

ASESINATO DE
PERSONAS MIGRANTES
SINE PERMISSUM
EN TRÁNSITO
UN CRIMEN DE
LESA HUMANIDAD
COMPETENCIA
DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL?

○ Karlos A. Castilla Juárez*

*Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Investigador visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Personas migrantes**

Migrants

○ **Lesía humanidad**

Against Humanity

○ **Corte Penal Internacional**

International Criminal Court

○ **Asesinato**

Murder

Resumen. Las muertes de personas migrantes *sine permissum* en tránsito por diferentes regiones del mundo son una situación que ha llamado la atención de diversos sectores de la comunidad internacional. A partir de que hay datos de seguimiento de dicha situación, se observa como el número de muertes va en aumento año con año. Ante esa realidad que enfrenta la comunidad internacional, en este artículo se busca establecer, con base en la jurisprudencia y doctrina jurídica internacional, por qué esas muertes pueden considerarse como un crimen de lesa humanidad (asesinato) de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y, por tanto, si esa situación podría entrar en la jurisdicción del referido tribunal internacional.

Abstract. The deaths of immigrants *sine permissum* in transit through different regions of the world is a situation that has attracted the attention of various sectors of the international community. Since there has been data monitoring this situation, it is observed that the number of deaths is increasing year by year. Facing this situation, this article seeks to establish, based on jurisprudence and international legal doctrine that these deaths can be considered as a crime against humanity (murder) in accordance with the provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court and, therefore, such situations could fall within the jurisdiction of that international court.

SUMARIO:

I. Introducción. II. La situación de las personas migrantes *sine permissum* en tránsito. III. Asesinato de personas migrantes *sine permissum* en tránsito ¿Un crimen de lesa humanidad? IV. La competencia de la Corte Penal Internacional. V. Conclusión. VI. Fuentes de Consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El 8 de mayo de 2017, al presentar el décimo tercer informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ante el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, la fiscal expresó la alarma de su oficina por la naturaleza y escala de los crímenes que se están cometiendo en contra de personas migrantes, incluidas mujeres, niñas y niños, cuando transitan por el territorio de Libia (Prosecutor, 2017). Dichos crímenes incluyen muertes, violaciones y otras formas de violencia sexual, tortura, trabajo forzado, esclavitud y tráfico de personas, pero también las formas y condiciones de detención de dichas personas en los centros destinados a ese fin, tanto oficiales como no oficiales, en diferentes regiones del mencionado país (Prosecutor, 2017).

Ante esa situación, la fiscal expresó que se estaba analizando la situación a partir de la información disponible para determinar si los alegados crímenes contra personas migrantes están dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (en adelante Corte o CPI), para lo cual pedía que se le hiciera llegar cualquier información confiable respecto a los actores estatales y no estatales que pudieran estar involucrados especialmente con las redes de contrabando y tráfico humano que operan en Libia (Prosecutor, 2017).

Esa situación es la primera en la que, involucrando de manera central a la “categoría” personas migrantes, la Fiscalía expresa pública y oficialmente su consternación e interés en allegarse de más información para poder decidir si aquello podría caer dentro de la competencia de la CPI, pero no es la primera ni la única situación respecto a la cual se le ha hecho llegar información.

Además de esa situación, en febrero de 2017 la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Stanford junto con Global Legal Action Network, le hicieron llegar información a la Fiscalía respecto a la situación de las personas solicitantes de asilo en los centros de detención creados por Australia fuera de su territorio, en donde se

documenta que dichos lugares tienen condiciones inhumanas para las personas ahí privadas de libertad, además de que se han cometido abusos psicológicos y sexuales de adultos y niños, entre otros actos de tortura contra personas refugiadas y solicitantes de asilo y que, por tanto, se están cometiendo crímenes de lesa humanidad (en adelante CLH) en contra de esas personas migrantes.

Más recientemente, en julio de 2017, la Federación Internacional de Derechos Humanos junto con un grupo de organizaciones de la sociedad civil mexicanas, también hicieron llegar a la Fiscalía información relacionada con el asesinato, desapariciones y tortura de, entre otras, personas migrantes que transitan por México y, más específicamente, por uno de los estados del norte de este país (Coahuila). En dicha comunicación se argumenta y documenta especialmente el secuestro, asesinato y trabajos forzados a los cuales son sometidas las personas migrantes por grupos del narcotráfico presentes en esa región de México, mismos que no son debidamente investigados y sancionados, con lo que todo eso constituye un CLH.

Es muy posible que estas situaciones no sean las únicas que han llegado a conocimiento de la Fiscalía de la CPI, aunque sí son

las únicas respecto a las cuales se encuentra información pública disponible. Pero en todo caso, son un buen ejemplo que nos muestra que la situación que enfrentan las personas migrantes es muy similar en prácticamente todas las regiones del mundo, especialmente en el caso de todas esas personas que, sin contar con la autorización del Estado, transitan por su territorio pretendiendo llegar también sin autorización a otro, independientemente de las razones que han motivado la salida de su país de origen o de aquel en el que se encontraban al iniciar su travesía.

Pero no solo eso, estas situaciones también dan muestra de que las muertes y condiciones inhumanas que padecen las personas migrantes en tránsito no se están presentando solo en un país o región del mundo, sino en muchos y en prácticamente todas las regiones del planeta, aunque son más visibles y presentes en los países o zonas que cumplen con la función de ser las últimas fronteras naturales-geográficas antes de llegar a esos otros países o regiones que son el objetivo final de algunas personas migrantes.

Ante esa realidad que vivimos, la alarma que ha encendido la Fiscalía y la evidente preocupación de la sociedad civil, surgen algunas preguntas: ¿Esos hechos de violencia cometidos en contra o que afec-

tan especialmente a personas migrantes *sine permissum* en tránsito y muertes son CLH? Si son CLH ¿la CPI debería tomar conocimiento de esas situaciones, procesar a los probables responsables y, en su caso, sancionarles?

A esas dos preguntas daré respuesta en este artículo desde un ámbito estrictamente jurídico. Respecto a la primera, la tesis que pretendo demostrar es que sí son CLH, ya que como lo argumentaré, cumplen con las características que se han establecido para que una situación pueda considerarse como CLH. Eso, sin dejar de establecer los aspectos que podrían ser discutibles en algunos casos. Debo advertir que en este primer ejercicio de análisis me centraré prioritariamente en las muertes y no en todas las demás afectaciones a los derechos humanos que se ha documentado que sufren las personas migrantes, sin que ello signifique que no sean relevantes, sino más bien, que por su importancia y características requieren de un análisis particular a profundidad que sobrepasa los objetivos de este artículo.

La segunda pregunta es más difícil de responder de manera genérica. No obstante, la tesis que pretendo sostener es que sí debe conocer de esas situaciones la CPI, específicamente en todos aquellos Estados que han reconocido la

competencia de la Corte y no solo, una vez más, respecto a un país africano. Eso sin dejar de mostrar las dificultades no solo jurídicas, sino también políticas para hacer posible esto.

Para cumplir esos objetivos, en primer lugar, describiré a partir de la información disponible cuál es la situación que enfrentan las personas migrantes *sine permissum* (en adelante PMSP) en tránsito en diferentes regiones del mundo. Obviamente, partiendo de establecer a quién considero como PMSP y destacando cuáles son las regiones donde más muertes se han presentado.

En segundo lugar, demostraré mi primera tesis, esto es, porqué las muertes de las PMSP son un CLH de conformidad con los criterios y elementos que permiten calificar una situación bajo esa denominación. Para eso, estableceré cómo se satisface cada uno de los requisitos configuradores de los CLH en el supuesto de asesinato. Mi punto de referencia será el contenido del Artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante Estatuto) como norma jurídica más acabada en la tipificación de esos crímenes, pero obviamente apoyado en doctrina y jurisprudencia relevante para entender el alcance y sentido que tiene el contenido de esa norma internacional.

En tercer lugar, argumentaré de manera breve mi segunda tesis, es decir, las razones por las cuales la CPI tiene la competencia para conocer de esos CLH cometidos en contra de las PMSP en tránsito, no solo en un país, sino en varios. Pero también, sin olvidar los obstáculos para hacer esto posible.

Con todos esos elementos, para finalizar, estableceré algunas ideas a manera de conclusión. Debo advertir desde ahora que este artículo parte y se desarrolla desde la fría visión del Derecho en el que las competencias y facultades de los órganos son elemento esencial y que, en este caso, tratándose del Derecho penal internacional, así como tiene valores específicos por proteger, también tiene requisitos mínimos que satisfacer para poder asignar una determinada calificación a actos y situaciones.

Esto lo advierto por la única razón que desde algunos ámbitos no jurídicos parecería innecesario tener que argumentar más cuando día a día nos enteramos de la muerte de decenas o cientos de personas migrantes en su intento por alcanzar lo que ellas consideran será una vida mejor, ya que si partiéramos de esa información, desde un punto ético, moral y humanitario, parecería lógico y obligado que la CPI interviniera para sancionar a los responsables de esas muertes y, con

ello, intentar poner fin a esa constante pérdida de vidas humanas. Pero en el mundo del Derecho, por como lo hemos configurado, para bien o para mal, hace falta algo más que una evidente situación grave para que órganos internacionales como la CPI puedan ejercer sus facultades y cumplan con sus deberes.

II. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO

Lo primero que debo precisar es que, por PMSP “me refiero a todas esas personas que se encuentran en el territorio de un país que no es jurídicamente el suyo y que no cuentan con el permiso de las autoridades migratorias para estar allí o al haber vencido el permiso que en su momento autorizó su entrada, sea cual sea el origen de esa ausencia o pérdida de autorización” (Castilla, 2017, p. 2), así como el motivo por el que han hecho el movimiento migratorio.

Siendo relevante para este texto que se encuentren en tránsito, esto es, no me referiré a todas aquellas PMSP que ya se han asentado o llevan más de tres meses residiendo en un país con el objetivo de permanecer en él aunque no cuenten con los permisos necesarios para ello, sino

solo a aquéllas personas cuyo objetivo es llegar a cualquier otro punto geográfico.

Las cifras de muertes que utilizaré como base de este análisis son las que reporta la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM) a partir de su proyecto *Missing Migrants Project*, que es el que metodológicamente mayores certezas nos proporciona en la actualidad. Por una parte, recoge información proporcionada por autoridades nacionales, informes de medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y entrevistas con sobrevivientes de hechos en los que las PMSP han perdido la vida. Por otra parte, contabiliza a las personas migrantes que han muerto o desaparecido en el proceso de migración, excluyendo las muertes ocurridas en los centros de detención de inmigrantes, durante la deportación, o tras el regreso forzoso, así como las muertes relacionadas con el estatus irregular de los migrantes, como las resultantes de la explotación laboral, ni aquellos que mueren o desaparecen después de que se establecen. Con lo que cumple con el objetivo concreto que, como antes establecí, me interesa analizar en este artículo.

Insisto una vez más que las muertes y otros hechos de violencia que sufren las PMSP en centros de detención, por explotación

laboral u otro tipo de crímenes y tratos inhumanos es importante tenerlos presentes, pero por requerir un análisis más particular (país por país) y una metodología de conteo más fina, prefiero dejarlos fuera de este primer análisis para solo partir de información y datos sólidos y debidamente contrastados que, al menos en una parte, permitan demostrar de manera objetiva la gravedad de la situación que estamos viendo en los movimientos migratorios a través de las fronteras.

Hechas esas precisiones, el primer problema al que me enfrento para cubrir la información relacionada con la muerte de las PMSP es que no hay cifras confiables de esas muertes antes del año 2014. Lo cual, es una clara muestra de que las vidas perdidas en el movimiento migratorio no han sido de interés de los Estados, pues si lo fueran, existirían registros oficiales de las causas de la muerte o de las investigaciones realizadas para determinar ello.

Dato que no es menor, ya que mientras que en lo que respecta a las naves negras —que transportaron más de 10 millones de esclavos de las costas africanas a las de América— disponemos tanto en los puertos de partida como en los de llegada, de registros muy precisos acerca de los esclavos que en ellos embarcaron y desembarcaron (Curtin, 1969 y Thomas, 1999),

conociendo incluso que en esos largos viajes transoceánicos de la historia de la migración hubo un 2% de pérdidas de vidas humanas, ese mismo 2% de pérdidas es una estimación que por defecto y a la ligera podríamos afirmar que ha existido históricamente, aunque es una trágica realidad cuyas verdaderas dimensiones todavía se ignoran (Livi, 2012).

Lo anterior se corrobora, por ejemplo, con el informe *Viajes fatales: seguimiento a las vidas perdidas durante la migración*, publicado en septiembre de 2014 por la OIM que indica que desde el año 2000 y hasta esa fecha habían muerto 40,000 personas migrantes en viajes terrestres y marítimos. Pero esas cifras, como lo advierte el propio informe, solo recogen las muertes que han sido reportadas, por lo que invitan a que ello se considere como un mínimo.

Ese panorama nos da muestra clara de la situación a la que nos enfrentamos. Por muchos años las muertes (la vida) de las PMSP no han sido de interés de los Estados, no se han investigado las causas u origen de estas, menos a sus responsables y, en muchos casos, los cuerpos que se han encontrado ni siquiera han sido identificados con el fin de asignarles una identidad (Grant, 2011).

Así, la información que con mayor certeza se tiene actualmente, sin ser necesariamente el total de

muertes de las PMSP (es el que se recoge en la figura 1 *infra*).

Por su elevado número de muertes en un solo acto, sin ser los únicos y para dar ejemplos concretos respecto a los lugares en donde han ocurrido las muertes de esas PMSP, se puede destacar en el año 2014, las 170 ocurridas en el Mediterráneo fuera de la costa de al-Qarbouli, Libia (22 de agosto); las 45 en las costas de Italia (29 de junio); las 251 en el Lago Alberto, Uganda (22 de marzo); las 105 en diversas regiones de México (30 de agosto-30 de octubre); o las 147 ocurridas en un periodo de menos de seis meses de ese año en la frontera de México con Estados Unidos.

En el año 2015, algunos ejemplos de los eventos más graves son las 43 muertes ocurridas fuera de las costas de Lesbos, Grecia (28 de octubre); las 95 cerca de las costas de Trípoli y Sabartha, Libia (1 de octubre); las 106 en Perlis, Malasia (26 de mayo); las 750 a 120 millas al sur de Lampedusa, Italia (18 de abril); las 42 en Yemen (9 de marzo); o las 71 ocurridas en Viena, Austria (27 de agosto).

En el año 2016, como ejemplos de actos concretos en donde murió un número elevado de personas se pueden destacar las 15 muertes ocurridas fuera de las Costas de Colombia con destino a Panamá (11 de enero); las 34 en Níger cerca

de la frontera con Argelia (11 de junio); las 120 cerca de Sabratha, Libia (21 de julio); las 204 a 7.5 millas de la costa de Egipto (20 de septiembre); las 52 en diversos lugares de México (3-22 de octubre); o las 54 en Indonesia (1 de noviembre).

El total de muertes de las PMSP que antes se ha destacado nos muestra como desde el año 2014 estas han ido en aumento, especialmente en regiones como el Mediterráneo, África del Norte, Centroamérica que incluye a México y la frontera

de México con Estados Unidos, a pesar de que también en Europa se nota un incremento aunque no constante. En tanto que en el resto de las regiones se mantienen números más constantes en la cantidad de vidas de seres humanos perdidas en los movimientos migratorios sin autorización.

Las causas finales o específicas de cada una de esas muertes no siempre son fáciles de determinar, pero todas han ocurrido con motivo del tránsito migratorio de esas personas

Figura 1. Aproximado de número de muertes de PMSP

Región	Muertes 2014	Muertes 2015	Muertes 2016 ¹	Muertes 2017 ²
África del norte	89	801	1.377	265
África subsahariana	268	74	92	136
Caribe	73	55	105	96
Centroamérica y México	116	101	180	46
Cuerno de África	249	135	235	173
Europa	16	133	61	35
Frontera México-Estados Unidos	307	337	402	242
Mediterráneo	3.283	3.784	5.143	2,408
Medio Este	39	34	114	52
Sudeste Asiático	824	789	181	45
TOTAL	5.264 personas	6.243 personas	7.890 personas	3.498 personas ³

¹ Para este año se incluyó como región a Sudamérica en donde se registraron 33 muertes.

² Esta información está actualizada al 6 de agosto de 2017. Con lo cual no se incluye, por ejemplo, la muerte de al menos 50 personas y desaparición de 30 originarias de Etiopía y Somalia, ocurrida el 10 de agosto en las costas de Yemen, al ser lanzadas al mar por los traficantes que les transportaban. Pero tampoco incluye por ser anterior (2010), por ejemplo, el asesinato en un solo acto de 72 personas migrantes en Tamaulipas, México.

³ No se olvide que este total corresponde solo a la información disponible al 6 de agosto de 2017, no de la totalidad del año.

por el territorio de un país del cual no son nacionales, ni cuentan con la autorización para encontrarse ahí. Con lo que, al menos, todas esas personas han visto afectado su derecho a la vida reconocido en todos los instrumentos universales y regionales de derechos humanos, así como en un importante número de textos constitucionales.

Ahora bien, ¿esas muertes se podrían considerar un CLH? Esas alarmantes cifras que representan vidas de seres humanos perdidas en movimientos migratorios ¿son un tema que solo compete a los Estados en donde ocurren o debe ser una situación de la cual debe conocer la CPI?

En los siguientes apartados intentaré dar respuesta a esas preguntas, por ahora es clara la situación a la que nos enfrentamos, que no es exclusiva de una región del mundo o país, a pesar de que existen algunos en donde es más grave por su número en actos únicos o diversos actos y su reiteración.

III. ASESINATO DE PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO ¿UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD?

El hecho de que cada año mueran —según la región del mundo que se

analice— decenas, centenas o miles de personas por cruzar fronteras y países sin autorización, es una situación grave que debe llamar la atención. Especialmente porque el reconocimiento de derechos humanos como la vida o la integridad física y psicológica no depende de la nacionalidad que se posea, ni del estatus migratorio con el que se cuente, son derechos humanos que los Estados deben respetar, proteger y garantizar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación ni condicionamiento alguno.

¿Pero el hecho de que ocurran esas muertes se puede considerar por sí mismo como un CLH? Es evidente que sea una o miles las muertes, pueden considerarse como una grave violación de los derechos humanos, más si no se hizo nada para protegerles y evitar que ocurriera la muerte, así como si una vez ocurrida esta no se investiga y sanciona a quienes pudieran ser responsables de ello. Pero ¿qué es lo que hace que estas violaciones de derechos humanos se puedan considerar como un CLH? ¿Por qué esas muertes son relevantes en el ámbito del Derecho internacional y dejan de ser crímenes de interés y competencia solo de los ámbitos nacionales?

Para dar respuesta a esas preguntas, no entraré a describir la interesante historia del nacimiento,

debates y desarrollo del concepto de CLH o contra la humanidad,⁴ ni las muy interesantes posiciones filosóficas desde las cuales se puede reflexionar qué es o qué debería ser considerado como CLH⁵.

El análisis que desarrollaré será desde las normas vigentes del Derecho penal internacional (Artículo 7 del Estatuto) y las interpretaciones jurisdiccionales (jurisprudencia) y doctrinales (académicas) que se han desarrollado para intentar precisar qué es o qué entra dentro del concepto de CLH. Lo cual puede ser una posición limitada, pero también es la única que actualmente tenemos para que una situación pase de los debates teóricos a la materialización de sanciones. Advirtiendo también que acudiré al entendimiento más acabado o reciente que comparto de cada uno de los elementos, sin entrar a los debates que los rodean y continúan, pues de eso ya se ocupan muchos interesantes textos.⁶

Esta precisión para mí es importante, ya que es muy común desde diferentes ámbitos el calificar como CLH situaciones que, si bien son graves y lamentables violaciones de derechos humanos, no tienen los elementos particulares para ser considerados como tales (Dubler, 2008), con lo que se banaliza y desvirtúa

el sentido y fin de la existencia del concepto CLH. Aspecto que en este caso bajo estudio es relevante, porque a las muertes de las PMSP en tránsito se le ha llegado incluso a denominar como “genocidio migratorio”, cuando jurídicamente en la actualidad, y desde otros ámbitos, eso no se puede sostener,⁷ aunque ambos conceptos incluyan conductas inadmisibles que por su gravedad por años se ha debatido si son realmente diferentes (Ratner, 2007).

Bajo este entendido, de acuerdo con el Artículo 7 del Estatuto son 15 actos determinados,⁸ 2 determinables⁹ y otros actos inhumanos de carácter similar a los anteriores que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente

⁷ Un ejemplo de los muchos que se pueden encontrar en este sentido es la columna publicada en el diario *El País* bajo el título “Genocidio pasivo”, disponible en: https://elpais.com/ccaa/2016/03/14/catalunya/1457966116_418973.html

⁸ 1) Asesinato; 2) Exterminio; 3) Esclavitud; 4) Deportación; 5) Traslado forzoso de población; 6) Encarcelación; 7) Tortura; 8) Violación; 9) Esclavitud sexual; 10) Prostitución forzada; 11) Embarazo forzado; 12) Esterilización forzada; 13) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género 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; 14) Desaparición forzada de personas; 15) El crimen de apartheid.

⁹ 1) Otra privación grave de la libertad física (distinta a encarcelamiento) en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; 2) Cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable pero distinta a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado o esterilización forzada.

⁴ Véase (Liñán, 2015) o (Geras, 2011).

⁵ Véase (May, 2005).

⁶ Véanse (Chernor, 2013) o (Ambos y Wirth, 2002).

contra la integridad física o mental, los que pueden entrar dentro del concepto de CLH.

Si atendemos a esta primera idea y los reportes existentes en relación a las afectaciones que sufren las PMSP en tránsito, es posible establecer que en su caso se han presentado asesinatos, esclavitud, deportación, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, desaparición forzada y privaciones de libertad en violación de normas fundamentales de derechos humanos en los centros de detención migratoria (Prosecutor, 2017).

Pero esos actos deben además cometerse bajo un contexto específico para poder entrar en la categoría CLH. Estos elementos de contexto son justo los que distinguen a los crímenes ordinarios dentro del derecho nacional de los crímenes internacionales (Ambos y Wirth, 2002, p. 13). “El elemento de contexto se convirtió así en el elemento internacional” (Ambos, 2012, p. 7). Así, el Artículo 7 previamente referido exige que los actos antes enumerados se den como parte de: a) un ataque; b) generalizado o sistemático; c) contra la población civil y d) con conocimiento de dicho ataque.

Bajo esas exigencias, ¿las muertes de las PMSP en tránsito se pueden considerar CLH? Veámoslo a partir

de entender qué significa cada uno de esos elementos contextuales y si estos los podemos ubicar de manera genérica en lo que está ocurriendo en diversas regiones del mundo.

A. ¿LOS ASESINATOS DE PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO SON A CAUSA DE UN ATAQUE?

Por *ataque*, de acuerdo con la jurisprudencia que es más seguida y citada académicamente, se entiende como todo aquel evento en el cual se lleva a cabo alguno de los crímenes que antes se han enumerado. Precisando que, de hecho, dentro de un solo ataque puede existir una combinación de los actos enumerados, como el asesinato, la violación y la deportación (Kayishema, 1999, párr. 122).

Con lo que el término *ataque* para el caso de los crímenes de lesa humanidad debe ser despojado de cualquier connotación o contexto bélico o de conflicto armado, para ser entendido simplemente como el evento o situación en el que se lleva a cabo uno o varios de los actos que el Artículo 7 del Estatuto tipifica como tales.

Bajo este entendido y teniendo en cuenta que de conformidad con los Elementos del Crimen que, de acuerdo con el Artículo 9 del

Estatuto, son los criterios que ayudan a la CPI a interpretar y aplicar los Artículos 6, 7 y 8 del referido Estatuto, el *asesinato* se configura cuando “el autor haya dado muerte a una o más personas” y que, “[l]a expresión ‘dado muerte’ es intercambiable con la expresión ‘causado la muerte’”.¹⁰ Esto es, entendiendo 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” (Ambos, 2004, p. 173).

Por lo que, bajo ese entendimiento, todo indica que las muertes de las PMSP en tránsito satisfacen este primer requisito, esto es, que son causadas en un ataque en el que se comete el crimen de *asesinato* al generarse todas las condiciones para causárseles la muerte. Esto es, los actos y omisiones de los autores generan la muerte de las PMSP.

Más si tenemos presente que los ataques no son exclusivamente actos violentos en sentido estricto (Kaing, 2010, párr. 298), con lo que también pueden entrar en este concepto, por ejemplo, medidas legislativas o administrativas que establezcan, generen, mantengan y, por tanto, constituyan el ataque general o la fuente de éste (Schabas, 2010).

Esa afirmación puede atacarse diciendo que nadie les causa la

muerte, al ser muertes “accidentales” que ocurren cuando las embarcaciones en las que van se hunden, cuando se asfixian dentro del medio de transporte utilizado, cuando caen del tren en el que viajaban sin autorización, cuando son víctimas de otro tipo de violencia o por alguna otra causa vinculada con la ingesta de alimentos, la deshidratación, la picadura o ataque de un animal o alguna otra causa similar a estas. Sin embargo, por más “accidentales” que se pudieran considerar, el que las PMSP se coloquen bajo esos riesgos y, por tanto, aumenten sus posibilidades de perder la vida no son meramente accidentales, sino necesarias para alcanzar sus fines ante las políticas migratorias que se implementan en casi todas las regiones del mundo.

Puede ser que exista un margen de muertes naturales que se estén contabilizando en el número total de muertes y, respecto a estas, podría ser debatible que se consideren como un ataque. Pero las demás, como quedará confirmado en los siguientes apartados, necesariamente debemos colocarlas bajo el concepto de asesinato en los términos antes establecidos.

¹⁰ Nota al pie número 7 de los Elementos del Crimen.

B. ¿EL ATAQUE QUE SUFREN LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO ES GENERALIZADO O SISTEMÁTICO?

En mi opinión, este elemento contextual es el que sin duda define a un acto como CLH y lo diferencia de lo que podría ser un crimen del orden común de competencia nacional, especialmente por el alcance que se le ha dado a los términos generalizado y sistemático.

Así, que sea *generalizado* es una característica cuantitativa que indica que un acto (ataque) se ha llevado a gran escala, involucrando un gran número de víctimas, con lo que el elemento central es el número de víctimas, antes que la reiteración de actos, pudiendo ser suficiente un solo acto si este es de una magnitud extraordinaria (Ambos, 2012).

En tanto que *sistemático* es una característica cualitativa que indica que un acto (ataque) es el resultado de una planificación metódica, con lo que el elemento central es la organización previa con la que se lleva a cabo el acto (Ambos, 2012).

En la jurisprudencia existente se ha establecido lo que expresamente se contiene en el Artículo 7.1 del Estatuto, esto es, que el ataque puede ser generalizado o sistemático, pero no necesariamente de las dos formas (Bemba, 2009, párr. 82). Con lo cual, un ataque para ser

considerado como CLH puede satisfacer solo el elemento cuantitativo (generalizado) o solo el elemento cualitativo (sistemático), indistintamente y el cumplimiento de uno de ellos es suficiente para que una situación se pueda considerar como un CLH.

Ahora bien, pese a lo anterior y por confuso que pueda parecer, a esos dos elementos contextuales el Artículo 7.2. a) del Estatuto les estableció un aspecto adicional condicionante, que consiste en que el “ataque contra una población civil” debe tener “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

Lo confuso es que parece contradecirse la idea de “comisión múltiple” con lo que antes he señalado que debe entenderse por generalizado y “una política de Estado o de una organización” con lo que se entiende por sistemático. Sin embargo, en realidad, el elemento relevante de eso es que esa conducta generalizada o sistemática debe tener una línea de conducta basada en una política.

“Esto significa que el elemento de la política es indispensable y su ausencia no puede ser compensada,

por ejemplo, con un número particularmente elevado de actos y/o víctimas” (Ambos, 2012, p. 8). “De hecho, la existencia de una política de Estado puede ser el mejor criterio para distinguir entre los delitos individuales que pertenecen a los sistemas de justicia nacionales y los delitos internacionales con sus normas y principios especiales en materia de jurisdicción, inmunidades, limitaciones legales y defensas”¹¹ (Schabas, 2008, p. 982).

Con lo que el elemento generalizado ya no solo requiere de una cantidad de víctimas para ser considerado un CLH, sino que debe responder a una política de actuación que también podría ser una política de inacción, tolerancia o aquiescencia frente a crímenes de lesa humanidad (Ambos, 2012). Es decir, que la “política de actuación”¹² puede ejecutarse a partir de la realización de ataques como por la omisión deliberada de actuar ante esos ataques, por tolerarlos o alentarlos tanto por acción como por omisión. No obstante, la existencia de este elemento solo (sin cualquiera de los otros dos) no configura por sí mismo un CLH (Dubler, 2008).

¹¹ Traducción de quien escribe este artículo, original en inglés.

¹² Un interesante análisis sobre el “policy element” para definir qué es un CLH frente a otras alternativas que se han presentado se encuentra en (Dubler, 2008) o (Schabas, 2008).

Otro aspecto relevante que introduce ese Artículo 7.2 es que deja en claro que esa “política de actuación” puede ser de un Estado o de una organización, con lo que ya no sólo actores estatales son quienes pueden llevarla a cabo. Pero siempre debe existir dicha política para que se pueda considerar un crimen como de lesa humanidad. Definir qué es o puede ser esa política no es nada sencillo en todos los casos, pero eso es un debate desde el origen de la creación del Estatuto e incluso anterior a éste (Chernor, 2013).

A partir de esos elementos, veamos si las muertes de las PMSP en tránsito puede considerarse que se dan de forma *sistemática*, esto es, si hay actos de violencia organizados cuya ocurrencia no es solo al azar, si existe un plan organizado en apoyo (o tolerancia) de una política común, que sigue un patrón regular y resulta en una continua comisión (o tolerancia) de actos y no sólo una repetición accidental de una conducta delictiva similar sobre una base regular (Katanga, 2008, párrs. 394 y 397).

En ese sentido, lo primero que debe quedar establecido es que prácticamente todas las muertes de las PMSP se dan como consecuencia de ser víctimas de mafias de contrabando de personas (UNODC, 2010), que son las que fijan las rutas

por las que deben transitar, dan los medios de transporte y/o transportan a estas personas (UNODC, 2011). Mafias que en muchos países operan con la aquiescencia o incluso con la complicidad de autoridades estatales, así sean estas de último o primer nivel.

Las causas particulares de muerte de las PMSP varían en cada región del mundo y, como adelanté, en algunos casos además del *asesinato* que es el crimen del que aquí nos estamos centrando, también se han documentado casos de esclavitud, tortura, violación, esclavitud sexual y prostitución forzada que actualizarían otros supuestos del tipo penal de CLH contenido en el Artículo 7 del Estatuto.

Pero además, la existencia de esas mafias de contrabando de personas y la necesidad de que las PMSP hagan uso de esos medios no tiene un surgimiento casual, sino que está ligado directamente con las políticas migratorias de los Estados. Esto es así, porque las leyes que regulan la migración o extranjería, son cada vez más restrictivas, establecen requisitos de difícil cumplimiento y, con ello, se genera la necesidad de acudir y utilizar vías y medios no legales —que suelen ser económicamente más costosos que las vías legales— a fin de intentar cruzar fronteras y trasladarse de un país a otro.

Pero en tanto no se entienda que “la gobernanza de la migración no es una cuestión de cerrar las fronteras y evitar la entrada de las personas, sino de regular la movilidad abriendo canales de migración accesibles, regulares, seguros y asequibles y promoviendo y celebrando la diversidad” (Relator, 2017, párr. 16), los Estados no recuperarán de manera efectiva el control de sus fronteras y seguirán generando pérdidas de vidas humanas al poner (directa en algunos casos, indirecta en otros) en manos de mafias sin escrúpulos a las PMSP.

Con lo que parece claro que los ataques que sufren las PMSP en tránsito y que son las causas de sus muertes (asesinato) son, por una parte, actos organizados que siguen un patrón regular que genera una continua comisión de dichos actos y no solo una repetición accidental por parte de las mafias o bandas organizadas de tráfico de personas migrantes.

Por otra parte, esos ataques que generan los asesinatos son el resultado de una política común de los *Estados* al establecer políticas migratorias restrictivas (Kalpouzou y Mann, 2015)¹³ que impiden el uso

¹³ Políticas migratorias que en idéntico sentido que el que aquí le doy son identificadas en el artículo citado y por la Clínica Internacional de Derechos Humanos y Resolución de Conflictos de la Escuela de Derecho de Stanford en conjunto con Global Legal Action Network en la comunicación dirigida a la Fiscalía de la CPI respecto

de medios menos peligrosos y autorizados para cruzar fronteras y acceder a los países.¹⁴ Políticas migratorias que, por ejemplo, en el caso de Europa o Australia ha llevado a externalizar las fronteras por medio de acuerdos con países limítrofes, de origen o de paso obligado para las PMSP, a fin de que éstos hagan el trabajo sucio del control migratorio y se encarguen de evitar que las personas lleguen a sus territorios (Rijpma y Cremona, 2007). Aunque también, en muchos países, hay una abierta tolerancia a los actos de las mafias, con lo que el elemento sistemático se acreditaría de igual forma desde ese punto de vista.

Pero no solo eso, desde los diferentes Estados en todas las regiones es fácil acreditar, en mayor o menor medida, *omisiones*¹⁵ que dan lugar a responsabilidad penal individual, ya que existiendo obligaciones legales (incluidas en constituciones, tratados y leyes) de actuar para proteger y garantizar la vida de las personas

que se encuentren bajo su jurisdicción, no lo están haciendo de manera efectiva y real. Esto es muy evidente en las muertes que ocurren dentro del territorio de los Estados, pero también lo es incluso en alta mar, en donde “el primer deber del Estado es proceder al salvamento” (Fernández, 2009, p. 385), pues rescatar a quienes se hallen en peligro en el mar es también un deber establecido en el Derecho del Mar y la tradición marítima (ONUDD, 2005).

Lo antes señalado podría confirmarse con lo que ha establecido el Relator de Naciones Unidas sobre migrantes, quien justamente como aquí, al observar el fenómeno en su totalidad, señala que: “Los Estados deben pasar de una actitud de tolerancia cero a una de reducción del daño, que debilite a las organizaciones delictivas responsables del tráfico de migrantes, atienda a las preocupaciones de seguridad de los Estados y, en última instancia, reduzca el sufrimiento humano y salve vidas. Si los Estados desean recuperar el control de sus fronteras, deben proporcionar a los migrantes canales de movilidad regulares, seguros, asequibles y accesibles” (Relator, 2017, párr. 16).

La situación actual nos debe llevar a reflexionar sobre las políticas migratorias de manera profunda, pues como se observa, es cada vez

a: “The Situation in Nauru and Manus Island: Liability for crimes against humanity in the detention of refugees and asylum seekers”.

¹⁴ Derivado también de esas políticas migratorias bien valdría la pena analizar a partir de situaciones concretas los casos de deportación, tortura, desaparición forzada y privaciones de libertad en violación de normas de derechos humanos que sufren las personas migrantes, y que actualizarían otros crímenes tipificados en el Artículo 7 del Estatuto.

¹⁵ Para un análisis a profundidad de las omisiones en el Derecho penal internacional se recomienda: (Olásolo, 2013, pp. 751-849)

más coincidente entender a dichas políticas como el origen de los CLH que se cometen contra las PMSP y que, por tanto, no son situaciones aleatorias, aisladas o accidentales, sino políticas sistemáticas (Kalpouzos y Mann, 2015) que están causando sufrimiento humano, han creado nuevas formas de crimen y un creciente número de vidas humanas perdidas en todas las regiones del mundo, pues no son exclusivas de una región.

No pierdo de vista que en el caso de las conductas estatales la asignación de responsabilidad individual puede ser una situación compleja en el ámbito penal, pero en este momento solo quiero demostrar el elemento sistemático de los ataques. En todo caso, en este punto, lo relevante es que los ataques que dan origen a los asesinatos son el resultado de una planificación, en la que hay una organización previa (políticas migratorias y organización criminal, respectivamente), de conformidad con lo antes expresado.

De igual forma, sé que el referirme a las políticas migratorias estatales como una planificación u organización que causa los ataques, puede ser muy debatible y se me puede asegurar que ese no es su fin. Sin embargo, mientras dichas políticas no proporcionen opciones de movilidad regulares, seguras, asequibles y accesibles, al ser cada vez

más restrictivas, excluyentes y discrecionales, el efecto que indirectamente están causando es el que año con año las PMSP sean asesinadas en las diversas rutas migratorias ilegales que se han creado en todo el mundo.

Ahora veamos si se puede considerar como *generalizado*, es decir, que es un ataque a gran escala con un patrón regular en la comisión de la conducta que denotan una política común. Un ataque que está planeado, dirigido u organizado en oposición a actos espontáneos o aislados de violencia (Katanga, 2008, párr. 396).

Si partimos del hecho de que en los últimos tres años y medio de acuerdo con la información disponible se nos indica que mientras en el año 2014 murieron 5,264 PMSP en tránsito, para el 2016 la cifra llegó a 7,923 muertes en todo el mundo, podríamos tener un primer indicio de que es un ataque generalizado.

Sin embargo, hay regiones del planeta en donde las muertes de las PMSP en un año no han llegado a las 50 (Europa o Medio Este), aunque en otros años en todas las regiones del mundo en un solo año se han superado las 50, 100, 200, 1000 ó 5000 muertes. Con lo que resulta evidente que cada situación particular debe ser analizada para determinar este elemento contextual.

Si tomamos como ejemplo el Mediterráneo, Centroamérica que incluye a México, el cuerno de África o la frontera de México y Estados Unidos, en donde entre 2014 y 2016 el promedio de muertes ha sido de 4,070; 132; 206; y 349, respectivamente, parece evidente que se ha llevado a gran escala, involucrando un gran número de víctimas, habiendo casos, como antes se expuso, en el que en un solo acto han muerto al menos 750, 204 ó 72 personas, por citar solo unos ejemplos de los ya mencionados en el segundo apartado.

Así, en cuanto a su magnitud (número de víctimas), con que en un acto sean decenas, en un corto periodo de tiempo a partir de varios actos centenas o en todo un año varias centenas o miles, me parece que es suficiente para afirmar que la parte cuantitativa para considerarse generalizado se cumple, con más o menos claridad en las diferentes regiones y países en las que están ocurriendo esos asesinatos. Afirmer lo contrario, sería admitir que las vidas de las PMSP no importan o que están fuera de la protección del derecho a la vida que se le reconoce a toda persona.

Pero al no ser suficiente el número de víctimas para que se considere un CLH, el elemento de “política de actuación” también se cumple, en los términos que se han

descrito antes respecto a las mafias y los Estados, por idénticas razones que se actualiza el elemento sistémico. Más aún en el caso de los Estados, no solo por la existencia de esas políticas migratorias, sino también por las omisiones que cometen al no proteger y garantizar el derecho a la vida de esas personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sea en el ámbito terrestre o marítimo.

En cuanto al elemento cuantitativo válidamente se me puede decir que es incorrecta esa apreciación ya que, por ejemplo, en la región del mundo donde actualmente más muertes de las PMSP ocurren que es en la zona del Mediterráneo con destino a Europa, en lo que va del año 2017 han muerto 2,408 personas, pero en cambio han llegado 118,227 personas por mar a Europa (OIM, 2017). Lo que significa que de las 120,635 personas respecto a las cuales hay registros de que hicieron esa travesía por mar, 1 de cada 36 personas perdieron la vida o lo que es lo mismo, solo el 2% murió y el 98% logró su objetivo. Análisis similar que se puede hacer por cada año y región. Sin embargo, aceptar eso, sería a su vez aceptar que es correcto que los movimientos migratorios se lleven a cabo de esa forma, lo que incluye obviamente la intervención de mafias organizadas y aceptando indirectamente que la pérdida de la vida es

un costo que algunas personas deben pagar para poder ejercer su libertad de movimiento (Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

De igual forma se me puede decir que los Estados no son pasivos ante esas muertes, ya que han celebrado tratados que buscan combatir el tráfico de migrantes y en los casos del Mediterráneo o México, por ejemplo, se han creado grupos y mecanismos especiales que buscan rescatar o asistir a las PMSP en tránsito que se encuentran en peligro o están bajo las mafias de traficantes u otros grupos delictivos nacionales o transnacionales. Sin embargo, por una parte, eso no está evitando que las personas sigan arriesgando sus vidas pues lo que se necesita es la transformación de las políticas migratorias y, por otra parte, esas acciones son simplemente parte del mínimo cumplimiento de sus obligaciones de proteger y garantizar el derecho a la vida de las personas bajo su jurisdicción.

Además, lo anterior también queda en segundo término cuando las insuficientes actuaciones estatales han llevado, en esos dos ejemplos de México y el Mediterráneo, a que ante la inacción o insuficiente acción estatal, organizaciones de la sociedad civil lleven a cabo funciones de búsqueda, salvamento y rescate de las personas con vida o de

la recuperación de los cuerpos sin vida. Situación que pone de manifiesto el nivel de omisión en el que están incurriendo los Estados frente a estas situaciones.

Así, el hecho de que en parte se intente rescatarles y en algunos casos se investigue y sancione, no ha sido suficiente para evitar esos ataques sistemáticos y generalizados, con lo que en análisis particulares podría eximirse de responsabilidad penal, pero eso no elimina la configuración como CLH de esas situaciones.

Como puede observarse, no es fácil y menos generalizable el poder acreditar este elemento de contexto en el caso bajo análisis. No obstante ello, sí cumple con los elementos mínimos que permiten afirmar que en términos del Estatuto, los asesinatos cometidos contra las PMSP en tránsito son un CLH al ser ataques sistemáticos y generalizados en prácticamente todas las regiones del mundo. Sin que eso signifique que, por esa simple razón, todas las situaciones puedan caer automáticamente dentro de la jurisdicción de la CPI.

C. ¿LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO SON CUALQUIER POBLACIÓN CIVIL?

Este elemento es el más sencillo de establecer, ya que el concepto de población civil ha buscado incluir a cualquier tipo de persona, independientemente de su nacionalidad, origen étnico, social, racial o cualquier otra característica objetiva o subjetiva que pueda servir para distinguirlos. Que se hable de “cualquiera” justamente sirve para reforzar la idea de que el sujeto pasivo del ataque pueda ser toda población civil (Leñán, 2015), donde sea que se encuentre.

Para este análisis es interesante y relevante destacar que en la jurisprudencia internacional se ha puesto especial énfasis en la irrelevancia legal de la nacionalidad de las víctimas, indicando que pueden ser de la misma nacionalidad que el autor del ataque, apátridas o con una nacionalidad diferente (Tadic, 1999, párr. 635).¹⁶

En ese sentido, cualquier PMSP en tránsito es población civil y, por tanto, son claramente sujeto pasivo de la conducta criminal.

D. ¿EL ATAQUE A LAS PERSONAS MIGRANTES *SINE PERMISSUM* EN TRÁNSITO SE HACE CON CONOCIMIENTO?

Este elemento que sirve para una evaluación más particular de atribución de responsabilidad, podemos simplificarlo diciendo que se cumple cuando el autor “haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de, o estaba destinada, a ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, sin que se requiera conocer todos los detalles o características de dicho ataque, ni del plan o política del Estado o de la organización (Katanga, 2008, párr. 396).

De manera más simple, el conocimiento implica, por un lado, que el autor debe saber de la existencia del ataque y, por el otro, debe saber que su acto individual forma parte de este ataque (Ambos, 2012).

Bajo esa perspectiva, parece evidente que en general, tanto en las mafias como en el Estado se conoce, por una parte, la existencia del ataque, esto es, del asesinato de las PMSP y, por otra parte, que en mayor o menor medida es causado por su acción o su omisión. Sin olvidar que el conocimiento no implica que el autor comparta necesariamente el propósito o características del ataque (Gacumbitsi, 2004, párr. 302).

¹⁶ Criterio que se reiteró una década después (Katanga, 2008, párr. 399).

En el caso de las mafias lo anterior se acredita de manera sencilla por el hecho de que en las zonas o condiciones de mayor riesgo, abandonan o dejan solas a las personas una vez que las han colocado en la situación que generará su muerte. En el caso de los agentes estatales, se acredita por el hecho de que como antes señalé, al conocer lo que está ocurriendo, han creado mecanismos que buscan reducir los ataques, aunque como también ya se dijo, estos resultan insuficientes. Pero en uno u otro caso, es evidente que el conocimiento al menos general del ataque se conoce y su actividad forma parte de la política de actuación (criminal/negocio – legal/migratoria) que está detrás.

IV. LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como he establecido antes, los asesinatos de las PMSM en tránsito pueden considerarse como un CLH bajo los elementos de contexto y caracterización que hace de estos el Artículo 7 del Estatuto. Esta conclusión, puede ser debatible, como lo han sido y son el alcance de cada uno de los elementos de contexto antes señalados en la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, como lo

demonstré, hay elementos suficientes para sostener esa conclusión.

Bajo esa premisa, la CPI contaría en principio con competencia material para conocer de esos crímenes (Garibian, 2009). Aunque en todo caso, los elementos que antes se han descrito deben quedar acreditados en cada situación, no es una regla general.

Sin embargo, las situaciones que están ocurriendo en las jurisdicciones de Australia, España, Grecia (Kalpouzou y Mann, 2015), Italia, Libia, Malta, México (López, 2016) o Túnez, al menos,¹⁷ por el número de vidas perdidas, la falta de investigación y, por tanto, sanción a los responsables de esas muertes; así como por ser todos estos Estados que han aceptado la competencia de la CPI y dichos crímenes estar ocurriendo cuando esa competencia está en pleno funcionamiento, deberían dar lugar a que al menos se iniciaran exámenes preliminares por la Fiscalía de la CPI.

Si bien cada situación requiere un análisis particular y minucioso, en todos estos hay claros indicios de la acreditación de los presupuestos personal, material, temporal y territorial que activan la jurisdicción abstracta de la CPI; así como el presupuesto de la falta de auténtica disposición en unos casos y de

¹⁷ Por razones obvias, no incluyo a países que no han aceptado la jurisdicción de la CPI.

capacidad en otros para investigar y enjuiciar los asesinatos de personas migrantes. Además de que, parece evidente que el presupuesto de gravedad es claro por el número de vidas que se están perdiendo año con año, y que, la activación de la jurisdicción de la CPI redundaría en el interés de la justicia para poner fin a esa situación.¹⁸

Sé muy bien que para que la CPI entre a conocer una situación, antes que cualquier valoración jurídica, por buena o mala que sea, requiere de un respaldo político y diplomático cuyo eje gira en torno al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En ese sentido, de todas esas situaciones, de todos esos países, el mayor candidato para llegar a la jurisdicción de la CPI es Libia. Aunque bajo este contexto, tengo serias dudas respecto a que solo ese país llame la atención, cuando es justamente Libia como lo son Marruecos, Argelia o Túnez con quienes la Unión Europea y, sobre todo, los países europeos antes mencionados (o la propia Unión Europea), están celebrando acuerdos con el fin de que sigan conteniendo a las PMSP que intentan llegar a Europa, de igual forma que en ese mismo sentido lo hace México respecto a Estados Unidos.

¹⁸ Para profundizar en cada uno de esos presupuestos véase (Olásolo, 2003, pp. 127-280).

Con lo que, por más que se den razones jurídicas, al parecer, sobran razones políticas para frenar cualquier intento de investigación que ponga bajo escrutinio criminal las políticas migratorias que actualmente se aplican alrededor del mundo. Esto no debería ser así, pero tampoco podemos ser ingenuos respecto a cómo funcionan las cosas, de que “el Consejo de Seguridad y la CPI, como todas las instituciones internacionales, son criaturas de la diplomacia y la política, no de la humanidad”¹⁹ (Dubler, 2008, p. 101).

V. CONCLUSIÓN

Son muchas las situaciones en las que las personas pierden la vida o sufren afectaciones a su integridad o sus bienes que, cuando se conocen, causan indignación. Sin embargo, ni su gravedad, ni la indignación internacional que puedan generar son suficientes para que respecto de ellas pueda conocer un tribunal internacional como la CPI.

Lo anterior no es fácil de entender fuera del Derecho, pero tiene razones históricas que lo justifican y una presunción en favor de las capacidades de los Estados que lo sostiene, pues son estos los que por proximidad, pueden atender mejor las

¹⁹ Traducción de quien escribe este artículo, original en inglés.

diversas situaciones. No obstante ello, hay situaciones que por diversos motivos rebasan las capacidades de los Estados y hacen imprescindible que órganos como la CPI entren a conocer de las situaciones como única forma de ponerles fin.

Una de esas situaciones en las cuales actualmente los Estados se muestran superados es la relacionada con las muertes de las PMSP en tránsito, no solo por el número de muertes que se contabilizan y la intervención de mafias criminales, sino también porque el origen de esa situación está directamente relacionada con las políticas migratorias creadas e implementadas por esos mismos Estados.

Por la forma en la que se causa la muerte a las personas migrantes, lo anterior se puede considerar como un ataque (asesinato) sistemático y generalizado contra una población civil que se lleva a cabo con conocimiento y como parte de una política. Es decir, puede ser considerado como un CLH.

Bajo ese entendido, la premisa a partir de la cual la CPI podría ejercer su competencia parece estar puesta, con lo que solo haría falta, por una parte, acreditar los demás elementos que dan competencia a dicho tribunal y, por otra parte, la suma de voluntades político y diplomáticas que estén dispuestas a evaluar las políticas migratorias actuales

y una de sus consecuencias bajo los estándares del Derecho penal internacional.

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. Debemos explorar todas las alternativas posibles para ponerle fin, especialmente desde ámbitos como el Derecho penal internacional y, más específicamente, como la CPI, si no quiere perder lo poco que le queda como esperanza de justicia más allá de las fronteras estatales.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Ambos K. y Wirth, S. (2002). "The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000". *Criminal Law Forum* (13), pp. 1-90.
- _____. (2004). *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- _____. (2012). "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional". *Revista General de Derecho Penal* (7), pp. 1-30.

- Bonomolo, A. y Kirchgaessner, S. (20 de abril de 2015). "UN says 800 migrants dead in boat disaster as Italy launches rescue of two more vessels". *The Guardian*. Disponible en <http://www.theguardian.com/world/2015/apr/20/italy-pm-matteo-renzi-migrant-shipwreck-crisis-srebrenica-massacre>
- Brian, T. y Laczko, F. (2014). *Fatal Journeys: Tracking Lives Lost During Migration*. Geneve: International Organization for Migration.
- Castilla, K. (2016). "Migración *sine permissum* en España: multa, expulsión y *non bis in idem*. Más allá de lo constitucionalmente admisible y acorde con la normativa europea". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (42), pp. 1-13.
- Chernor, C. (2013). "What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity". *American University International Law Review*. (28) 2, pp. 381- 441.
- Curtin, P. (1969). *The Atlantic Slave Trade. A Census*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- Dubler, R. (2008). "What's in a Name? A Theory of Crimes against Humanity". *Australian International Law Journal*, (15), pp. 85-107.
- Fernández, P. (2009). "Tráfico ilegal de personas y cooperación marítima internacional". *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos*. Madrid: Iustel.
- Geras, N. (2011). *Crimes against humanity. Birth of a concept*. Manchester: Manchester University Press.
- Grant, S. (2011). "Irregular migration and frontier deaths: acknowledging a right to identity". *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*. Abingdon: Routledge.
- Kalpouzos, I. y Mann, I. (2015). "Banal Crimes Against Humanity: The Case of Asylum Seekers in Greece". *Melbourne Journal of International Law*, 16 (1), pp. 1- 28.
- Liñán, A. (2015). *El crimen contra la humanidad*. Madrid: Dykinson.
- Livi, M. (2012). *Breve historia de las migraciones*. Alianza editorial, Madrid.
- López, N. (2016). "¿Existen crímenes de lesa humanidad cometidos en contra de la población migrante en México?" *Ensayos sobre temas selectos de la Corte Penal Internacional*. México: Tirant lo Blanch-INACIPE.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity. A Normative Account*. Nueva York: Cambridge University Press.
- OIM. (2017). *Missing Migrants Project*. International Organization for Migration. Disponible en: missingmigrants.iom.int

- Olásolo, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____. (2013). *Tratado de autoría y participación en el Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ONUDD. (2005). *Guías Legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Ratner, S. (2007). “Can We Compare Evils? The Enduring Debate on Genocide and Crimes against Humanity”. *Washington University Global Studies Law Review* (6), pp. 583-589.
- Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2017). *Informe sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana*. Consejo de Derechos Humanos. 35° período de sesiones. A/HRC/35/25. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/102/39/PDF/G1710239.pdf?OpenElement>
- Rijpma, J. y Cremona, M. (2007). “The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”. *EUI Working Papers*. LAW. European University Institute.
- Schabas, W. (2008). “State Policy as an Element of International Crimes”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, (98), pp. 953-982.
- Schabas, W. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: University Press.
- The Office of the Prosecutor. (2017). *Thirteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1979 (2011)*. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-rep-unsc-lib-05-2017-ENG.pdf>
- Thomas, H. (1999). *The Slave Trade. The Story of the Atlantic Slave Trade 1440-1870*. New York: Touchstone.
- UNODC. (2010). *The Globalization of Crime: A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime.
- UNODC. (2011). *In-depth training manual on investigating and prosecuting the smuggling of migrants*. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime.
- Fiscalía c. Bemba Gombo (Doc. No. ICC-01/05-01/08-424). Decisión de conformidad al Art. 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma en los cargos del fiscal contra

Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009.

Fiscalía c. Gacumbitsi. (Caso No. ICTR. 2001-64-T). Sentencia de, 17 de junio de 2004.

Fiscalía c. Kaing. (Caso No. 001/18-07-2007/ECCC/TC). Sentencia, 26 de julio de 2010.

Fiscalía c. Katanga y Mathieu Ngudjlo Chui. (Doc. No. ICC-01

/04-01/07-717). Decisión de confirmación de cargos, 30 de septiembre de 2008.

Fiscalía c. Kayishema y Ruzindana. (Caso No. ICTR-95-1-T). Sentencia, 12 de mayo de 1999.

Fiscalía c. Tadic. (Caso No. IT-94-1-T). Sentencia, 7 de mayo de 1997.