lo inicialmente tratado en *Lubanga*, con el caso *Kenya* (2010), la Sala de Cuestiones Preliminares enfocó de nuevo la importancia de la decisión sobre la gravedad en la que los imputados tengan el nivel más alto de responsabilidad para los presuntos delitos cometidos (párr. 60), confundiendo finalmente el contexto interpretativo, sobre todo sobre el porqué no se solicitó un recurso a la Camera de Apelación para que se revisara la consistencia de la Sala de Cuestiones de Preliminares sobre este asunto (Ochi 2016: 10).

En la Sesión Temática sobre la Situación en Colombia, el Fiscal explicó que su proceso de selección de la situación involucra también dos factores más: la importancia y el rol en la jerarquía del posible imputado. Adjunto a lo anterior, en su requerimiento de la autorización para empezar las investigaciones sobre la situación en Costa de Marfil (2011), el Fiscal expresó que, al examinar la gravedad de casos potenciales, tomó en consideración, entre la lista de personas o grupos posiblemente involucrados, aquellos que parecían tener responsabilidad por los crímenes más graves (CPI Tercera Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in the Republic of Cote d-Ivoire Coast*, 23 junio 2011: párr. 56).

Si bien parecía entonces que la importancia de los perpetradores la jugaba un rol de padrón en la interpretación de la Fiscalía, con la publicación del *Policy Paper on Preliminary Examination* (2013), aparentemente la interpretación prevalente fue aquella procedente de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la Situación en Kenia.

Por lo general, los dos enfoques que se han descrito en estos últimos párrafos pueden resumirse en una visión desde la perspectiva de la víctima, y en otra visión desde la perspectiva de la persona sospechosa. De acuerdo a la práctica de la CPI, la posición de liderazgo de la persona posible imputada ha sido considerada como irrelevante, mientras que ese elemento ha sido considerado como parte de la evaluación de la gravedad de la situación (Ochi 2016: 13).

La idea de un estándar doble hace referencia entonces a situaciones diferentes a lo largo de los procedimientos entre la Fiscalía y la Corte: el enfoque que se encentra sobre los crímenes y las víctimas, se adopta en el proceso de selección de casos, mientras que el procedimiento acerca de la selección de procesos requiere que el enfoque también considere la posición de liderazgo de las personas sospechadas.

Sin duda, la falta de claridad es caracteriza la interpretación del concepto de gravedad, mismo que en muchas ocasiones ha

generado críticas justamente por su discrecionalidad. Como han mencionado SáCouto y Cleary (2008):

“Si la Fiscalía no maneja con cuidado la distinción entre consideraciones de gravedad con el fin de determinar si un caso o una situación es admisible ex artículo 17 del Estatuto de Roma, y consideraciones de gravedad finalizadas a determinar cuáles situaciones y casos, entre los posiblemente admisibles, serán investigados o perseguidos como parte de los poderes discrecionales de la Fiscalía, la percepción pública de la Corte podría verse lastimada” (SáCouto y Cleary 2008: 851).

Aunque muchas son las críticas, la Corte no puede dejar de ser pragmática: debido a la escasez de recursos, la existencia de un doble estándar que permita seleccionar casos emblemáticos es necesaria, justamente para garantizar la efectividad del sistema.

A pesar de lo complicado que resulta ser este análisis, el artículo del Dr. Castilla carece de una articulación suficiente que pueda justificar la acción de la Fiscalía. A pesar de que, en su informe al Consejo de Seguridad, la Fiscal mencionó que está recolectando informaciones para que se pueda abrir una investigación relativa a crímenes contra migrantes en Libia, esto implicaría que la Fiscal percibe que la *situación en Libia* merece un análisis profundizado.

Como esto se relacione a la situación de las personas migrantes *sine permissum* en las diferentes regiones del globo, resulta demasiado ambiguo e impreciso, para que se pueda satisfacer con claridad el umbral de la gravedad.

VI. CONCLUSIONES

Los crímenes de lesa humanidad, así como los demás crímenes internacionales bajo la jurisdicción de la CPI, están diseñados para activar la competencia de la Corte solo en casos extremadamente graves: como se ha podido examinar en las páginas anteriores,

son muchos los elementos que tienen que coexistir para que la Corte pueda activarse, y terminar con una sentencia de condena su procedimiento.

Aunque el Estatuto de Roma expande el alcance de los crímenes de lesa humanidad como ninguna otro Tribunal *ad-hoc* precedentemente (Scheffer 2011), su *ratio* sigue siendo cualificar hechos en un contexto de violaciones graves generalizadas o sistemáticas a los derechos humanos.

Lo que es importante resaltar de la Corte es su función complementaria: a pesar de que está delineada para impartir justicia penal internacional en un juzgado internacional, tiene el primario deber de permitir a los sistemas nacionales la oportunidad inicial de investigar y procesar personas sospechadas de haber cometido crímenes atroces, o cualquier otro asunto de competencia de la Corte (Scheffer 2011: 74-75).

Hasta ahora, todavía no se había tocado uno de los puntos más problemáticos del escrito aquí criticado, es decir el momento en que el autor brincó de las declaraciones de la fiscal de la Corte, a la individuación de crímenes de lesa humanidad para todas las personas migrantes en tránsito en diferentes lugares en el mundo.

Como ya se dijo anteriormente en este texto, es una aproximación que un estudio *fríamente de derecho* no se puede permitir.

Las situaciones descritas por la Fiscal en su informe ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas son acertadas: en Libia la situación es tremenda, y esto confirmado por años de informes de organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil²⁸. Sin embargo, las conclusiones a las cuales se llegó son equivocadas: no puede existir competencia de un tribunal internacional *penal* para los crímenes evidenciados, por qué no existen los supuestos para definir una política transnacional que genere (otra vez, de forma transnacional) la muerte de personas migrantes.

²⁸ *Cfr. ex multis*: Amnistía Internacional 2018.

Afirmar esto implicaría rebasar la *ratio* tanto del Estatuto de Roma, como de la misma Corte Penal Internacional: además de las cuestiones relativas a la voluntad política de los Estados a remitir la cuestión a la CPI, no existen los presupuestos jurídicos para que la Fiscalía ejerza su acción en una Corte. En la idea del autor, la Fiscalía debería de tomar en cuenta empezar investigaciones paralelas sobre todos los países del mundo donde las personas migrantes sufren condiciones inhumanas debido a políticas públicas, individuar una responsabilidad individual y, con el aval de la Sala de Cuestiones Preliminares, esperar que los Estados con sus propios mecanismos se den el tiempo de impartir justicia.

Siendo realistas, este esfuerzo resultaría en un desgaste para la Fiscalía, además que no permitiría de verdad impartir justicia. Como justamente dice el autor, posiblemente el único caso posible al momento “para llegar a la jurisdicción de la CPI es Libia”, pero no solo por daños a personas migrantes (Fiscal 2017: párr. 25-29), sino por las atrocidades que en los últimos años se han perpetrado en su territorio²⁹.

Sin embargo, no cabe duda que en algunos contextos del mundo (véase las recientes practicas italianas) se pueden derivar hechos que podrían convertirse en crímenes de lesa humanidad: sin embargo, a partir de los hechos concretos, ¿es posible individuar un imputado, y definir una responsabilidad penal?

Es exactamente en este punto que falla la consideración del test de gravedad: es decir, no todas las cuestiones en el mundo donde las personas migrantes sufren graves violaciones a sus derechos humanos pueden ser consideradas suficientemente graves de acuerdo a los dos estándares mencionados en el capítulo anterior.

²⁹ La fiscal afirmó por cierto que se emitió un mandato de arresto para “Mr. Al-Tuhamy”, ex capo de la Agencia de Seguridad Interior bajo Muammar Gaddafi, pero por crímenes de lesa humanidad para aprisionamientos, persecución, tortura y otros actos inhumanos, además de crímenes de guerra de tortura, tratos crueles y ultrajes contra la dignidad de la persona; es decir, en un contexto mucho más amplio de los daños alegados a personas migrantes en tránsito.

Por lo general, parece entendible el afán de gritar al *crimen internacional* con sentido amarillista; sin duda alguna, hacen más ruido las teorías sensacionalistas, que un análisis verdaderamente apegado a principios jurídicos.

¿Existe una política internacional vuelta a causar asesinato de personas migrantes? No. ¿Existe en algún lugar del mundo una política particular que puede generar crímenes bajo la jurisdicción de la Corte? Mucho más que probable. ¿Puede considerarse la Corte competente? Esto depende de muchos factores, entre los cuales, la necesidad de seleccionar situaciones e imputados de acuerdo al poder discrecional de la Fiscalía.

Lamentablemente, la CPI no está para punir todos los crímenes graves que existen en este mundo: su razón de ser sigue siendo complementaria a las autoridades nacionales, y no se puede pensar recurrir a ella por cualquier situación que, si bien resulta grave, tiene sus márgenes de resolución en otros contextos. Además, la Corte no está estructurada para punir políticas de Estado – por eso, existen las cortes de justicia. La Corte debe de punir crímenes, y por lo tanto debe de poder encontrar una persona imputable.

En fin, si de verdad se quiere incidir en el tema, la forma para cambiar las políticas públicas que afectan las personas migrantes no sería recurrir a la Corte Penal Internacional: en dado caso, existen Cortes a nivel regional que ya se han probado efectivas en influir en las políticas públicas emitiendo condenas directas para actos ilícitos internacionales, individuando así una responsabilidad para el Estado, en lugar que para los individuos

En el caso mexicano, no cabe duda que existan crímenes gravísimos en contra de personas migrantes que transitan o residen en el territorio nacional: sin embargo, considerar que exista responsabilidad penal por altos funcionarios parece demasiado arriesgado, siendo que sería difícil detectar una responsabilidad individual por la implementación de una política pública desde hace más de diez

años, aunado a lo difícil que sería concretar los presupuestos previstos por el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Por lo general, sería importante considerar acciones diferentes no dirigidas a la Corte Penal Internacional para poder solucionar el problema mexicano: se puede recurrir tanto a mecanismos nacionales de incidencia, como fomentar la intervención de mecanismos de Naciones Unidas o Interamericano para poder meter suficiente presión hacia la clase gobernante.

En fin, la lógica de esta contribución, como resulta del título, es complementar un texto seguramente interesante e innovador, respondiendo, pero, a la realidad de los hechos, con una mirada desde el trabajo de campo. Sin embargo, la conclusión de Castilla es cuanto nunca acertada:

“Lo único claro hoy es que hay muchos debates pendientes, aspectos por precisar y un largo camino por recorrer. Pero también, una realidad en la que la comunidad internacional está viendo cómo se pierden vidas humanas, ante lo cual no podemos ser meros espectadores” (Castilla 2018: 44).

Que se haga, pero, a través del derecho o, en su caso, a través de la lucha política: los dos ámbitos, en este momento, no se pueden conyugar, y la Fiscalía de la Corte está enterada de ello.

BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai (2016): “Article 25. Individual criminal responsibility”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), tercera edición, C.H.BECK – Hart – Nomos, Londres, 979 – 1029.

Ambos, Kai (2012): “Crímenes de lesa humanidad y la corte penal internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17, 1 – 30.

- Ambos, Kai (2003): "Some preliminary reflection on the mens rea requirements of the crimes of the ICC statute and of the elements of crimes" en *Man's inhumanity to man. Essays in honour of Antonio Cassese*, Vohrah, Lal Chand *et al.* (ed.), Martin Nijhoff Publishers, La Haya, 11-40.
- Ambos, Kai y Wirth, Steffen (2002): "The current law of crimes against humanity: an analysis of UNTAET regulation 15/2000", en *Criminal Law Forum*, núm. 13, 1 – 90.
- Amnistía Internacional (2018): *La situación de los derechos humanos en el mundo*. Informe 2017/2018. Disponible en: «https://www.ara.cat/2018/02/21/INFORME_Sencer_AI2017.pdf?hash=a9fbc-17f83a80404691d42638d304440a308fca1. » [Consultado el 15 de agosto de 2018].
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2001). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. A/56/83.
- Bassiouni, Mahmoud Cherif (1999): *Crimes against humanity in international criminal law*, segunda edición, Martin Nijhoff Publishers, La Haya.
- Bassiouni, Mahmoud Cherif (2005): *The legislative history of the ICC: introduction, analysis and integrated text*, Transnational Publishers, New York.
- Boas, Gildeon *et al* (2009a): *International criminal law practitioner library. Elements of crimes under international law*, vol. II, University Press, Cambridge.
- Boas, Gildeon *et al* (2009b). *International criminal law practitioner library. Forms of responsibility in international criminal law*, vol. I, University Press, Cambridge.
- Cassese, Antonio (2005): *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*, vol. I *Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna.
- Castilla Juarez, Karlos Artemio (2018): "Asesinato de personas migrantes *sine permissum* en tránsito. ¿Un crimen de lesa humanidad competencia de la corte penal internacional?" en *Revista Mexicana de Ciencias Penales* núm. 4, 21-47.

Comité Internacional de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (UNCMW) (2017): *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de México*. CMW/C/MEX/Co/3.

Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración (2017): *Personas en detención migratoria en México*. Disponible en: «https://www.estudiosdemigracion.org/wp-content/uploads/2017/08/CCINM-Informe_Final-Monitoreo.pdf» [Consultado el 13 de agosto de 2018].

Corte Penal Internacional (2013): *Policy paper on preliminary examination*. Disponible en: «https://www.icc-CPI.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf» [Consultado el 15 de agosto de 2018].

Corte Penal Internacional (2002): *Elementos del Crimen*. PCNICC/2000/INF/3/Add.2

Corte Penal Internacional (2009): *Regulations of the Office of the Prosecutor*. ICC-BD/05-01-09.

Cryer, Robert *et al.* (2007): *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, University Press, Cambridge.

Dimitrovska, Milka (2015): “The concept of international responsibility of state in the international public law system” en *Journal of Liberty and International Affairs* núm. 1(2), 8-22.

El Zeidy, Mohamed (2008): “The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court” en *Criminal law forum* núm. 19, 35-57.

Fiscal General de la Corte Penal Internacional (2017): *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*. Disponible en: «<https://www.icc-CPI.int/pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib>» [Consultado el 14 de agosto de 2018].

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (1997): *Cuestión de los Derechos Humanos de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión*. E/CN.4/1998/44.

- Grupo Impulsor contra la Detención Migratoria y la Tortura (2018): *Detención Migratoria y Tortura: del Estado de Excepción al Estado de Derecho*. Disponible en: «<http://vocesmesoamericanas.org/wp-content/uploads/2018/06/GIDMT-Documento-Inicial.pdf>» [Consultado el 12 de agosto de 2018].
- Hall, Christopher Keith y Ambos, Kai (2016): “Article 7. Crimes against humanity”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), Tercera edición, C.H.BECK – Hart – Nomos, Londres, 144-294.
- Murphy, Ray (2006): “Gravity issues and the International Criminal Court” en *Criminal law forum* núm. 17(3), 281-315.
- Ochi, Megumi (2016): “Gravity threshold before the international criminal court: an overview of the court’s practice”, en *ICD Brief* núm. 19. Disponible en: «<http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20160111T115040-Ochi%20ICD%20Format.pdf>» [Consultado el 14 de agosto de 2018].
- Piragoff, D. y Robinson, Darril. (2016): “Article 30. Mental element”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), Tercera edición, C.H.Beck – Hart – Nomos, Londres, 1111-1124.
- SáCouto, Susana y Cleary, Katherine (2008): “The gravity threshold of the International Criminal Court” en *American Journal of International Law* núm. 23(5), 807-854.
- Schabas, William Anthony (2008a): “Crimes against humanity: the state plan or policy element” en *The Theory and Practices of International Criminal Law. Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Scharf, Michael y Sadat, Leila (eds.), Martin Nijhoff Publishers, La Haya, 347-364.
- Schabas, William Anthony (2008b): “Prosecutorial discretion v. judicial activism at the International Criminal Court” en *Journal of international criminal justice* núm. 6(4), 731-761.

Scheffer, David (2011): “The international criminal court” en *Routledge handbook of international criminal law*, Schabas, William Anthony, Bernaz, Nadia (ed), Routledge, New York, 67 – 84.

Tallgren, Immi (2002): “The sensibility and sense of international criminal law”, en *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 3, 561-595.

Triffterer, Otto (2016): “Article 28. Responsibility of commanders and other superiors” en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), tercera edición, C.H.BECK – Hart – Nomos, Londres, 1056 – 1106.

Von Habel, H., Robinson, D. (1999): “Crimes within the jurisdiction of the court” en *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, Lee, Roy (ed.), Martin Nijhoff Publishers, La Haya, 79 – 126.