

**LA DECISIÓN “HUMANIZADORA” DE LA SALA DE
CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL SOBRE COMPETENCIA Y
JURISDICCIÓN FRENTE A ALGUNOS CRÍMENES
COMETIDOS DE FORMA TRANSNACIONAL: EL CASO DE
LOS ROHINGYA EXPULSADOS HACIA BANGLADESH**

***THE “HUMANIZING” DECISIÓN OF THE PRE-TRIAL
CHAMBER OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT
ON COMPETENCE AND JURISDICTION REGARDING
CERTAIN CRIMES PERPETRATED WITH TRANSNATIONAL
ELEMENTS: THE CASE OF THE ROHINGYA EXPELLED TO
BANGLADESH***

Nicolás Carrillo Santarelli*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. EL TRASFONDO E IMPACTO SOCIAL DE LA DECISIÓN EN UNA COYUNTURA DE CRÍTICAS FRENTE A LA CPI; III. LA PERSONALIDAD OBJETIVA DE LA CPI, QUE CONSTITUYE UNA REALIDAD PARA TERCEROS; IV. DEPORTACIÓN Y TRASLADO FORZOSOS COMO CRÍMENES DIFERENTES Y DE “CONDUCTA ABIERTA”; V. ASPECTOS EXTRATERRITORIALES Y TRANSNACIONALES EXAMINADOS POR LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES; VI. LA HUMANIZACIÓN DE ASPECTOS PROCESALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL QUE FLUYE DE LA INTERPRETACIÓN EFECTUADA POR LA SALA; VII. CONCLUSIONES

RESUMEN: La decisión sobre competencia y jurisdicción de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, a pesar de su brevedad y ocuparse de aspectos en principio procedimentales, es notable por diversas razones relacionadas con interpretaciones que permitirán a la Corte ocuparse de una grave problemática humanitaria y social que no puede quedar en la impunidad. Al respecto, además de rescatar la participación autónoma de las víctimas e incluso mencionar que tienen derechos en el marco institucional de la Corte que

Fecha de recepción del original: 12 de octubre de 2018.. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de noviembre de 2018.

* Profesor asociado de derecho internacional en la Universidad de La Sabana, Colombia. Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid. nicolas.carrillos@gmail.com.

deben ser garantizados por ésta, la decisión de la Sala distingue entre los crímenes de traslado y deportación forzosos, y además concluye que la Corte puede tener competencia incluso cuando únicamente parte de la conducta criminal pertinente se despliegue en el territorio de Estados parte, incluso sin haberse originado en ellos. Esta lógica permitirá reforzar la lucha contra la impunidad de conductas de índole transnacional, cerrando aún más los espacios de impunidad y vacíos gracias a la actuación de la Corte, cuya personalidad jurídica objetiva y efectos frente a terceros en algunos eventos también se defienden en la decisión.

ABSTRACT: The decision on competence and jurisdiction of the Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, in spite of its brevity and its seizing procedural aspects at first glance, is noteworthy for several reasons flowing from its interpretations, which enable the Court to address a serious humanitarian and social crisis that cannot be left in impunity. Concerning this, besides highlighting the autonomous participation that victims may have, and even referring to rights of theirs in the institutional framework of the Court –that the latter must ensure, the Chamber’s decision draws a distinction between the crimes of forcible transfer and deportation, and concludes that the Court can have competence even when only part of the pertinent criminal conduct takes place in the territory of States parties to its Statute, even if such conduct did not begin in their territories. This logic permits to strengthen the fight against the impunity of conducts with transnational elements, further eliminating gaps and control vacuums through the potential action of the Court, whose objective international legal personality and effects in relation to third parties in some events are also upheld in the decision.

PALABRAS CLAVE: extraterritorialidad; deportación y traslado forzosos; corte penal internacional; personalidad jurídica de la Corte.

KEYWORDS: extraterritoriality; deportation or forcible transfer of population; International Criminal Court; international legal personality of the Court.

I. INTRODUCCIÓN

El día 6 de septiembre del año en curso, se publicó la decisión sobre jurisdicción de la Sala de Cuestiones Preliminares I (en adelante, también la Sala o SCP) de la Corte Penal Internacional (en adelante, también la CPI), en la que se dio respuesta a una solicitud de la Fiscal actual, Fatou Bensouda, en la que se indagaba si la Corte tiene competencia para investigar y juzgar crímenes consistentes en deportaciones forzadas cuando los hechos pertinentes hayan acaecido, al menos en parte, en el territorio de un Estado parte al Estatuto de Roma tras haber sido expulsados de un Estado que no esté vinculado por aquel instrumento convencional. En otras palabras, se preguntaba si la CPI podía tener competencia cuando la conducta no se haya desplegado en su totalidad (ni siquiera habiendo iniciado) en el territorio de un Estado no parte. La situación fáctica concreta era referente a los Rohingya en relación con el presunto éxodo forzoso que han padecido desde Myanmar hacia distintos Estados foráneos (lo que puede incluso hacer que entren dentro del ámbito de la protección

del derecho de los refugiados)¹, entre los que se encuentra Bangladesh, Estado parte al Estatuto².

II. EL TRASFONDO E IMPACTO SOCIAL DE LA DECISIÓN EN UNA COYUNTURA DE CRÍTICAS FRENTE A LA CPI

La decisión de la Sala resultó en extremo positiva, no sólo por lo referente a la clarificación de conceptos técnicos del derecho penal internacional alusivos a la distinción entre crímenes, al análisis sistemático del derecho penal internacional en un *corpus juris* más amplio en el que se encuentran otros regímenes que protegen unos mismos bienes jurídicos (como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos), a la identificación de fuentes imperativas y a cuestiones de extraterritorialidad, sino además por el hecho de que con esta decisión el Derecho Internacional Público ofrece la posibilidad de constituir un instrumento de resolución de problemas sociales graves que están siendo objeto de una justa condena por parte de la sociedad civil internacional. Como se indica en estudios de derecho comparado, que actualmente están analizando cuestiones jurídicas internacionales³, es menester indagar si el derecho efectivamente cumple su función de resolver problemas sociales y cumplir una función al respecto⁴. Esta constatación no supone necesariamente algo evidente, según revela la reciente decisión de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, también CIJ) en el caso de Bolivia contra Chile, fallada completamente a favor de este último, el Estado demandado, si se considera que en términos técnicos impecables no se identificó fuente alguna de la que emanase una obligación chilena de negociar con Bolivia un acceso soberano de este último al mar, lo cual, a pesar de ser técnicamente correcto, dejó un sinsabor por razones históricas y sociales que parecen no compadecerse con ciertas consideraciones sobre desarrollo y la sensación de injusticia que deja el hecho de que Bolivia padeció una pérdida territorial tras la “Guerra del Pacífico”. De las anteriores inquietudes, la propia CIJ pareció ser consciente al verse compelida a ir más allá de lo jurídico al final de la parte motiva de su decisión en el momento en el que expresó que:

“The Court is however unable to conclude, on the basis of the material submitted to it, that Chile has “the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean [...] Nevertheless, the Court’s finding should not be understood as precluding the Parties from continuing their dialogue and exchanges, in a spirit of good neighbourliness, to address the issues relating to the landlocked situation of Bolivia, the

¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1.a.2.

² Bangladesh firmó el tratado el día 16 de septiembre de 1999 y depositó su consentimiento en obligarse por el mismo el día 23 de marzo de 2010. Fuente: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=xviii-10&chapter=18&lang=en, última visita: 6 de octubre de 2018.

³ Vid. ROBERTS, A., *Is International Law International?*, Oxford University Press, Oxford, 2017; MÄLKSOO, L., *Russian Approaches to International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

⁴ SIEMS, M., *Comparative Law*, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 178.

solution to which they have both recognized to be a matter of mutual interest. With willingness on the part of the Parties, meaningful negotiations can be undertaken⁵” (subrayado añadido).

A pesar de lo satisfactorio que resulta la admisión de la competencia de la CPI desde el punto de vista de la lucha contra la impunidad (objetivo del entramado institucional en cuestión, según se identifica en el propio Preámbulo⁶ del Estatuto de Roma, que ha de ser tenido en cuenta a fines de interpretación)⁷ y de la protección de las víctimas (en tanto la verdad, componente de la reparación, y la justicia, hacen parte de sus derechos frente a violaciones graves, entre otros elementos)⁸, no sorprende que la decisión haya terminado siendo rechazada “enérgicamente” por el Estado de Myanmar⁹. Considerando los graves abusos que se endilgan al régimen, tal airada reacción es, de hecho, un buen signo sobre la decisión de la SCP.

Además, en este caso no existe un riesgo de denuncia del Estatuto de Roma al estilo de lo hecho por Burundi¹⁰ y amagado por Sudáfrica (por la ya larga saga Omar al-Bashir)¹¹, toda vez que Myanmar no es parte al Estatuto. Sin embargo, si bien en este supuesto no ronda el fantasma de una denuncia, que sí está presente en otros (peligro que deriva de la propia estructura del Derecho Internacional Público, con su énfasis en el consentimiento a los mecanismos, institucionales o no, de solución de diferencias, que a su vez se explica por la faceta descentralizada de la composición y estructura de la sociedad que *pretende* regular aquel derecho), existe en todo caso un riesgo en la triste “era Trump” de críticas y presiones externas, incluso provenientes de Estados no participantes, envalentonadas por las inaceptables amenazas hechas por John Bolton, personaje que con razón dice Kevin Jon Heller raya en lo caricaturesco y parece asemejarse a un villano de cómics¹². En cuanto a

⁵ Corte Internacional de Justicia, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia Vs. Chile)*, Sentencia, 1 de octubre de 2018, párrs. 175-176.

⁶ En el Preámbulo se dice que los Estados parte en el Estatuto están “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de [los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional] y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” (subrayado en el texto original)..

⁷ REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 600.

⁸ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, *Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”*, 6 de septiembre de 2018, párr. 88; Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

⁹ Al Jazeera, “Myanmar rejects ICC ruling to probe Rohingya deportations”, 7 de septiembre de 2018.

¹⁰ En la página web de la Corte Penal Internacional se aclara que: “Burundi deposited its instrument of ratification to the Rome Statute on 21 September 2004. Burundi withdrew from the Rome Statute, and the withdrawal took effect on 27 October 2017. The ICC may therefore exercise its jurisdiction over crimes listed in the Rome Statute committed on the territory of Burundi or by its nationals from 1 December 2004 to 26 October 2017”. Fuente <<https://www.icc-cpi.int/burundi>>, última visita: 6 de octubre de 2018.

¹¹ Ver, por ejemplo: Reuters, “ICC reports Jordan to U.N. Security Council for not arresting Sudan’s Bashir”, 11 de diciembre de 2017.

¹² JOHN HELLER, K., “John Bolton, Unplugged –and Unhinged— About the ICC”, *Opinio Juris*, 10 de septiembre de 2018.

Myanmar, a pesar de haberse rehusado a presentar opiniones formalmente en el proceso, dio a conocer un pronunciamiento¹³ que rechazaba cualquier “intromisión” bajo su entendido de que cualquier actuación con base en el Estatuto supondría generar efectos hacia él de un tratado en el que no era parte, lo que obligó a la Sala a examinar el principio *pacta tertiis nec nocent nec pro sunt*¹⁴.

III. LA PERSONALIDAD OBJETIVA DE LA CPI, QUE CONSTITUYE UNA REALIDAD PARA TERCEROS

Frente al anterior punto sobre los *efectos del Estatuto de Roma frente a terceros*, la Corte recordó, por una parte, que ya hay excepciones a tal principio, como las relativas, entre otras posibilidades, a la posibilidad de que un Estado se encuentre obligado por el contenido de normas consuetudinarias codificadas o encontradas de otra manera en instrumentos que no le sean oponibles (cuestión de la que se ocupó en su momento la CIJ en el justamente célebre caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua)¹⁵ o, además, las concernientes a los efectos generados por normas imperativas que se encuentren en tratados internacionales¹⁶, aseveración que aplaudo pues supone reconocer que la costumbre no constituye la única posible fuente de normas imperativas, idea que vengo sosteniendo desde hace ya un buen tiempo¹⁷. Pues bien, en concreto frente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Sala añadió la idea de que la CPI tiene relaciones con las Naciones Unidas (párr. 43), que el tratado puede desplegar efectos frente a terceros en algunas ocasiones, como cuando se presenta una remisión del Consejo de Seguridad (párr. 47). En cualquier evento en el que los terceros hayan de interactuar con la Corte, seguirán obligados a respetar garantías sustantivas del derecho penal internacional, como la relativa al principio *ne bis in idem re* cuando se haya dado una decisión previa por parte de un Estado o de la propia CPI (párr. 46); e incluso puede haber interacciones en cuestiones de cooperación judicial, como las relativas a las órdenes de arresto (párr. 47), tema álgido y debatido en la doctrina¹⁸, precisamente en relación con al-Bashir. Sobre estas cuestiones, la SCP afirmó lo siguiente:

“When the Security Council refers a situation on the territory of a State not Party to the Statute, such a State – provided that it is a UN Member State – is duty bound to cooperate with the Court in case the Security Council requires such cooperation. This duty stems from its membership in the UN. If

¹³ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párr. 23.

¹⁴ Ibid., párr. 36.

¹⁵ Corte Internacional de Justicia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua Vs. Estados Unidos de América)*, Fondo, Sentencia, I.C.J. Reports 1986, párr. 175.

¹⁶ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párr. 36.

¹⁷ CARRILLO SANTARELLI, N., *Los retos del derecho de gentes: ius cogens*, Ibáñez, Bogotá, 2007, pp. 44-52.

¹⁸ Vid. por ejemplo KNOTTNERUS, A., “The Immunity of al-Bashir: The Latest Turn in the Jurisprudence of the ICC”, *EJIL Talk*, 15 de noviembre de 2017; GAETA, P., “The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again”, *Opinio Juris*, 23 de abril de 2014.

this country is not a UN Member State, which is a theoretical hypothesis nowadays, the competences of the Security Council pursuant to Chapter VII of the UN Charter suffice to force the cooperation [...] in case of a threat to the peace. In such a situation, the objective legal personality of the UN assists the ICC to act accordingly [...] the application of certain provisions of the Statute may also produce effects for States not Party to the Statute. For example, if a perpetrator is charged and found guilty before this Court in accordance with the relevant jurisdictional parameters, his or her conviction may be duly taken into account before any national jurisdiction in order to avoid double jeopardy (*ne bis in idem re*), including by a State not Party to the Statute that chooses to do so, given the customary law character of this principle (or, according to certain doctrines, its status as a general principle of law). Similarly, if a sentence pronounced by the Court is executed in a State Party to the Statute, it may also be taken into account by States not Party to the Statute that wish to do so. This is especially the case if there is a bilateral agreement between the Court and the State in question on the enforcement of sentences [...] such effects may manifest themselves as a result of the decision of States not Party to the Statute [...] to cooperate with the cooperation may concern, for instance, the arrest and surrender of approval of Security Council resolutions referring from exercising the veto power, participating as observers in the works of the Assembly of or consenting to outreach activities¹⁹”.

Aunado a lo anterior, el alto número de signatarios y partes al Estatuto de Roma (párr. 41), el hecho de que el Estatuto recoge elementos consuetudinarios y principios en materia penal internacional (párr. 45), y el que importantes Estados no parte hayan reconocido las funciones e importancia de la Corte (párr. 42), fueron elementos de juicio adicionales que permitieron a la Sala sostener la idea de que la CPI tiene una personalidad jurídica internacional objetiva, que no puede ser desconocida por terceros, con la siguiente expresión:

“[T]he existence of the ICC is an objective fact. In other words, it is a legal-judicial-institutional entity which has engaged and cooperated not only with States Parties, but with a large number of States not Party to the Statute as well, whether signatories or not²⁰”.

La anterior conclusión es consistente con una línea jurisprudencial iniciada desde la famosa opinión consultiva *Reparation for Injuries* de la CIJ (párr. 37) y coincide con parte de lo expresado en parte de la doctrina²¹.

Adicionalmente, es interesante constatar que la SCP sostuvo una posición coincidente con el análisis de parte de la doctrina, en el sentido de que mediante el Estatuto de Roma, en lugar de alternativas como la creación de una Corte que en términos institucionales fuese un órgano de una organización internacional ya existente como las Naciones Unidas, y a pesar de que no se emplea el término “organización”, se optó por vía convencional por constituir “la primera organización internacional a la que se atribuyen competencias exclusivamente judiciales”, con “financiación propi[a]” y en la que las partes al Estatuto tienen *de facto* la condición de miembros sin “derecho político alguno en el ámbito jurisdiccional” y con

¹⁹ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párrs. 43, 46, 47.

²⁰ Ibid., párr. 48.

²¹ CORTÉS MARÍN, J., *Las Organizaciones Internacionales: Codificación y Desarrollo Progresivo de su Responsabilidad Internacional*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, pp. 101-111.

deberes de contribución; y en cuya estructura existen “órganos políticos y administrativos y [...] órganos judiciales en sentido estricto”, con características que hacen que “La Corte Penal Internacional se configura como una «institución permanente» a la que se atribuye «personalidad jurídica internacional» y la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones”²². Estas características, precisamente, concuerdan con lo expresado por la SCP en su decisión, y apoyan su capacidad de identificar su competencia, de distinguir entre crímenes internacionales independientes y de afirmar que posee una personalidad jurídica objetiva que no puede desconocerse por terceros.

En últimas, los dos elementos de personalidad objetiva y posibilidad de actuación institucional con efectos frente a terceros en algunas ocasiones hacen que Myanmar no pueda desconocer la existencia o actuaciones de la CPI cuando tenga competencia frente a crímenes cometidos en parte en su territorio cuando tenga competencia por otras vías, como sucede en el caso, según se explica más abajo. Dicho esto, la Corte aclaró con buen tino que su competencia ha de estar estrictamente fundada en las bases previstas en los artículos 11 al 15 del Estatuto de Roma, y procedió a calmar los temores que algunos pudiesen tener al reconocer que la personalidad jurídica objetiva de la CPI no supone que ella tenga una jurisdicción *erga omnes*²³. Pasemos ahora a analizar qué dijo la Corte sobre su competencia frente a los presuntos crímenes en relación con la deportación forzada hacia Bangladesh.

IV. DEPORTACIÓN Y TRASLADO FORZOSOS COMO CRÍMENES DIFERENTES Y DE “CONDUCTA ABIERTA”

Con base en el reconocimiento del famoso principio de la *Kompetenz-Kompetenz* que tiene todo Tribunal o Corte²⁴ para determinar si tiene competencia en determinado caso (párrs. 30-32), la Sala procedió a indagar si la CPI podría tener jurisdicción sobre ciertas deportaciones de Myanmar a Bangladesh. Al hacer esto, la SCP siguió una línea jurisprudencial asentada en el Derecho Penal Internacional, ya esbozada en la decisión del 2 de octubre de 1995 de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Tadic, en la que se dijo que la competencia sobre la competencia:

“[I] is part, and indeed a major part, of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial or arbitral tribunal, consisting of its "jurisdiction to determine its own jurisdiction." It is a necessary component in the exercise of the judicial function and does not need to be expressly provided for in the

²² Escobar Hernández, C., “Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional”, *Revista Española de Derecho Militar*, N° 75, 2000, pp. 173-174, 188-191, 196-199.

²³ “[T]he objective legal personality of the Court does not imply either automatic or unconditional *erga omnes* jurisdiction”, según se dice en: Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párr. 49.

²⁴ Vid., por ejemplo, Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 32, donde se dice que “La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz- Kompetenz*)” (subrayado añadido).

constitutive documents of those tribunals, although this is often done [...] [T]his principle [...] assumes particular force when the international tribunal is no longer an arbitral tribunal [...] This is not merely a power in the hands of the tribunal. In international law, where there is no integrated judicial system and where every judicial or arbitral organ needs a specific constitutive instrument defining its jurisdiction, "the first obligation of the Court - as of any other judicial body - is to ascertain its own competence [...] It is true that this power can be limited by an express provision in the arbitration agreement or in the constitutive instruments of standing tribunals, though the latter possibility is controversial, particularly where the limitation risks undermining the judicial character or the independence of the Tribunal²⁵".

Al analizar su competencia, la Corte tuvo en cuenta la autonomía de los crímenes de lesa humanidad de "Deportación o traslado forzoso de población", que no son idénticos y se diferencian por el lugar de destino de las víctimas. En el párrafo 55 de la decisión se dice, al respecto, que "'deported" is linked to the destination of "another State", while "forcibly transferred" is linked to the destination of "another [...] location" (which specifically entails, *a contrario*, another location within the same State)".

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte tuvo en cuenta el objeto y fin del tratado que regula su competencia y jurisdicción, y tuvo en cuenta el hecho de que ambos crímenes prohíben la afectación del bien jurídico relativo al derecho o libertad de las personas de vivir en su residencia (párr. 58), existiendo un sub-interés protegido en términos de protección frente a la expulsión del Estado en el que se resida legalmente que se materializa en el Derecho Penal Internacional en un crimen independiente. Al respecto, la SCP dijo lo siguiente:

"The legal interest commonly protected by the crimes of deportation and forcible transfer is the right of individuals to live in their area of residence. However, the legal interest protected by the crime of deportation further extends to the right of individuals to live in the State in which they are lawfully present. Therefore, in order to give effect to these different legal interests, article 7(1)(d) of the Statute must be interpreted to express two separate crimes²⁶".

En últimas, si bien ambos crímenes protegen frente a la expulsión involuntaria, hay bienes jurídicos protegidos diferenciados que, si bien se ven en todo caso afectados por actos de tal índole, se ocupan de intereses con ciertas particularidades relativas al lugar de destino, lo que se traduce en la protección especializada frente a dos tipos de afectaciones. Es interesante tener en cuenta que esta no es la primera vez en la cual en el seno de la CPI se identifica la autonomía de crímenes internacionales que otros pudiesen confundir a primera vista, pues algo similar ocurrió en el caso Lubanga frente a los crímenes de reclutamiento y alistamiento

²⁵ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Fiscal Vs. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párrs. 18-19.

²⁶ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párr. 58.

de niños en grupos armados, estando prohibido el que adultos ingresen a niños de forma voluntaria o involuntaria e incluso si lo hacen para fines distintos a los relativo al combate²⁷.

Frente al punto sobre la independencia de crímenes que sancionan distintas afectaciones de bienes jurídicos similares, hay que destacar la metodología empleada por la Sala, que optó por efectuar una interpretación sistemática que tuvo en cuenta otros desarrollos en el Derecho Internacional Público, incluyendo los presentes en Estatutos de otros órganos penales internacionales y la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, que prohíben las transferencias o expulsiones forzosas frente a distintos tipos de destino (dentro o fuera del Estado)²⁸, además del hecho de que optó por una interpretación que tuviese en cuenta el sentido ordinario de los términos interpretados²⁹. La hermenéutica empleada por la Sala, al haber tenido en cuenta aspectos teleológicos, sistemáticos y semánticos, concuerda con la regla general de interpretación de los tratados prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, alusiva “al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

A las anteriores consideraciones, cabe añadir que en la doctrina y jurisprudencia del Derecho Penal Internacional también se ha distinguido entre los crímenes de deportación y de traslado forzosos. Así, por ejemplo, efectuando un análisis del Estatuto de Roma, David Scheffer los clasifica como distintos crímenes de lesa humanidad³⁰; mientras que Marieke Wierda y Thomas Unger concuerdan con la idea de que los crímenes de deportación y traslado forzosos son “sustancialmente similares”, radicando la diferencia en el hecho de que para que se configure el crimen internacional de deportación forzosa “an international border must be crossed”; pudiendo incluso calificarse la conducta del crimen de lesa humanidad de persecución si ella se comete “on discriminatory grounds”³¹.

Otra cuestión interesante frente a los crímenes de lesa humanidad en cuestión fue la identificación de los mismos como “open-conduct crime[s]”³², lo que supone que se prohíbe su comisión a través de cualquier tipo de conducta que suponga llevarlos a cabo, bajo el

²⁷ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/06, *Situación en la República Democrática del Congo en el caso del Fiscal Vs. Thomas Lubanda Dyilo*, 14 de marzo de 2012, párrs. 596, 607-609, 613-630.

²⁸ La Sala expresó que “in international law, these crimes are distinguished on the basis of the destination requirement, namely displacement across national borders in the case of deportation and displacement means that the crimes against humanity of deportation and forcible transfer exist independently from each other in international law”. Vid. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párr. 57.

²⁹ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párr. 54.

³⁰ SCHEFFER, D., “The International Criminal Court”, en SCHABAS, W. y BERNAZ, N. (Eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, 2011, p. 71.

³¹ WIERDA, M. y UNGER, T., “Deportation and Forcible Transfer”, en CASSESE, A. (Ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, p. 295.

³² *Ibid.*, párr. 61.

entendido de que se genera responsabilidad penal cuando se alcanza un umbral de realización mediante “actos de coacción”. En este sentido, la Sala sostuvo que

“[I]n the context of the allegations contained in the Request, various types of conduct may, if established to the relevant threshold, qualify as “expulsion or other coercive acts” for the purposes of the crime against humanity of deportation, including deprivation of fundamental rights, killing, sexual violence, torture, enforced disappearance, destruction and looting³³”.

Al efectuar el anterior análisis, la SCP tuvo en cuenta los Elementos de los Crímenes, aunque es bienvenida su aclaración de que tales Elementos siempre deben interpretarse de una forma que sea *coherente* con el Estatuto de Roma (fuente principal de la actividad de la CPI), sin que pueda ser usado el contenido de tales Elementos para modificar el alcance del tratado en cuestión. Al respecto, se dijo que “Elements of Crimes cannot be interpreted in a manner to modify the interpretation of [article 7(1)(d) of the Rome Statute] as differentiating between deportation and forcible transfer³⁴”. A continuación, se examinará el problema jurídico referente al lugar o lugares de comisión de los crímenes en cuestión.

V. ASPECTOS EXTRATERRITORIALES Y TRANSNACIONALES EXAMINADOS POR LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES

Frente al anterior punto, entre otras consideraciones, la Sala recordó que la Corte Permanente de Justicia Internacional ya había afirmado en su momento, con ocasión del célebre caso *Lotus*, que la jurisdicción penal estatal no necesariamente ha de corresponder con una territorialidad plena o estricta³⁵. Además, en cuanto a la práctica estatal, tomó nota del hecho de que diversos Estados han legislado hasta el día de hoy en el sentido de permitir el ejercicio de jurisdicción penal cuando al menos parte de determinada conducta o ciertos elementos de algunos delitos se hayan presentado en su territorio³⁶, entre los cuales se encuentra el propio Estado de Bangladesh de conformidad con la jurisprudencia de su Corte Suprema³⁷. Por otra parte, la SCP tomó nota del hecho de que algunos instrumentos (incluyendo algunos que vinculan a Myanmar) obligan a los Estados a asumir jurisdicción sobre conductas cuyos autores estén presentes en su territorio con independencia de su lugar de comisión o de la nacionalidad del implicado³⁸. La Sala, teniendo además en cuenta (algo muy acertado, en tanto le permite abordar el problema social subyacente) el carácter transfronterizo del crimen de deportación forzosa o *coactiva* (“the inherently transboundary nature of the crime of deportation further confirms this interpretation”)³⁹, concluyó que:

³³ Ibid.

³⁴ Ibid., párr. 56.

³⁵ Ibid., párr. 66.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., párr. 68.

³⁸ Ibid., párr. 67.

³⁹ Ibid., párr. 71.

La decisión “humanizadora” de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sobre competencia y jurisdicción frente a algunos crímenes cometidos de forma transnacional: el caso de los Rohingya expulsados hacia Bangladesh

“[A]n element of the crime of deportation is forced displacement across international borders, which means that the conduct related to this crime necessarily takes place on the territories of at least two States. What is more, the drafters of the Statute did not limit the crime of deportation from one State Party to another State Party. Article 7(2)(d) of the Statute only speaks of displacement from “the area in which they were lawfully present” and the elements of crimes generally refer to deportation to “another State”. Therefore, the inclusion of the inherently transboundary crime of deportation in the Statute without limitation as to the requirement regarding the destination reflects the intentions of the drafters to, *inter alia*, allow for the exercise of the Court’s jurisdiction when one element of this crime or part of it is committed on the territory of a State Party”⁴⁰ (subrayado añadido).

Adicionalmente, en diversos párrafos de la decisión se dice que basta con verificar, cuando menos, la presencia de algún elemento de un crimen sobre el cual tenga jurisdicción la Corte o la comisión de parte del mismo en el territorio de un Estado Parte al Estatuto⁴¹.

Por lo anterior, en la parte relevante para decidir la cuestión planteada por la Fiscal en abril de este año 2018⁴² (muy pocos meses antes de emitirse la decisión, siendo la pronta resolución de la solicitud algo que se agradece y no siempre acontece en el mundo del Derecho Internacional Público, en sus dimensiones institucional y jurisdiccional), y *sin prejuzgar* sobre el fondo en cuanto a los presuntos crímenes y hechos⁴³, la Sala afirmó en el párrafo 73 de su decisión que:

“[A]cts of deportation initiated in a State not Party to the Statute (through expulsion or other coercive acts) and completed in a State Party to the Statute (by virtue of victims crossing the border to a State) fall within the parameters of article 12(2)(a) of the Statute. It follows that, in the circumstances identified in the Request, the Court has jurisdiction over the alleged deportation of members of the Rohingya people from Myanmar to Bangladesh, provided that such allegations are established to the required threshold. This conclusion is without prejudice to subsequent findings on jurisdiction at a later stage of the proceedings”⁴⁴ (subrayado añadido).

Por otra parte, la Sala consideró que la Corte también podría tener jurisdicción *ratione materiae* sobre algunos otros crímenes cuando su comisión o elementos de la misma se hayan presentado parcialmente en el territorio de un Estado parte al Estatuto de Roma y los demás en aquel sobre el cual tenga soberanía Estados que no sea parte al Estatuto de Roma⁴⁵. A manera de ejemplos no taxativos, la SCP mencionó crímenes tales como la persecución contra ciertos grupos, por ejemplo cuando ella entrañe o sea cometida mediante expulsión coactiva⁴⁶; u otros actos inhumanos que generen gran sufrimiento físico o psíquico, como

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., párrs. 64, 66, 72, 79, en el último de los cuales se dice que puede haber jurisdicción “if it were to be established that at least one element of another crime within the jurisdiction of the Court or part of such crime occurred on the territory of a State Party to the Statute”.

⁴² Ibid., párr. 1.

⁴³ Ibid., párr. 51.

⁴⁴ Ibid., párr. 73.

⁴⁵ Ibid., párr. 74.

⁴⁶ Ibid., párr. 75.

puede serlo el impedir el ingreso de nacionales al territorio de su Estado de forma arbitraria, teniendo en cuenta que con las expulsiones o impedimentos de ingreso que sean coactivos puede suceder, como correctamente anota la Sala, que se incrementen la angustia de quienes se han visto forzados a dejar su residencia, la sensación de incertidumbre sobre su destino y la exposición al riesgo de vivir en condiciones de vida “deplorables. It renders the victims’ future even more uncertain and compels them to continue living in deplorable conditions⁴⁷”. El reconocimiento de la anterior realidad y tragedia hace justicia a las víctimas, en tanto reconoce cuán inaceptable es el trato que sufren y la afectación que pueden generar conductas como la examinada; lo cual recuerda cómo las narrativas, reconocimientos y declaraciones efectuadas en el ejercicio de funciones judiciales pueden tener un componente tanto simbólico o expresivo⁴⁸ como de *satisfacción*, que contribuye a la reparación y es indispensable para la misma frente a violaciones graves⁴⁹.

VI. LA HUMANIZACIÓN DE ASPECTOS PROCESALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL QUE FLUYE DE LA INTERPRETACIÓN EFECTUADA POR LA SALA

Otras ideas relevantes de esta interesante y sabia decisión que se examina, en lo concerniente a las actuaciones de la CPI, se encuentran en la afirmación de que las investigaciones preliminares pueden existir incluso cuando no han sido anunciadas formalmente⁵⁰; que no existen etapas procesales previas a tales investigaciones; que en las investigaciones preliminares, que estudian la seriedad de la información sobre posibles o presuntos crímenes de competencia de la Corte⁵¹, la evidencia requerida tiene que cumplir un nivel de exigencia más bajo o menos intenso (“the “reasonable basis” to proceed standard applicable at this stage is the lowest evidentiary standard provided for in the Statute”)⁵²; que si se considera que hay tal seriedad, la Fiscalía debe solicitar autorización a la Sala para proceder a una investigación⁵³; y que la investigación preliminar no puede exceder un plazo razonable, en tanto no debe dilatarse para evitar afectar derechos que tienen las víctimas (en relación con cuyo análisis se cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁵⁴,

⁴⁷ Ibid., párr. 77.

⁴⁸ SUNSTEIN, C., “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, p. 2028.

⁴⁹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, punto 22; Comisión de Derecho Internacional, “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, párrs. 1-6 del comentario al artículo 37.

⁵⁰ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-RoC46(3)-01/18, op. cit., párr. 82.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid., párr. 85.

⁵³ Ibid., párr. 84.

⁵⁴ Ibid., párr. 88.

toda vez que ellas tienen derechos en el marco del Estatuto de Roma cuya garantía y efectividad dependen del inicio de una investigación o de la presentación de una solicitud para iniciarla⁵⁵, lo cual supone un reconocimiento de la propia responsabilidad de la CPI y se desprende, además, del hecho (importantísima anotación) de que “Human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court⁵⁶”. Lo anterior supone reconocer que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos influye en cuestiones *procesales/procedimentales* y *sustantivas* en el marco del Estatuto de Roma, interpretación integradora del *corpus juris* que le convierte en un instrumento interpretado de forma centrada en el ser humano, algo acertado y positivo que, además, rompe tendencias fragmentadoras presentes en ciertas dinámicas del derecho internacional.

Otra manifestación de la anterior idea, por ejemplo, también se ofrece en la consideración de la Sala de Cuestiones Preliminares I de que las presuntas víctimas pueden presentar observaciones autónomas cuandoquiera que se puedan ver afectados sus intereses y de que, incluso en otras circunstancias, frente a cualquier aspecto y en cualquier etapa, en la CPI se tiene la facultad *amplia* de aceptar sus observaciones cuando ello sea apropiado. Este reconocimiento progresista y bienvenido de su *locus standi* y de su facultad para solicitar reparaciones⁵⁷ es crucial y no debe pasar desapercibido, y permite erigir a las presuntas víctimas en verdaderas protagonistas en las dinámicas ante la CPI, que no ha de enforzarse, entonces, exclusivamente en los acusados. En cuanto al *standing* de las víctimas, en la decisión se afirma lo siguiente:

“[V]ictims have standing to submit observations pursuant to article 68(3) of the Statute. This article provides that, “[w]here the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court [...]”. Furthermore, the Chamber is of the view that rule 93 of the Rules gives it discretion to accept observations presented by victims on any issue and at any stage of the proceedings, whenever the Chamber finds it appropriate. The Chamber considers that the victims’ personal interests are affected by the Request in view of the fact that their applications are linked to, inter alia, alleged deportations from Myanmar to Bangladesh in August 2017. In addition, since their observations concern the specific legal question arising from the Request, the Chamber finds it appropriate, in these particular circumstances, to hear from the victims at this stage⁵⁸” (subrayado añadido).

⁵⁵ Ibid., párrs. 86-88.

⁵⁶ Ibid., párr. 87.

⁵⁷ Ibid., párr. 88, donde se dice que “The process of reparations is intrinsically linked to criminal proceedings, as established in article 75 of the Statute, and any delay in the start of the investigation is a delay for the victims to be in a position to claim reparations for the harm suffered as a result of the commission of the crimes”.

⁵⁸ Ibid., párr. 21.

VII. CONCLUSIONES

Tras la polémica académica que se desató por la decisión en sede de apelación en el caso Bemba⁵⁹, la decisión sobre competencia y jurisdicción examinada en esta nota es positiva y clarificadora en cuanto a aspectos sobre participación de las presuntas víctimas, protección especializada de bienes jurídicos afectados, competencia frente a conductas con elementos transnacionales⁶⁰, o la propia responsabilidad de la CPI por llegar con celeridad a resultados que impidan la desprotección de los afectados siempre y cuando se respeten garantías del debido proceso como el *ne bis in ídem*. Algo llamativo y bienvenido es que las conclusiones de la Sala frente a los anteriores aspectos son técnicamente impecables, al acudir de forma adecuada a reglas de interpretación del Derecho Internacional Público que garanticen coherencia con las fuentes primarias (por ejemplo, en lo concerniente a los Elementos de los Crímenes), pero a su vez están basados en interpretaciones armonizadoras con otros desarrollos en el Derecho Internacional Público, incluso regional (caso de la Corte Interamericana), y con exigencias metajurídicas éticas⁶¹, cosmopolitas (en el sentido Kantiano, alusivo a derechos “públicos” de los seres humanos y de la posición de los individuos como “ciudadanos” del mundo⁶²) y de otra índole, que pueden verse satisfechas merced a la postura asumida por la SCP.

Iniciativas recientes como la remisión de la situación venezolana a la Fiscalía por parte de Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y Perú, basada en los artículos 13.a y 14 del Estatuto de Roma y apoyada por Alemania y otros actores internacionales, solicitando a la Fiscalía que proceda a la etapa de investigación⁶³, demuestran que, a pesar de los embates de la administración Trump y otros actores contra la organización internacional analizada, los mecanismos institucionales permanentes y generales que ella ofrece, y no existían hace un par de años, pueden ser empleados tanto para buscar justicia como para usos estratégicos de disuasión o amenaza de una eventual sanción institucional internacional que busque una protección de las víctimas, sea directa mediante una investigación y sanción de los responsables, o indirecta a través de la activación de mecanismos estatales o cambios de

⁵⁹ Vid. por ejemplo: WHITING, A., “Appeals Judges Turn the ICC on its Head with Bemba Decision”, *Just Security*, 14 de junio de 2018.

⁶⁰ Aunque es aplicable a los efectos de tal instrumento, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ofrece una definición útil (cuando menos, en términos de inspiración) sobre conducta (crimen) de carácter transnacional: una conducta si “a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”.

⁶¹ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 24.

⁶² KANT, I., *Perpetual Peace*, Cosimo Classics, 2010, pp. 20, 57.

⁶³ Corte Penal Internacional, “Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mrs Fatou Bensouda, on the referral by a group of six States Parties regarding the situation in Venezuela”, 27 de septiembre de 2018; ORTIZ, N., “Understanding the State Party Referral of the Situation in Venezuela”, *EJIL: Talk!*, 1 de noviembre de 2018.

actitudes motivadas por la consciencia sobre la posible actuación de la Corte; e incluso simbólica (relativa a las funciones expresivas del derecho) o en términos de *Lawfare*.

La decisión de la Corte analizada en esta nota se suma a lo anterior desde un punto de vista *intra* institucional, en tanto (de forma totalmente acertada) la SCP cerró espacios de impunidad o de vacío al afirmar que la CPI existe de forma objetiva frente a terceros y tiene jurisdicción sobre ciertos crímenes cometidos, al menos parcialmente, en el territorio de un Estado Parte al Estatuto que la regula. Todos los anteriores desarrollos e iniciativas pueden contribuir a una protección reforzada de la dignidad humana en términos de complementariedad. Lo anterior concuerda con, y promueve, el objeto y fin del Estatuto, que ha de ser decisivo a la hora de efectuar interpretaciones jurídicas. Después de todo, en su Preámbulo (que ha de tenerse en cuenta al efectuar interpretaciones sistemáticas) se menciona que los Estados Partes, conscientes de que “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, decidieron “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.