

1. Introducción

Bolivia es Estado parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI) desde mayo de 2002,¹ cuya ratificación no suscitó ninguna reforma legal interna, hasta junio del 2005. No obstante, el inicio del proceso de implementación se ha concretado con el correspondiente análisis y discusión de un anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI.² Al ser la etapa de implementación de relevancia para el caso boliviano, el presente informe hará énfasis en ella, refiriéndose al contexto de ratificación³ de manera subsidiaria en cuanto resulte pertinente.

Si bien la mencionada falta de modificación de la normativa interna se extiende también al ámbito constitucional, la actual coyuntura de antesala a la Asamblea Constituyente amerita la revisión de aspectos constitucionales de relevancia para la implementación del ECPI, los que serán abordados a continuación.

¹ Suscrito el 17 de julio de 1998 y ratificado mediante ley n.º 2398 de 24 de mayo de 2002, publicada en la *Gaceta Oficial de Bolivia* n.º 2407 de 19 de junio de 2002. El instrumento de ratificación fue depositado el 27 de junio de 2002.

² Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI. Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ. Partes del texto de la Exposición de motivos han sido tomadas para la elaboración de este informe al ser coincidente la autoría moral.

³ Sobre el procedimiento de ratificación y la jerarquía del ECPI en el ordenamiento jurídico interno, véase Elizabeth Santalla: “Informe nacional - Bolivia”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 83-84.

2. Obstáculos para la implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Como se ha indicado, no existió reforma constitucional ni previa ni posterior a la ratificación del ECPI. Toda vez que la Constitución Política del Estado (en adelante, CPE) no requiere de un control previo de constitucionalidad sino que establece la posibilidad que el Tribunal Constitucional conozca y resuelva la constitucionalidad de tratados —en este caso, con organismos internacionales—,⁴ se entiende que ésta es sólo una posibilidad y no un requerimiento previo a la ratificación de tratados. Esta interpretación se refuerza con la Ley del Tribunal Constitucional, que establece la posibilidad de que, ante una *duda fundada* sobre la constitucionalidad de un tratado, previa a su aprobación y ratificación, el presidente del Congreso Nacional remita la consulta de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, cuya decisión tiene efecto vinculante.⁵

De los hechos se colige que, en el caso del ECPI, no existió *duda fundada* de inconstitucionalidad. Es más, a efectos del proceso de aprobación congresal, el informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de marzo de 2002 destacó la concordancia del ECPI con la CPE.⁶ En consecuencia, no hubo decisiones jurisprudenciales previas o posteriores que analizaran la compatibilidad del ECPI con el ordenamiento jurídico interno. Si bien dicho análisis no fue necesario, habría sido interesante contar con pronunciamientos expresos respecto a la forma de compatibilizar en la práctica aspectos particulares de las relaciones emergentes entre el cumplimiento de las obligaciones internacionales generadas a partir de la ratificación y la aplicación de los derechos y garantías constitucionales. Por ejemplo, ante eventuales solicitudes de entrega de personas a la CPI que se suscitaran antes de efectivizarse la implementación propiamente dicha del ECPI.

En este marco, partiendo de la premisa de constitucionalidad del ECPI, es no obstante el momento propicio, como se ha indicado, para el análisis de aspectos constitucionales que puedan reforzar la implementación del ECPI. Manteniendo di-

⁴ Artículo 120.9.

⁵ Artículos 113-115, Ley del Tribunal Constitucional, n.º 1836, de 1 de abril de 1998.

⁶ Para mayor explicación del contexto y las particularidades de dicho Informe, véase *supra* nota 3, pp. 84-86.

cha premisa, la realización de reformas constitucionales no constituye un óbice para la implementación de aspectos inherentes al principio de complementariedad y las obligaciones emergentes del régimen de cooperación del ECPI; cualquiera de los dos eventos puede suscitarse con anterioridad al otro. Según esta lógica, tampoco puede considerarse que la falta de implementación sea producto de la falta de realización de reformas constitucionales.

A continuación se esbozarán algunos aspectos de índole constitucional que no constituyen *per se* obstáculos para la implementación, si bien su consideración podría reforzarla.

2.1.1. *De la pena máxima*

La CPE proscribe, de manera indirecta, la pena de cadena perpetua al establecer que para los delitos de asesinato, parricidio y traición a la patria, la pena aplicable es de treinta años de presidio sin derecho a indulto.⁷ De acuerdo con esta formulación, ha de entenderse que los mencionados delitos son considerados los más graves en el ordenamiento jurídico interno y que, por tanto, la pena máxima es de treinta años sin derecho a indulto. Esta interpretación está reforzada por el Código Penal (en adelante, CP), que de manera expresa establece que la pena máxima para los delitos que revistan mayor gravedad será de treinta años, aun en el caso de concurso de delitos.⁸

Considerando la alternativa que plantea el propio ECPI⁹ respecto a que el régimen de penas adoptado por el mismo no constituye un óbice para que los Estados parte mantengan y apliquen el suyo propio, aún siendo éste distinto al planteado por el ECPI que establece la posibilidad de imposición de cadena perpetua¹⁰ revisable a los 25 años de su ejecución,¹¹ puede colegirse que no existe visos de incompatibilidad constitucional con el régimen de penas interno.

Cabe, desde luego, la interrogante de las implicaciones que en la conclusión anterior tendría un eventual procesamiento de la Corte Penal Internacional (en ade-

⁷ Artículo 17.

⁸ Artículo 27.1.

⁹ Artículo 80.

¹⁰ Artículo 77.1.b.

¹¹ Artículo 110.3.

lante, CPI), condena e imposición de cadena perpetua conforme al régimen del ECPI, de un nacional —por ejemplo, boliviano— a quien en un proceso interno por los mismos delitos que motivaran el procesamiento por la CPI no se sancionaría con pena de cadena perpetua.

Los criterios que rigen la determinación de la pena para la CPI están normados en las RPE.¹² Respecto a la imposición de cadena perpetua, los únicos parámetros que se establecen son la *extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes*.¹³ Vale decir, básicamente se trata de la misma formulación del artículo 78.1 del ECPI, con la añadidura de que las causales agravantes son los indicadores de las circunstancias personales del condenado.

En este sentido, los alcances y la aplicación concreta del artículo 78 del ECPI —como por ejemplo, en el caso hipotético planteado anteriormente— no advierten una solución positiva, sino en todo caso sujeta a la práctica a desarrollarse por la CPI y a la aceptación de que, en mérito al régimen de complementariedad, la prerrogativa de decisión discrecional respecto a la imposición de la pena es transferida a la CPI.

Respecto a la práctica internacional desarrollada hasta el presente, puede considerarse que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha circunscrito los fines de la pena en el derecho penal internacional —no definidos en las resoluciones del Consejo de Seguridad que dieron origen a su creación— principalmente a los fines de *retribución y disuasión*, mientras quedan en una categoría secundaria otros fines como el de *rehabilitación*, cuyo significado depende, *inter alia*, del carácter del conflicto armado.¹⁴

En efecto, una de las sentencias significativas del ICTY (*Prosecutor v. Erdemovic*)¹⁵ reconoce que el fin de rehabilitación de la pena es de inferior jerarquía al del “intento por estigmatizar las más serias violaciones del derecho internacional humanitario”.¹⁶ Sin embargo, la atribución de un sentido normativo o cuasinormativo a la infracción de la norma depende del tipo de vigencia que ésta tenga. “En un sistema simple de normas, carente de reglas de reconocimiento asociadas a reglas de cambio,

¹² Regla 145.

¹³ Regla 145.3.

¹⁴ Véase Kai Ambos y Jan Nemitz: “El sistema de penas y su ejecución en el derecho penal supranacional”, en *El nuevo derecho penal internacional*, Lima, Ara, 2004, pp. 454-457.

¹⁵ IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, para. 66, citada *supra* nota 14.

¹⁶ Ibídem, 455.

la desviación puede interpretarse como negación de la vigencia. Pero en un sistema normativo reflexivo, en el cual el reconocimiento de la norma es provisto por criterios procedimentales de validez, la infracción de la norma no puede ser interpretada como un acto con sentido normativo, sin contradecir al sistema normativo, pues en él ese sentido está gobernado por reglas, y no hay una regla secundaria que le atribuya ese carácter".¹⁷

Si bien el régimen de imposición de penas de los tribunales *ad hoc* no está regido por el derecho interno de los Estados de la antigua Yugoslavia y Ruanda, según el caso, ni tampoco el de la CPI, como una corte internacional, el contexto y la coyuntura de la CPI, que difiere esencialmente a partir del principio de complementariedad, podría generar una práctica diferente ante situaciones similares a la hipótesis antes planteada. En este sentido, los parámetros que se desarrolle en la práctica respecto a la aplicación de los criterios de determinación de la pena del régimen de la CPI podrían complementar su régimen positivo de determinación de las penas. Por otro lado, la doctrina ha planteado también la posibilidad de que la pena de cadena perpetua sea objeto de mayor análisis respecto a su pertinencia al tiempo de la revisión del ECPI.

Sin embargo, al margen de tales posibilidades, en el ámbito *ordinario* de persecución penal nacional ha de tenerse en cuenta que, ante la hipótesis planteada, podría darse el caso de un nacional boliviano que sea juzgado en mérito, por ejemplo, al principio de territorialidad, por una jurisdicción extranjera en la que exista pena de cadena perpetua para el delito de juzgamiento.

Existiendo tales posibilidades, el reconocimiento y la aceptación de una eventual activación de la jurisdicción complementaria de la CPI, que en este caso el Estado boliviano ha efectuado con la ratificación del ECPI, hace que la hipótesis planteada y cualquier otra —por ejemplo, respecto a las penas indeterminadas del ECPI o las reglas de determinación de la pena también poco determinadas— resulten también aceptadas de antemano por el Estado boliviano. Esta implícita aceptación de la prerrogativa de decisión discrecional respecto a la imposición de la pena difícilmente puede catalogarse de inconstitucional respecto al régimen de penas y en particular de

¹⁷ Véase Antonio Bascuñán: "Derechos fundamentales y derecho penal", en Marcelo Alegre et al. (eds.): *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 339.

la pena de cadena perpetua del ECPI, en virtud de la complementariedad de una jurisdicción de carácter internacional. Esta interpretación no implica, desde luego, que no sea deseable una eventual modificación o precisión del régimen de determinación de las penas de la CPI.

Asumiendo la inexistencia de una situación de incompatibilidad constitucional con el ECPI, y en mérito a la tendencia humanista y finalista del tratamiento de las penas, corresponde reforzar la prohibición constitucional no sólo de la pena capital,¹⁸ sino también de la de cadena perpetua, y, por ende, el reforzamiento de la pena máxima del ordenamiento jurídico interno. En este sentido, ha de complementarse y especificarse en el artículo 17 de la CPE que no existen las penas de muerte ni de cadena perpetua en el ordenamiento jurídico interno, eliminando a su vez cualquier listado de delitos que ameriten la pena máxima, cuya determinación corresponde más bien a la ley penal sustantiva, y teniéndose en cuenta que, en particular, en mérito a la implementación del ECPI, no resultan sólo el asesinato, el parricidio y la traición a la patria los delitos de mayor gravedad.

2.1.2. *De la inmunidad parlamentaria y de altas autoridades*

Una importante modificación que planteó la Ley de Necesidad de Reformas a la CPE,¹⁹ recogida e introducida por la ley n.º 2631,²⁰ es la referida a la inmunidad parlamentaria, al plantear la modificación al artículo 52 de la CPE, que confería completa inmunidad de acusación, persecución o arresto a senadores y diputados, desde el momento de su elección hasta la finalización de su mandato, salvo licencia de la propia Cámara a la que pertenecieran. Dicha modificación, fuera de limitar la inmunidad a la materia penal, sustituye la licencia de la propia Cámara del Senador o Diputado en cuestionamiento, por la de la Corte Suprema de Justicia, salvo en el caso de delito flagrante. De esta manera, la suspensión de la inmunidad parlamentaria a efectos de la acusación y procesamiento en materia penal adquiere mayor independencia al trasladarse dicha competencia al Poder Judicial.

Si bien la licencia previa es uno de los aspectos más comunes en el derecho constitucional comparado, respecto a una eventual acusación y procesamiento por

¹⁸ Sugerencia planteada por el defensor del Pueblo respecto a la pena de muerte. *Propuesta de reformas a la CPE*, de julio de 2003.

¹⁹ Ley n.º 2410, de 8 de agosto de 2002.

²⁰ Ley de 20 de febrero de 2004 (última reforma parcial constitucional).

delitos del derecho internacional, este nuevo tratamiento, aun sujeto a licencia, podría colidir con los requerimientos de complementariedad emergentes del criterio de *incapacidad*. Como ha reconocido la doctrina, dichos requerimientos llevan a la remoción de inmunidades en el derecho interno,²¹ en mérito al artículo 27 del ECPI.

En este contexto, puede trazarse una relación con la modificación planteada al artículo 15 de la CPE, que establece la responsabilidad penal y civil de toda *autoridad, funcionario, agente público y particular* que vulnere los derechos y garantías constitucionales. A efectos de mayor claridad y certeza jurídica, correspondería incluir de manera expresa dicha remoción de inmunidades en el nivel constitucional, tratándose de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Este planteamiento es reforzado por la apertura a la jurisdicción penal que el CP establece en su artículo 1.6, respecto a los delitos cometidos en el extranjero por funcionarios en el desempeño de su cargo o comisión, vale decir, con relación a las inmunidades funcionales en el derecho interno.

Lo propio acontece respecto a altas autoridades del Poder Ejecutivo, esto es, el presidente de la República, el vicepresidente, los ministros y prefectos, quienes están sujetos a juicio de responsabilidades (*impeachment proceedings*) por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuya sustanciación y resolución está normada por la Ley de Juicio de Responsabilidades.²²

Entre los delitos que constituyen competencia material para este tipo de juzgamiento, entre los crímenes internacionales, se encuentra únicamente el genocidio. Si bien la ley establece que la violación de los derechos y de las garantías constitucionales constituye también competencia material, puede entenderse que sólo la *tortura, las coacciones, exacciones o cualquier forma de violencia física o moral*²³ —aunque no en el contexto de un crimen de lesa humanidad— sería objeto de juicio de responsabilidades.

En consecuencia, puede advertirse que la Ley de Juicio de Responsabilidades —pese a haber sido promulgada con posterioridad a la ratificación del ECPI—, conforme el planteamiento actual, no constituye fuero jurisdiccional para ningún delito del derecho internacional, fuera del genocidio. Como lo demuestra la jurisprudencia

²¹ Véase Jan Kleffner: "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice*, 1, 1, Oxford University Press, 2003, p. 103.

²² Ley n.º 2445, de 13 de marzo de 2003.

²³ Artículo 12 de la CPE.

desde los tribunales de Núremberg hasta los contemporáneos tribunales *ad hoc*, gran parte de la persecución de delitos del derecho internacional está orientada a la llamada *criminalidad de Estado*. Vale decir que, conforme al planteamiento actual de la mencionada ley, existiría incapacidad de persecución para delitos del derecho internacional que fueran cometidos por el *presidente*, el *vicepresidente*, los *ministros* y *prefectos* en el ejercicio de sus funciones.

Si bien es evidente que cuando se promulgó la mencionada ley no existía una adecuada tipificación de los delitos del derecho internacional, al no haberse establecido algún tipo de salvaguarda en el sentido de que los delitos de competencia de la CPI, a tipificarse a tiempo de la implementación del ECPI, quedarían incluidos en la competencia material del juicio de responsabilidades, se hace necesaria la modificación de la ley en cuestión. Un mecanismo legislativo de esa naturaleza no quebranta el principio de legalidad, pues no consiste en una tipificación en sí misma, ni podría serlo por el objeto de la mencionada ley. Sólo consiste en reconocer la eventual ampliación de tal competencia una vez que los delitos sean taxativamente tipificados por norma penal sustantiva cuya aplicación, desde luego, no podría tener ninguna connotación retroactiva. Situación similar se presenta con el caso del crimen de agresión que se reconoce en el ámbito de competencia de la CPI, especificándose que dicha competencia se ejercerá una vez que se defina el crimen.²⁴

Respecto a la licencia o limitación de inmunidad que la mencionada ley mantiene conforme al planteamiento actual de la CPE, es decir, la licencia previa congressional para el caso de procesamiento, caben las mismas apreciaciones que en el caso de la inmunidad parlamentaria. Conforme al artículo 27.2 del ECPI, que desconoce cualquier inmunidad o prerrogativa inherente a cargo oficial —fuera ésta reconocida por el derecho interno o internacional— a efectos del ejercicio de competencia de la CPI, en caso de tratarse de procesamiento por delitos del derecho internacional contra cualquiera de las personas de competencia personal del juicio de responsabilidades, el requerimiento de licencia previa por el Congreso resulta irrisorio. Ante tales situaciones, el margen de deliberación del Congreso se reduce. En efecto, si bien el artículo 27.2 del ECPI sólo tiene efectos normativos directos respecto al ejercicio de jurisdicción complementaria por la CPI, redunda en el procedimiento interno. En el supues-

²⁴ Artículo 5.1.2 del ECPI.

to de que la solicitud de autorización ante el Congreso a efectos del juicio de responsabilidades resultase desfavorable para el procesamiento, podría estarse ante una causal de apertura de la jurisdicción complementaria de la CPI.

Por tanto, puede entenderse que es interés del Estado —fuera de una consecuencia de la ratificación del ECPI— que la normativa interna facilite el procesamiento interno cuando corresponda. Esto conlleva a la modificación del procedimiento establecido por la ley en cuestión cuando se trate de acusación por delitos del derecho internacional.

Por otro lado, la ley, en su artículo 4, remite el régimen de prescripción al establecido por el CPP. Al ser necesaria la incorporación de los otros delitos del derecho internacional —además del genocidio— a la competencia material del juicio de responsabilidades, como se ha indicado, es necesario calibrar dicho régimen con el carácter imprescriptible de tales delitos. En consecuencia, corresponde establecer la imprescriptibilidad del juicio de responsabilidades cuando se trate de delitos del derecho internacional, en concordancia con la correspondiente modificación del régimen de prescripción del CPP respecto de los delitos en cuestión.

No obstante, es de tomar en cuenta que, de los aspectos observados, la incorporación de delitos del derecho internacional en la competencia material del juicio de responsabilidades y el carácter imprescriptible de éstos son pasibles de modificación, en concordancia con las correspondientes modificaciones al CP y al CPP emergentes de la implementación del ECPI. Pese a ello, el tratamiento de la inmunidad a efectos del mencionado juicio necesita ser reformado desde su formulación constitucional (artículo 118.5 de la CPE). Si bien la Ley de Necesidad de Reforma a la CPE planteó la modificación del mencionado artículo, lo hizo sólo respecto al numeral 7, con lo que quedó inmutable el procedimiento reflejado por la Ley del Juicio de Responsabilidades.

La implementación del ECPI previa a la reforma constitucional no podría modificar el tratamiento de la inmunidad a efectos del juicio de responsabilidades, mas la propia implementación significará un implícito deber de persecución penal nacional tratándose de delitos del derecho internacional en mérito al asumido principio de complementariedad, como se ha apuntado, a partir de la ratificación del ECPI. Dicho deber podría y debería ser especificado en la reforma constitucional al tratarse de un importante aspecto de implementación. En efecto, se reconoce que el artículo 27 es una de las normas más importantes del ECPI, cuya inexistencia derivaría en ineficacia de la CPI.

2.1.3. *De la inviolabilidad parlamentaria*

Otro aspecto relativamente común en el derecho constitucional comparado es la inviolabilidad de senadores y diputados por las opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones. En esta línea, el artículo 51 de la CPE reconoce dicha inviolabilidad. Sin embargo, a la luz del ECPI, esta inviolabilidad cobra también matices particulares, y actualmente no puede ser concebida con carácter absoluto, sino más bien relativo.

En efecto, este carácter relativo viene dado por los límites a la inviolabilidad que plantean ciertas modalidades de comisión de los delitos contra el derecho internacional que puedan coincidir con formas de expresión u opinión y formas anticipadas de protección penal, como la proposición o la instigación a delinquir. Así por ejemplo, el ECPI tipifica de manera expresa y particular la instigación pública a cometer genocidio,²⁵ y desde luego se entiende que la instigación constituye una forma de comisión para cualquier delito tipificado por el ECPI.²⁶

Si la inmunidad parlamentaria no es absoluta y, como se ha indicado, queda más bien restringida por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, las modalidades de comisión de los delitos del derecho internacional que coinciden con formas de expresión u opinión tampoco pueden estar protegidas por la inviolabilidad parlamentaria. En consecuencia, si es recomendable, a tiempo de la próxima reforma constitucional, limitar de manera expresa el régimen de inmunidades, lo es también respecto a la inviolabilidad parlamentaria.

2.1.4. *De la amnistía*

La CPE, en su artículo 96.13, confiere la facultad al presidente de decretar amnistías por delitos políticos, y reconoce a su vez la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías.

Es de advertir que el ECPI no contempla disposiciones específicas respecto a la amnistía, ni fáctica ni de derecho. Surge entonces la pregunta respecto a la compatibilidad de ésta con el régimen del ECPI. En consecuencia, corresponde su análisis respecto al *test* de admisibilidad del artículo 17 del ECPI.

²⁵ Artículo 25.3.e.

²⁶ Artículo 25.3.b.

La aplicación de una ley de amnistía —*de iure*— podría constituir un ejemplo de la decisión de un Estado de no perseguir determinado crimen de competencia de la CPI, y podría connotar una falta de intención o voluntad, conforme al artículo 17.1.*a*. En efecto, si se considera que el propósito de una ley de amnistía es liberar a determinadas personas de su responsabilidad penal, ésta tiene un efecto inherente e inmediato respecto a la investigación, el procesamiento y/o la ejecución de sentencia del individuo en concreto, sea que existan o no otros fines que motiven la declaratoria de amnistía. Por tanto, esta situación podría enmarcarse en el caso del artículo 17.1.*a* y/o 17.2.*a* y constituir un caso admisible para la CPI.

Ante la existencia de dicha posibilidad, más aún en los casos que puedan representar una autoexoneración, es conveniente limitar la potestad constitucional del presidente y en su caso del Congreso de dictar amnistías respecto a crímenes internacionales, en particular de competencia de la CPI.

Si bien dicha potestad constitucional está circunscrita al caso de delitos políticos, el carácter subjetivo y casuístico de la determinación de éstos refuerza la necesidad de dicha limitación. En este sentido, es ilustrativo el régimen de causales de exclusión de la condición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, de la que Bolivia es Estado parte. Dichas causales de exclusión se refieren precisamente a la existencia de, *inter alia*, crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio.

2.1.5. *Del confinamiento*

Conforme al planteamiento constitucional actual, la CPE, en su artículo 112.4, contempla la figura del confinamiento durante el estado de sitio si la *conservación del orden público* así lo justificare. Como ha sido reconocido por el defensor del Pueblo, se trata de una medida de carácter esencialmente político,²⁷ que a tiempo de la implementación del ECPI puede colidir con la tipificación de la conducta de *someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales* (artículo 8.2.*a*.vii del ECPI) y, en su caso, con el crimen de lesa humanidad de *deportación o traslado forzoso de población* (artículo 7.1.*d* del ECPI), no obstante la peculiaridad del elemento contextual de éste. Como lo estipula el ECPI, esta medida es sólo permisible conforme al derecho

²⁷ Propuesta de Reforma a la CPE. Defensor del Pueblo, julio de 2003.

internacional (artículo 7.2.*d*) y al derecho internacional humanitario respecto al artículo 8.2.*a.vii*, por lo que corresponderá su supresión del marco constitucional.

Respecto a la prohibición del destierro por motivos políticos que establece el mismo artículo 112.4 de la CPE, es importante reforzar dicha prohibición y ampliar su alcance, restringido conforme el texto constitucional a *motivos políticos*. Asimismo, y siguiendo la recomendación anterior de supresión de la figura del confinamiento corresponderá suprimir el término *confinado* de la frase que indica: “[...] pero al confinado, perseguido o arrestado por estos motivos, que pida pasaporte para el exterior, no podrá serle negado por causa alguna debiendo las autoridades otorgarle las garantías necesarias al efecto”.

2.1.6. *De la obediencia debida en el contexto de las Fuerzas Armadas*

La obediencia debida reviste, a la luz del derecho penal internacional, un nuevo enfoque, estrictamente enmarcado en el respeto de los derechos y garantías constitucionales. Es así que, desde el precedente sentado por los tribunales de Núremberg hasta la jurisprudencia desarrollada por los tribunales *ad hoc*, el cumplimiento de órdenes superiores no exonera de responsabilidad penal por la comisión de delitos del derecho internacional, ni a civiles ni a militares.²⁸

Si bien el artículo 209 de la CPE no es incompatible con el planteamiento del ECPI, dada la coyuntura de posibilidad de reformas constitucionales, resulta idónea la modificación o complementación de este artículo en su primera parte. En particular, ha de complementarse que los conceptos de *jerarquía, disciplina, obediencia, no deliberación*, sobre los que se asienta la *organización* o más bien el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, han de interpretarse y aplicarse en el marco del respeto a los derechos y garantías constitucionales, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, y no sólo de las leyes y reglamentos militares, como plantea actualmente la CPE.

En este sentido, cabe notar que el proyecto de Ley Interpretativa de la CPE respecto a la competencia de la justicia militar y ordinaria²⁹ —sin ingresar en mayo-

²⁸ Artículo 33 del ECPI.

²⁹ Proyecto aprobado por la Cámara de Senadores.

res consideraciones al respecto en este momento— parte precisamente de la interpretación del mencionado artículo 209 en los términos planteados actualmente. Siendo recomendable la complementación del artículo 209 en la reforma constitucional, resulta débil la consistencia normativa de esta propuesta legislativa.

2.1.7. *De la censura en conflicto armado internacional*

El artículo 112.6 de la CPE, en el marco del estado de sitio, establece la posibilidad de que en conflicto armado internacional se determine la *censura sobre la correspondencia y todo medio de publicación*. Sin embargo, tal posibilidad no queda complementada por las debidas limitaciones tendientes a preservar los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión.

El derecho internacional humanitario entiende por censura, el “control que la Potencia detenedora puede ejercer sobre la correspondencia —antes de distribuirse o de expedirse— remitida a los *prisioneros de guerra* o a los *internados*, o enviada por éstos”.³⁰ Al respecto los Convenios de Ginebra III³¹ y IV³² establecen limitaciones en cuanto a los recipientes y modalidades en que la censura podría llevarse a cabo, principalmente resguardando que la necesidad de censura no implique demora en la obtención y/o el envío de correspondencia personal. Asimismo, es de advertir que el derecho internacional humanitario restringe la censura a la correspondencia de prisioneros de guerra y/o internados. En este sentido, la mencionada norma constitucional resulta genérica, pues conforme a su formulación abarca cualquier tipo de correspondencia y medio de publicación.

En consecuencia, siendo la censura una potestad en conflictos armados regulada por el derecho internacional humanitario, no corresponde que el texto constitucional se pronuncie sobre un aspecto específico normado por dicha rama del derecho internacional, y menos con las imprecisiones mencionadas, teniendo en cuenta que dicha censura involucra limitaciones excepcionales a derechos fundamentales —derecho a la privacidad y libertad de expresión—. En consecuencia, es pertinente la supresión del artículo 112.6 del texto constitucional.

³⁰ Véase Prieto Verri: *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

³¹ Artículos 71 y 76.

³² Artículos 107 y 112.

2.1.8. *Del reconocimiento de la jurisdicción complementaria de la CPI*

Toda vez que el principio *ne bis in idem* no tiene reconocimiento constitucional en Bolivia, difícilmente puede argumentarse que una eventual activación de la jurisdicción complementaria de la CPI constituya una vulneración del mencionado principio desde el punto de vista constitucional. De incorporarse una disposición expresa sobre el *ne bis in idem* en el texto constitucional, resultaría oportuno establecer el reconocimiento de complementariedad de la CPI en el nivel constitucional. Pero, aun en esta hipótesis, es conveniente que los efectos del *ne bis in idem* que reconoce el CPP sean expresamente ampliados respecto a la CPI con fines de precisión normativa y de facilitar o hacer más práctica la aplicación del tratado cuyo régimen de complementariedad, a partir de la ratificación del ECPI, es vinculante para el Estado boliviano en el contexto y con las connotaciones que establece el ECPI para su activación.

2.1.9. *De la relación del derecho internacional y el derecho interno*

El rango o la jerarquía constitucional que adquieren los instrumentos internacionales en el derecho interno es un aspecto que no fue abordado por la CPE. Las últimas reforma constitucionales de 1994 y 2004 tampoco incluyeron consideración alguna al respecto. Si bien éste no es un aspecto que atañía directamente a la implementación del ECPI, es importante su consideración a efectos de las reformas constitucionales a tratarse en la eventualidad de una próxima asamblea constituyente o en el marco de cualquier revisión futura de reformas constitucionales, al regular un aspecto de esencial importancia constitucional como es la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

La Ley de Necesidad de Reformas a la CPE no enfoca de manera expresa el mencionado vacío constitucional. No obstante, sitúa como parámetros rectores de interpretación y aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la *Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia en esta materia*.³³ En este sentido, puede entenderse que

³³ Artículo 6.V, ley n.º 2410.

los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico interno adquieran rango constitucional, con lo que se sitúan por encima de las leyes ordinarias.

Esta previsión, si bien constituye un avance importante en el tratamiento constitucional de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, abre la polémica de qué instrumentos han de considerarse de *derechos humanos*. En esta línea, al margen de la discusión sobre si el ECPI es un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos y/o del emergente derecho penal internacional o supranacional, o de ambos, ha de entenderse que, como todo instrumento internacional de íntima relación con la temática de derechos humanos, requiere de la consiguiente implementación para su aplicación y vigencia práctica. En este sentido, es de rescatar el artículo 72.II³⁴ de la Ley de Necesidad de Reformas a la CPE, que plantea de manera expresa dicha necesidad de implementación, de relevancia para el caso del ECPI.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

Como se ha indicado, Bolivia no ha implementado aún el ECPI, razón por la que este análisis se centrará en el anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI³⁵ (en adelante, *anteproyecto*), única propuesta legislativa que se conoce hasta el presente.

El anteproyecto prevé una implementación total, toda vez que incluye no sólo aspectos de complementariedad sino también de cooperación. En efecto, la primera parte comprende reglas generales, la segunda incorpora los delitos del derecho internacional, la tercera parte tipifica los delitos contra la administración de justicia de la CPI, la cuarta parte recoge los aspectos inherentes al régimen de cooperación con la CPI y la quinta y última parte establece las derogatorias y disposiciones transitorias necesarias para la aplicación del anteproyecto.

Como puede advertirse, la estructura del anteproyecto destaca la jurisdicción primaria que conforme al modelo adoptado por el ECPI recae, en este caso, en el Estado boliviano, al dedicar las primeras partes a los aspectos inherentes al régimen

³⁴ “II. Las Leyes Orgánicas regularán: el desarrollo de los derechos y deberes fundamentales consagrados en esta Constitución y los Instrumentos Multilaterales suscritos por el Estado, [...]”.

³⁵ Véase *supra*, nota 2.

de complementariedad y posteriormente al de cooperación. Es más, el artículo 4 del anteproyecto reconoce expresamente la jurisdicción primaria, atribuyendo el carácter de delitos de acción pública a los delitos del derecho internacional descritos por éste a efectos del ejercicio obligatorio de la acción penal, conforme el diseño del CPP. En tal sentido, se complementan las causales de suspensión, interrupción o cesación de la acción penal pública que plantea el CPP, y se reconoce expresamente la eventualidad de la activación de la complementariedad de la CPI.

No obstante, el régimen de cooperación está diseñado para viabilizar, en todo lo posible, la cooperación con la CPI, en mérito al estándar de “cooperación plena” del artículo 86 del ECPI. Asimismo, las primeras partes están diseñadas para promover la jurisdicción primaria. En efecto, la exposición de motivos indica:

Si bien el ECPI no contiene deberes explícitos de tipificación, en mérito a la fuerza que imprime el principio de complementariedad en las jurisdicciones nacionales se entiende que su cumplimiento se verifica con deberes ‘extremos’ de tipificación. En este sentido, las conductas tipificadas por el ECPI han sido consideradas por el presente anteproyecto como mínimos de implementación, ampliándose el alcance de las mismas en lo posible y pertinente y en consideración de otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos vinculantes para el Estado boliviano.³⁶

Se trata, en consecuencia, de una ley especial de implementación que, conforme su artículo 2, tiene un carácter complementario al CP y al CPP y es de aplicación especial respecto a los delitos del derecho internacional descritos en ella, los delitos contra la administración de justicia de la CPI y el régimen de cooperación con la CPI. En consecuencia, los códigos mencionados resultan de aplicación supletoria respecto a aspectos no normados por la ley. Este carácter complementario y de aplicación especial tiene la ventaja de evitar introducir excesivas reformas a los códigos penales —sólo en cuanto resulta estrictamente necesario para su aplicación— y, por otro lado, de fortalecer la integración de la ley especial en el ordenamiento penal y de servirse de aspectos no normados por la ley, que puedan recogerse del ordenamiento penal *común*.

Si bien es evidente que la proliferación de leyes especiales que crean regímenes de excepción no es la solución óptima en Estados cuyos ordenamientos positivos se

³⁶ Segundo párrafo de la Exposición de motivos, Parte I, Generalidades.

basan en cuerpos codificados, no es menos cierto que ésta puede considerarse una práctica generalizada adoptada para la implementación del ECPI en el ámbito de la legislación comparada, principalmente en razón de constituir un modo más expedito y sencillo para alcanzarla. Por otro lado, a diferencia de, por ejemplo, el régimen especial de la coca y sustancias controladas,³⁷ la ley especial en cuestión responde a las obligaciones emergentes de un tratado multilateral con aceptación masiva³⁸ que imprime importantes modificaciones en el derecho penal común, o más bien consolida un derecho penal internacional, respecto a la comunidad internacional en su conjunto. Asimismo, es de tener en cuenta que la opción de una ley especial no impide que, ante una eventual reforma de los códigos penales, el contenido de aquélla pueda ser asimilado por los códigos.

A continuación se abordarán las principales características del anteproyecto:

2.2.1. *Nomen juris*

Como el ordenamiento jurídico interno no contempla la categoría de crímenes, sino simplemente de delitos y, en su caso, de faltas o contravenciones, el anteproyecto ha mantenido la terminología empleada. Es decir, se ha reemplazado la terminología de *crímenes de guerra* por *delitos contra el derecho internacional humanitario* y de *crímenes de lesa humanidad* por *delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos*.

Si bien el término *crímenes del derecho internacional* no es sólo una traducción del inglés (*crimes*) —idioma de elaboración de la mayor parte de los instrumentos internacionales relevantes— sino que ha sido empleado para denotar la gravedad de estas ofensas, su empleo en sistemas legales como el boliviano, que sólo contemplan delitos y faltas o contravenciones, podría generar confusiones innecesarias. Así por ejemplo, el término *crímenes de guerra* podría generar confusión respecto al ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario. Por otro lado, se entiende que la gravedad de los delitos tipificados por el anteproyecto ya se hace manifiesta a través de factores como el reconocimiento de la imprescriptibilidad, el carácter no amnistiable ni indultable que éste les asigna, la gravedad de las penas, entre otros.

³⁷ Ley n.º 1008, de 19 de julio de 1988.

³⁸ Noventa y nueve ratificaciones a junio de 2005.

En su parte final, el anteproyecto modifica el título del capítulo IV del título I del libro segundo del CP, “Delitos contra el Derecho Internacional”, por una denominación más acorde con los tipos penales que contempla dicho capítulo:³⁹ “Delitos contra las Relaciones Exteriores y Delitos Tradicionales del Derecho Internacional”, y para diferenciarlo del título genérico adoptado por el anteproyecto: “Delitos del Derecho Internacional”. No obstante, se entiende que en una reforma integral del CP habrá que analizar la pertinencia y/o la tipificación de los tipos que contempla dicho capítulo.

2.2.2. *Imprescriptibilidad, amnistías e indultos*

El anteproyecto incorpora los principios reconocidos por el derecho internacional convencional y consuetudinario respecto a los delitos en cuestión. Vale decir, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la ejecución de la pena, con la salvedad de los delitos de menor gravedad relacionados con la responsabilidad jerárquica, cuya incorporación sigue el modelo alemán. Así también se establece el carácter no político de estos delitos, que surte efectos particularmente respecto a eventuales amnistías, y se establece el carácter no indultable de estos delitos.

2.2.3. *Principios generales de derecho penal en el ECPI*

La implementación de los principios generales del derecho penal contemplados en el ECPI, al no ser éstos directamente vinculantes en el ámbito interno, ha procurado mantener —al igual que en varias de las experiencias comparadas de implementación— la formulación e interpretación propia del derecho interno. En este sentido, las modificaciones e incorporaciones introducidas responden a la finalidad de que aspectos que hacen a la esencia de la lógica del ECPI encuentren congruencia en el ámbito interno.⁴⁰

Lo propio ocurre con las distintas formas de responsabilidad penal individual que plantea el ECPI. Entendiéndose que éstas pueden ser reconducidas a figuras como la autoría, la complicidad y la instigación del Código Penal, el anteproyecto no

³⁹ Sobre el contenido de dicho capítulo véase *supra*, nota 3, p. 86.

⁴⁰ Exposición de motivos, párrafo 6.

incorpora de manera expresa cada figura del ECPI sino que las libra a la interpretación y aplicación que corresponden de varios supuestos casuísticos del artículo 25 del ECPI, conforme a la regulación de la autoría y las formas de participación criminal del Código Penal únicamente. En este sentido, se entiende que, en particular, la regulación del dolo, el error de hecho, la tentativa, las formas de participación criminal, las causales agravantes y atenuantes que establece el CPM no son aplicables y quedan más bien reemplazadas en su aplicación por las del CP.⁴¹ Esto es de importancia ante las críticas de que ha sido objeto la regulación de tales aspectos generales de derecho penal en el CPM.⁴²

Por el contrario, los efectos del principio de *ne bis in idem*, reconocido por el artículo 4 del CPP, han sido expresamente ampliados por el anteproyecto respecto a la CPI, con base en los criterios rectores del artículo 20.2.3 del ECPI. Esta regulación es posible en mérito al carácter complementario que reviste el anteproyecto respecto al CPP. Asimismo, el anteproyecto hace extensivos los criterios rectores del ECPI con relación a otras jurisdicciones nacionales, en cuanto corresponda. La importancia de la incorporación expresa de los alcances del *ne bis in idem* respecto a la CPI redonda en la vigencia plena del principio de complementariedad y el reconocimiento implícito de la cesión de soberanía que la complementariedad implica.

2.2.4. Relación con la legislación militar

El anteproyecto establece la relación con la legislación penal militar partiendo de la diferencia que subyace entre los delitos militares —es decir, aquellos que afectan a materias o bienes militares— y los delitos contra el derecho internacional humanitario —que caen fuera del objeto de la legislación militar—. En consecuencia, la aplicación de los Códigos Penal Militar y de Procedimiento Penal Militar y de la Ley de Organización Judicial Militar se limita única y exclusivamente a los delitos militares, mientras los delitos contra el derecho internacional humanitario —que pueden ser cometidos tanto por militares como por civiles— quedan regidos por el anteproyecto, por lo que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, independientemente del sujeto activo.⁴³

⁴¹ Ibídem, párrafo 7.

⁴² Véase *supra*, nota 3, pp. 95-101.

⁴³ Exposición de motivos, párrafo 3 y artículo 3.

En este sentido, el anteproyecto delimita la aplicación del artículo 1 del CPM a los delitos militares o violaciones a los códigos de conducta militar, y establece, a efectos jurisdiccionales, que los delitos contra el derecho internacional humanitario no constituyen delitos que afecten materias militares, teniendo en cuenta que la Ley de Organización Judicial Militar sienta la jurisdicción de los tribunales de justicia militar a partir del estándar de “afectación a materias militares”.⁴⁴ En consecuencia, el anteproyecto deroga los artículos 66, 67 y 69 del CPM (presión en prisioneros de guerra, ataque y destrucción indebida, y violación de tratados, respectivamente) que recogen, en cierto modo, las violaciones al derecho internacional humanitario aunque de un modo muy general y vago,⁴⁵ y más bien sanciona de manera específica las principales conductas violatorias al trato de prisioneros de guerra y, de un modo general, a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977. Por su parte, el tipo de *ataque y destrucción indebida*, al guardar cierta relación con los artículos 8.2.b. ix y 8.2.e. iv del ECPI, es derogado y tipificado en el anteproyecto bajo el título de *delitos contra el derecho internacional humanitario*.

De esta manera, el anteproyecto establece la jurisdicción ordinaria para el caso de delitos contra el derecho internacional humanitario, aunque fueran cometidos por funcionarios militares, en mérito a la corriente doctrinal actual que tiende a analizar los alcances de la justicia militar en función a la misión constitucional de las Fuerzas Armadas. Esta corriente ha sido recogida por el Tribunal Constitucional, que ha subrayado la necesidad de dicho análisis: “[...] si los militares están en todas sus acciones sujetos a la jurisdicción militar, o si, al contrario es posible que ciertas conductas sean sometidas a la justicia ordinaria”.⁴⁶

En este marco, resulta polémico el planteamiento del proyecto de Ley Interpretativa de la CPE respecto a la competencia de la justicia militar y ordinaria, que parte de la interpretación del mencionado artículo 209 de la CPE, cuya complementación ha sido analizada y recomendada en el inicio de este informe. En general, el mencionado proyecto plantea el reconocimiento exclusivo de la jurisdicción militar para todo tipo de delitos que fueran cometidos por militares y la incorporación de la jurisdicción militar al ámbito del Poder Judicial ordinario, aunque no plantea modificaciones a la Ley de Organización Judicial que en sus artículos 2 y 33 no incluye a

⁴⁴ Véase, artículo 10.

⁴⁵ Respecto a la crítica a estos artículos, véase *supra*, nota 3, p. 92.

⁴⁶ Resolución 0664/2004-R.

la jurisdicción militar. Al respecto, como fue citado por el Tribunal Constitucional,⁴⁷ la Comisión Internacional de Derechos Humanos ha expresado:

[...] el sistema de justicia penal militar tiene ciertas características que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial, siendo una de ellas, la imposibilidad de que ese sistema sea considerado como parte del Poder Judicial, porque dependen del Poder Ejecutivo, y otra, que los jueces de los tribunales militares son miembros del Ejército, situación que los coloca en la posición de juzgar a sus compañeros de armas, siendo ilusoria la imparcialidad, como requisito del juez natural.⁴⁸

En consecuencia, es necesaria una mayor reflexión respecto a la pertinencia de este proyecto de ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

2.2.5. *Responsabilidad jerárquica*

A diferencia del artículo 28 del ECPI, el anteproyecto incorpora la responsabilidad jerárquica en un mismo plano, tanto de militares como de civiles. Siguiendo el modelo alemán, establece paralelos respecto a los conceptos de *jefe militar* y *superior civil*. Asimismo, siguiendo el modelo canadiense, amplía de manera expresa el alcance de esta responsabilidad a los comandantes de policía en cuanto tuvieran un grado de autoridad y control similar a los jefes militares o superiores civiles. Esta especificación es de importancia para el caso boliviano, considerando que por lo general son las fuerzas de seguridad interna las responsables de las más serias ofensas.⁴⁹

Dada la amplitud de esta responsabilidad en el ECPI y las críticas de que ha sido objeto, en particular con relación al principio de culpabilidad, el anteproyecto la ha estructurado siguiendo el modelo alemán, que permite incorporarla sin apartarse radicalmente del sistema penal boliviano y en apego a la doctrina de la *responsabilidad imputable o de reprochabilidad*,⁵⁰ es decir, la omisión de cumplir con una acción realizable y obligatoria.⁵¹

⁴⁷ Ibídem, p. 18.

⁴⁸ Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Perú, junio de 2000.

⁴⁹ Véase Daryl Robinson: "Implementing International Crimes in National Law: the Canadian Approach", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003, p. 53.

⁵⁰ Artículo 13 del CP.

⁵¹ Exposición de motivos, párrafo 10.

En consecuencia, partiendo de los tipos de *incumplimiento de deberes* (artículo 154) y *omisión de denuncia* (artículo 178), estrechamente relacionado con el tipo de *encubrimiento* (artículo 171) del CP —que se aplican esencialmente respecto a funcionarios públicos—, se establecen tipos específicos:

- a. *incumplimiento del deber de vigilancia*, que recoge el deber de control y supervisión, se sobreentiende que ejercido de manera y con medios legales, que corresponde al superior respecto al inferior que se encuentre bajo su control efectivo, cuando existe un nexo causal entre dicha omisión y la comisión del delito por el inferior;
- b. *omisión de denuncia de un delito de derecho internacional*, que establece la obligatoriedad de denuncia en razón de la gravedad de los delitos de que trata el anteproyecto, conforme al ECPI y el derecho internacional humanitario en particular.

Considerando que el artículo 28 del ECPI establece con amplitud la responsabilidad penal del superior jerárquico, sin precisar la naturaleza de dicha responsabilidad, es de advertir que el artículo 13 *bis* del CP establece la *comisión por omisión*, para cuya imputación exige la violación de un deber de garante que equivalga, en el sentido de la ley, a su causación. Dicho deber jurídico del autor queda precisado, a la luz del artículo 28 del ECPI, como se ha explicado. Ello, adicionalmente, hace posible establecer la participación del superior, se entiende dolosa, en el delito cometido por el subordinado en el grado de autoría, en virtud de la comisión por omisión, en los casos en que éste permite a sabiendas la comisión del delito por el subordinado. La omisión de impedir, que constituye el núcleo de la responsabilidad jerárquica, queda precisada en el anteproyecto respecto a comprender el conocimiento por parte del superior de la comisión del delito o de la intención de cometerlo del inferior, y la falta de adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir su comisión. Si el superior no sabía nada de los inminentes delitos del subordinado, se aplican, según corresponda, los tipos de *incumplimiento del deber de vigilancia* y/o de *omisión de denuncia de delitos del derecho internacional*.⁵²

⁵² Ibídem, párrafo 11.

Asimismo, el anteproyecto aclara en su exposición de motivos⁵³ que “la aplicación de la responsabilidad jerárquica en todos sus aspectos, supone que el jefe o superior debe poseer ambas: la ‘competencia legal’ y la ‘posibilidad material’ para impedir o reprimir los delitos. Las medidas concretas dependerán de la posición del superior en la ‘cadena de mando’”.⁵⁴

2.2.6. *Obediencia debida*

El tratamiento que el ECPI, en su artículo 33, otorga a la *obediencia debida* es recogido por el anteproyecto como una excepción a la responsabilidad penal individual que plantea el derecho penal internacional frente a órdenes superiores. Siguiendo el modelo alemán, al concordarse con las justificaciones en la forma de su tratamiento, se elimina la ficción legal del artículo 33.2 del ECPI, y se establece de manera más inteligible que el ámbito de aplicación de esta eximente de responsabilidad penal se refiere sólo al caso de los delitos contra el derecho internacional humanitario que no constituyan delitos contra personas protegidas. Asimismo, se considera la evidencia de la antijuridicidad de la orden militar o disposición análoga, a fin de recoger los estándares de *inconstitucionalidad clara* del artículo 13.3 (obediencia jerárquica) del CPM, cuyo objeto y alcance quedan circunscritos a los delitos militares, y de *ilicitud* del artículo 33 del ECPI.⁵⁵ De manera concordante, el anteproyecto deroga el artículo 100 del CPM, que sanciona con privación de libertad la *desobediencia a órdenes superiores*.

Ante una eventual aplicación de las atenuantes generales que establece el CP en su artículo 40.1, el anteproyecto efectúa la precisión correspondiente respecto al efecto atenuante que reviste la *obediencia debida* en el mencionado artículo.

2.2.7. *De los delitos en particular*

Genocidio

El anteproyecto deroga el artículo 138 del CP, que tipifica el genocidio, e incorpora modificaciones en su tipificación. Entre éstas cabe destacar la incorporación del elemento racial, uno de los grupos de protección conforme la definición de la

⁵³ Ibídem, párrafo 12.

⁵⁴ Véase, Ambos, K., (2002), La Responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Internacional, en Nuevo Derecho Penal Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, pp. 461-462.

⁵⁵ Exposición de motivos, párrafo 14.

Convención del Genocidio y del ECPI que había sido omitido en la tipificación del CP.⁵⁶ Por otro lado, se tipifica sólo el desplazamiento de niños de un grupo a otro, omitiéndose la amplia formulación que contempla el tipo de *niños o adultos*, en atención a las definiciones de los mencionados instrumentos internacionales, de revisión de la legislación comparada, del sentido de la norma y considerando que el desplazamiento de niños o adultos constituiría en general el tipo *desplazamiento forzoso*.⁵⁷

Otra importante modificación está referida a la eliminación en la tipificación de *masacres sangrientas*, elemento que de manera *sui generis* fue incorporado en el caso boliviano, aparentemente en respuesta a la coyuntura política de la época (masacres de Catavi de 1942 y de San Juan de 1967).⁵⁸ La exposición de motivos del anteproyecto explica que un eventual caso de masacre —que no necesariamente habrá de ser *sangrienta*— podría perseguirse bajo el tipo de *exterminio* como delito de lesa humanidad, entendiendo que un solo asesinato puede calificarse de exterminio si es parte de una masacre y si el autor cometió tal acto en ese contexto.⁵⁹

Por otro lado, se cambia la tipificación actual del genocidio en términos plurales a una tipificación en singular, que permite perseguir el tipo aun si existiera una sola víctima. Es decir, que la conducta puede existir aunque se realice cualquiera de los actos constitutivos del tipo contra un solo miembro de uno de los grupos protegidos.⁶⁰

También se modifica la pena, estableciéndose la pena máxima. Se mantiene como agravante la posición del sujeto activo de autoridad, funcionario o empleado público, que contempla el artículo 138 del CP, a la que se adiciona la categoría de militares y policías.

Por otro lado, se tipifica la *instigación pública al genocidio*, punible conforme al artículo 25.3.e del ECPI, toda vez que el tipo de *instigación pública a de-linquir* (artículo 130 del CP) se enmarca en el contexto de delitos contra la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional y establece una pena bastante baja ante una eventual persecución penal de instigación de genocidio —de un mes a un año— y de tres meses a dos años.⁶¹

⁵⁶ Véase, *supra* nota 3, p. 86.

⁵⁷ Exposición de motivos, Genocidio.

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Véase, Ambos, K., (2004), *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional*. www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm.

⁶⁰ Exposición de motivos, Genocidio.

⁶¹ Ibídem.

El anteproyecto adopta un enfoque que no se limita al marco del ECPI, bajo la consideración de que una tipificación restringida por el elemento contextual —ataque generalizado o sistemático contra la población civil— desembocaría en la atipicidad de las conductas delictivas en cuestión, cuya comisión fuera de dicho contexto es más propensa a existir en el caso boliviano. La atipicidad de estas conductas redundaría en una persecución penal basada sólo en delitos comunes, en caso de existir la correspondiente tipificación.⁶² De esta manera se perdería la fuerza preventiva de su tipificación en situaciones que no correspondieran, necesariamente, con el elemento contextual del ECPI, y la oportunidad de cumplir con las obligaciones y necesidades de implementación derivadas de importantes convenciones vinculantes para el caso boliviano que hasta la fecha no fueran implementadas.⁶³

Sin embargo, no todos los delitos de lesa humanidad han sido tipificados en el anteproyecto más allá del elemento contextual, sino sólo aquellos que hallan su fuente también en otros instrumentos internacionales vinculantes para el Estado boliviano y el derecho consuetudinario, como se ha apuntado. En estos casos, se ha mantenido el elemento contextual, el cual constituye un agravante. Es más, el anteproyecto, a efectos de certeza jurídica, optó por definir el elemento contextual introduciendo parámetros para su interpretación y aplicación. En consecuencia, los delitos de *asesinato, exterminio, deportación o traslado forzoso, delitos sexuales y persecución* sólo se tipifican en el marco del elemento de contextualidad, diferenciando su punición en contextos ordinarios como delitos comunes. En este marco, se adopta el *nomen juris* de *asesinato de lesa humanidad*, a fin de distinguir entre esta conducta sancionada en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el tipo común de asesinato.

Asimismo, las siguientes peculiaridades en la tipificación de algunos delitos son resaltadas por la exposición de motivos del anteproyecto al partir del ECPI, fuera de las connotaciones generales apuntadas, cuya incorporación responde, en algunos de los casos, a un análisis de la legislación comparada y la compatibilidad de su inclusión con el ordenamiento jurídico interno:

⁶² Para un análisis de la tipificación de estos delitos en el ordenamiento jurídico interno véase, *supra* nota 3, pp. 88-90.

⁶³ *Ibídem*.

Exterminio. Se optó por introducir de manera expresa el elemento intencional de *destrucción total o parcial de una población*, a fin de precisar los presupuestos de punibilidad. Asimismo, se adoptó la palabra *incluso*, empleada por los Elementos de los Crímenes del ECPI (artículo 7.1.b.1) al referirse a la imposición de condiciones de existencia destinadas a causar la destrucción de una población, para denotar que la conducta de matar puede realizarse de diferentes formas, ya sea directa o indirectamente.

Esclavitud. Se deroga el artículo 291 del CP, que, por un lado, sancionaba con una pena muy baja este tipo de injusto y, por otro, repetía en la definición de la conducta punible el propio *nomen juris*. Así, el tipo se encuadra en el marco del ECPI y las convenciones relevantes.

Delitos sexuales. Se reemplaza, siguiendo el modelo alemán, *esclavitud* por *coacción sexual*, entendiendo que el tipo de esclavitud podría también englobar una conducta que implicara coacción sexual y concordando con que el término *coacción* contribuye a precisar el término abierto residual del ECPI de “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.

Persecución. Se elimina el requerimiento de *gravedad* del ECPI respecto a la privación de derechos fundamentales y se complementa a la *privación* la posibilidad de que la conducta se realice a través de la *limitación*. En correlación con los Elementos de los Crímenes del ECPI, se establece la posibilidad de comisión del tipo respecto a una sola persona perteneciente al grupo o comunidad identificable. Asimismo, se elimina el requerimiento del ECPI de conexión de la conducta con cualquier otro delito para la realización del tipo.

Desaparición forzada de personas. El anteproyecto, teniendo en cuenta las críticas formuladas a este tipo penal en el ECPI, principalmente respecto al principio de inocencia y cuestiones inherentes a la autoinculpación, omite los elementos de la negativa a reconocer la privación de libertad y criminaliza sólo la omisión del autor a proporcionar información, que actúe por órdenes de un Estado u organización política o en contra de una obligación legal. De entre los modelos analizados que optaron por introducir modificaciones en la tipificación de este delito, el anteproyecto optó por seguir el modelo alemán. Es así que criminaliza la demora en la información y el suministro de información falsa.

Cabe mencionar que la tipificación de este delito tiene una doble importancia en el caso boliviano, toda vez que no sólo responde a la necesidad de implementación

del ECPI sino también a la obligación de tipificación inherente a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la que Bolivia es también Estado parte,⁶⁴ y a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trujillo Oroza c/ Bolivia*. Al respecto, corresponde precisar que, si bien los Estados parte de la Convención Interamericana están obligados a tipificar la desaparición forzada de personas, no existe obligación de hacerlo en los mismos términos y alcance de la Convención, cuya definición no difiere esencialmente de la adoptada por el ECPI.⁶⁵

Si bien la Ley de Resarcimiento a Víctimas de la Violencia Política⁶⁶ establece en sus disposiciones adicionales una definición de la desaparición forzada,⁶⁷ ha de entenderse que, por el objeto y alcance de la ley, ésta no puede constituir una tipificación, sino simplemente una definición a efectos de la aplicación de la mencionada ley.

Experimentos ilegales en seres humanos. Teniendo en cuenta que la conducta es tipificada como delito contra el derecho internacional humanitario, se considera pertinente su consideración también en el ámbito de los delitos de lesa humanidad, y constituye agravante la comisión de la conducta como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Dicha extensión al ámbito de los delitos de lesa humanidad se efectúa al amparo y con el ánimo de precisar la cláusula residual con sentido analógico del artículo 7.1.k del ECPI, norma cuyo texto literal ha sido omitido en el anteproyecto, en atención al principio de legalidad.

Delitos contra el derecho internacional humanitario

La tipificación de estos delitos por el anteproyecto se aleja, al igual que en gran parte de la legislación comparada —el caso alemán es la principal fuente de inspiración para esta parte en particular—, del superado dualismo de categorización de los delitos contra el derecho internacional humanitario en razón del tipo de conflicto.

⁶⁴ Ratificada mediante ley n.º 1695, de 12 de julio de 1996.

⁶⁵ Sobre la similitud en la tipificación de ambas Convenciones, véase, Grammer, C., (2004), *Adaptación del Derecho Penal Nacional con Motivo de la Implementación del Estatuto de Roma. Algunas Consideraciones acerca de la Desaparición Forzada*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II*, Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 816-817.

⁶⁶ Ley n.º 2640, de 11 de marzo de 2004.

⁶⁷ Disposición Primera.

De manera más funcional, la distinción empleada por el anteproyecto parte de las categorías de bienes jurídicamente protegidos.

Dicho tratamiento hace que ciertas conductas que conforme al planteamiento del ECPI sólo quedan sancionadas si se cometen en el marco del conflicto armado internacional, lo sean también en el caso del conflicto armado no internacional. En consecuencia, el alcance de los siguientes tipos queda ampliado con relación al dualismo mantenido por el ECPI: *abolición, suspensión de derechos y reclamaciones, uso indebido de signos protectores y distintivos y símbolos patrios, utilización de personas como escudos humanos, inanición de la población civil, ataques que causan daños civiles desproporcionados, armas prohibidas*. No obstante, la distinción entre el conflicto armado internacional y no internacional, que aún subyace respecto a determinadas conductas, ha sido mantenida en el tipo de *delitos propios del conflicto armado no internacional*.

Asimismo, y a efectos de certeza jurídica, para su aplicación el anteproyecto optó por establecer definiciones de conceptos básicos; es decir, las situaciones de conflicto armado internacional y no internacional, incluido su marco temporal, así como de objetivo militar, bienes de carácter civil y personas protegidas.

Reconociendo que la descripción de delitos contra el derecho internacional humanitario en el ECPI no es exhaustiva respecto a los Estados parte y que, como ha sido ampliamente reconocido,⁶⁸ deja de lado otras violaciones graves, la ampliación de la tipificación de los delitos contra el derecho internacional humanitario a otras violaciones graves contempladas en los protocolos adicionales, tales como el retardo injustificado de prisioneros de guerra o civiles, la prohibición de imposición y amenaza de penas colectivas, la proscripción de la esclavitud y la trata de esclavos, se ha basado en la legislación comparada.

En cuanto a los tipos en particular, fuera de las consideraciones generales apuntadas, la exposición de motivos del anteproyecto resalta las siguientes:

Reclutamiento de menores. La prohibición del reclutamiento de menores de 15 años del artículo 8.2.b.xxvi del ECPI se tipifica de manera más estricta en mérito a la ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Arma-

⁶⁸ Cf. Anna Segall: "Punishment of war crimes at the national level: Obligations under International Humanitarian Law and the Complementarity Principle established by the International Criminal Court", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003, p. 259.

dos⁶⁹ y teniendo en cuenta que otros modelos de implementación adoptan la misma postura,⁷⁰ prohibiendo el reclutamiento o alistamiento de menores de 18 años, que, por otro lado, conforme al anteproyecto, no necesariamente deberá ser forzoso.

Ataque a personas que se encuentran fuera de combate. El anteproyecto recoge bajo este *nomen juris* el delito definido en el artículo 8.2.b.vi del ECPI. Siguiendo el modelo alemán, éste se refiere únicamente a heridas, toda vez que la conducta de matar a personas protegidas queda amparada, de un modo general, por el tipo de *atentados contra la vida, dignidad, libertad, integridad y seguridad*. *Experimentos ilegales en seres humanos.* La tipificación de esta conducta se refiere solamente a *experimentos*, a fin de extender el ámbito de aplicación del tipo no sólo a los experimentos biológicos, científicos y médicos, sino a cualquier otro experimento que se desarrolle en seres humanos de manera ilegal.

Prohibición de imposición o amenaza de penas colectivas. Asimismo, ampliando el marco punitivo del ECPI, se ha incorporado esta prohibición, establecida tanto por el Protocolo adicional I (artículo 75.2.d y e) como por el Protocolo adicional II (artículo 4.2.b y h), y la proscripción de la esclavitud y la trata de esclavos, prohibida por el Protocolo adicional II (artículo 4.2.f), siguiendo en este caso la definición de *esclavitud* adoptada respecto a los delitos de lesa humanidad, en el tipo de *atentados contra la vida, dignidad, libertad, integridad y seguridad*.

Saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes. Siguiendo el modelo alemán, y en concordancia con el ECPI, el anteproyecto interpreta que la primera acción —saqueo— es siempre ilegal, en tanto que el carácter ilegal de las otras tres está delimitado por el marco de las necesidades militares.

Abolición, suspensión de derechos y reclamaciones. El anteproyecto da lugar a la posibilidad de que el tipo se cometa con una sola persona de la parte adversa que se viera privada a ejercer sus derechos a consecuencia de la acción del autor. Si bien el ECPI establece el tipo en función a la afectación de nacionales —en plural— y efectúa una relación con el tipo que sanciona la privación o negación del debido proceso en función a una o más personas y de los derechos

⁶⁹ Ratificado mediante ley n.º 2827, de 3 de septiembre de 2004.

⁷⁰ Cf. anteproyecto del Brasil de 2002, artículo 85.

individuales que reconoce el Convenio III de Ginebra⁷¹ y el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja del propio artículo 8.2.b.xiv del ECPI,⁷² se ha optado por ampliar el alcance del tipo a la comisión con relación a una o más personas.

Ataques contra población y objetos civiles. El anteproyecto incluye de manera expresa los bienes culturales, dado que Bolivia ha adherido recientemente a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954,⁷³ cuyo artículo 28 compromete a los Estados parte a adoptar sanciones penales. El anteproyecto precisa que la aplicación y la interpretación de dichos bienes se efectuarán de conformidad con la mencionada Convención.

Guerra sin cuartel. La formulación de esta conducta sigue también el modelo alemán, considerando que resulta una formulación que refleja más claramente los Elementos de los Crímenes del ECPI;⁷⁴ vale decir, los elementos de cierto poder de mando o control efectivo y de la realización del tipo a través de una orden o amenaza. Sin embargo, a fin de facilitar la comprensión de la conducta, se ha optado por describir en el tipo su significado y alcance, omitiendo la denominación técnica.

Ataques que causan daños civiles desproporcionados. El anteproyecto incluye los daños medioambientales tomando en cuenta que, tanto la Declaración de Río de 1992, en su principio 24, como la resolución de la Asamblea General 47/37 de 25 de noviembre de 1992, establecen que la destrucción o el daño del medioambiente no justificados por necesidades militares constituyen una violación al derecho internacional, sin efectuar distinciones en razón al tipo de conflicto.

Armas prohibidas. Para la aplicación e interpretación del tipo, el anteproyecto recurre a las convenciones vinculantes en la materia para el Estado boliviano⁷⁵

⁷¹ Cf. artículo 106.

⁷² Véase Knut Dörmann: *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and commentary*, ICRC, Cambridge University Press, 2003, p. 263.

⁷³ Ley n.º 2829 de 3 de septiembre de 2004.

⁷⁴ Artículo 8.2.b.xii de los Elementos de los Crímenes del ECPI.

⁷⁵ Convención sobre la Prohibición, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxicinas y sobre su Destrucción, de 1972, ratificada el 30 de octubre de 1975; Convención sobre la Prohibición, el Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, de 1993, ratificada el 14 de agosto de 1998.

y, a diferencia del ECPI, amplía el marco punitivo respecto a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, de 1997,⁷⁶ respondiendo a la obligación emergente del artículo 9 de dicha Convención, de adoptar todas las medidas legales, incluyendo las penales, para prevenir y reprimir las conductas prohibidas por la Convención, en particular el empleo de minas antipersonal en cualquier circunstancia (artículo 1.a), y en atención a que gran cantidad de Estados son al presente parte de ella. Asimismo, se incorporan las armas prohibidas por los protocolos I, II, III, y IV de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, de 1980, de los que Bolivia es también Estado parte.⁷⁷

Esta ampliación del ámbito de aplicación se extiende también al uso de armas nucleares. El anteproyecto reconoce que, si bien no existe al presente una prohibición universal en el derecho internacional convencional o consuetudinario sobre el uso de estas armas, la tipificación responde a la consideración de la importancia de manifestaciones unilaterales contundentes respecto a su ilegalidad y fines preventivos, más aún considerando que la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1996, sobre la “Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares”, consideró por unanimidad que los principios y reglas del derecho internacional humanitario se aplican al uso de armas nucleares y que su uso sería por lo general contrario a los principios y reglas del derecho internacional humanitario. Al respecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que los principios de distinción y proporcionalidad y la prohibición de causar sufrimientos innecesarios se aplican al uso de estas armas, y que es difícil concebir situaciones en las cuales su uso resulte compatible con dichos principios y reglas, dadas las características únicas de estas armas; en particular, su poder destructivo, la imposibilidad de controlar sus efectos en tiempo y espacio, la extrema dificultad de brindar socorro a las víctimas, el riesgo de la proliferación de sus efectos, los peligros para el medio ambiente, etcétera.⁷⁸

⁷⁶ Ratificada el 9 de junio de 1998.

⁷⁷ Ratificados el 21 de septiembre de 2001.

⁷⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, Use of Nuclear, Biological or Chemical Weapons: Current International Law and Policy Statements, Ginebra, marzo de 2003, (ICRC – DC/JUR/MINA-DLY).

Delitos contra la administración de justicia de la CPI

El anteproyecto establece la relación entre la jurisdicción nacional y la de la CPI a efectos de la tipificación de estos delitos, la cual se basa en los tipos de *falso testimonio, soborno, cohecho pasivo del juez y cohecho pasivo propio*, del CP, y establece el carácter prescriptible de estas ofensas. Asimismo, se incorporan las conductas de *presentación de pruebas falsas o falsificadas, obstrucción de testigos y obstrucción y represalias de funcionarios de la CPI*. La tipificación en estos casos también denota una ampliación respecto a la formulación del ECPI.

2.2.8. Cooperación con la CPI

En mérito al estándar de *cooperación plena* que plantea el artículo 86 del ECPI, el anteproyecto formula dicho régimen, inspirado principalmente en las legislaciones peruana⁷⁹ y británica,⁸⁰ procurando facilitar, en cuanto sea posible, la cooperación con la CPI. Así por ejemplo, se establece una comunicación directa entre la CPI y los órganos competentes, omitiendo el requisito de corresponsalía a través de la Cancillería, tradicional en el régimen de la llamada *cooperación horizontal* o cooperación entre Estados,⁸¹ a fin de agilizar y simplificar el procedimiento.

Considerando que existe sólo una diferencia de carácter funcional⁸² entre la extradición (entrega de persona a otro Estado) y la entrega de personas a la CPI, resulta la Corte Suprema de Justicia el órgano idóneo para conocer de las solicitudes de cooperación relacionadas con la detención y entrega de personas, detención provisional, y de las solicitudes de asistencia judicial respecto a actos o diligencias procesales. De ordinario, ésta asume competencia en los casos de extradición y detención preventiva y provisional con fines de extradición, así como de exhortos vinculados a actos o diligencias procesales. Por su parte, se establece a la Fiscalía General de la Nación como órgano de enlace y responsable en todas las demás solicitudes de cooperación distintas de los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁹ Decreto legislativo n.º 957, de 29 de julio de 2004.

⁸⁰ Reino Unido, Ley de la Corte Penal Internacional de 2001.

⁸¹ Artículo 157 del CPP.

⁸² Véase Geert-Jan Alexander Knoops: *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary practice and procedures*, Nueva York: Transnational Publishers, 2002, pp. 11-13.

Respecto a la salvaguarda que establece el artículo 72 del ECPI, ésta se ha recogido con un carácter excepcional a la obligación de cooperación plena, reemplazando el concepto de *seguridad nacional* por el de *defensa* o *seguridad democrática*, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional que ha reconocido el tránsito del clásico concepto de *seguridad nacional* al de *seguridad democrática*.⁸³

Siendo una lógica diferente la que rige la detención en el marco del ECPI, y teniendo presente la obligación de cooperación plena, se ha establecido un régimen distinto para el caso de la detención con fines de entrega a la CPI y, en su caso, de la detención provisional para el mismo fin, diferenciándola de los criterios rectores a aplicarse en el caso de detenciones en el ámbito del derecho interno y de la extradición y reconociendo el carácter vinculante que la orden de detención de la CPI tiene para el Estado de detención.

Teniendo en cuenta que, a diferencia de un proceso de extradición, en el procedimiento de entrega no compete al Poder Judicial analizar la procedencia o improcedencia en mérito a razones de fondo sino exclusivamente de forma, se establece un procedimiento más expedito y sencillo que el de la extradición. Así por ejemplo, se omite el requerimiento fiscal que no corresponde por lo antes indicado, estableciéndose sin embargo la obligación de comunicación a la Fiscalía General, de dar curso a la entrega y en otras situaciones en las que resulta conveniente y necesario a efectos de eventual coordinación posterior de acciones operativas.

En lo que respecta a la cooperación con el fiscal de la CPI, y viceversa, se ha establecido la posibilidad de suscripción de acuerdos de investigación, ampliándose así el ámbito de aplicación del artículo 148 del CPP.

Respecto a la cooperación en la ejecución de sentencias de la CPI, que a diferencia de los otros casos no constituye una obligación sino una posibilidad que toca particularmente a aquellos Estados que cuentan con adecuados o mínimos estándares internacionales en sus regímenes carcelarios, no sólo jurídicos sino fácticos, el anteproyecto contempla la salvaguarda para cuando eventualmente ello pueda ocurrir en el caso boliviano. En este sentido, el establece que, ante la eventualidad de que se haga posible la cooperación en este aspecto con la CPI, no se podrán ejecutar sentencias que impusieren penas mayores que la pena máxima del ordenamiento jurídico interno. De esta manera se evade cualquier viso de inconstitucionalidad.

⁸³ Véase la sentencia constitucional 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004, III.1.1.

2.2.9. Influencia de la legislación comparada

Como puede advertirse, la elaboración del anteproyecto se ha basado en el análisis de las necesidades propias del ordenamiento jurídico interno, recogiendo las experiencias y modelos que presenta la legislación comparada en cuanto resulte compatible con éste. Los principales casos de implementación revisados para la elaboración del anteproyecto son:⁸⁴ la Ley de Introducción del Código Penal Internacional de Alemania, de 26 de junio de 2002; la ley n.º 589, de 6 de julio de 2000, de Colombia; el proyecto de Ley sobre Delitos contra la Humanidad, de 2002, del Ecuador; el anteproyecto de ley de Panamá; la Ley de modificaciones al Código Penal del Perú, n.º 26 926, de 21 de febrero de 1998; la Ley de la Corte Penal Internacional, de 2002, de Australia; el anteproyecto de ley del Brasil, de 2002; el proyecto de Ley sobre Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional, de 2001, de Argentina; la Ley de Crímenes Internacionales, de 19 de junio de 2003, de los Países Bajos; la Ley de Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, de 24 de junio de 2000, de Canadá; la Ley de la Corte Penal Internacional, de 2001, del Reino Unido, y el Código Procesal Penal del Perú, decreto legislativo n.º 957, de 29 de julio de 2004.⁸⁵

Sin embargo, como el mismo anteproyecto menciona en su exposición de motivos, las principales experiencias de implementación que han influido en él son la Ley de Introducción del Código Penal Internacional de Alemania, en lo referente a aspectos de complementariedad, y el Código Procesal Penal del Perú, en lo que concierne a cooperación. La justificación de la elección de estos modelos se plasma en la exposición de motivos y de manera más amplia en el análisis de respaldo del anteproyecto.⁸⁶

⁸⁴ Parte II del análisis de respaldo del anteproyecto, Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ.

⁸⁵ La legislación y los proyectos de implementación pueden ser consultados en http://web.amnesty.org/pages/int_jus_icc_implementation.

⁸⁶ Partes I y II.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

Dada la importancia de la regulación de las bases jurisdiccionales de cara al principio de complementariedad, el anteproyecto incorpora de manera expresa los principios y criterios jurisdiccionales para su aplicación espacial. En virtud del carácter complementario que tiene el anteproyecto respecto al CP y de su ámbito de aplicación, se entiende que los principios jurisdiccionales que detalla el anteproyecto sólo rigen respecto a los delitos del derecho internacional tipificados en el anteproyecto. No obstante, en caso de que el anteproyecto se sancione como ley, y en virtud a ese carácter complementario, sería posible que en un futuro mediato ejerciera influencia ante una eventual reforma integral del CP.

Las bases jurisdiccionales que sienta el anteproyecto son básicamente las ya reconocidas por el ordenamiento penal⁸⁷ que resultan relevantes para la persecución de delitos del derecho internacional, con algunas modificaciones de carácter lingüístico. Vale decir, el principio de territorialidad en sus distintas connotaciones y el de nacionalidad o personalidad activa. Las modificaciones que introduce son el reconocimiento del principio de nacionalidad o personalidad pasiva, ausente en la legislación penal, y el reconocimiento de la jurisdicción universal con un alcance más amplio, que abarca el derecho internacional consuetudinario, a diferencia del tratamiento que le otorga la legislación penal actual, delimitándolo al ámbito convencional. El efecto de esta regulación, no limitada al ámbito convencional, reviste un carácter más simbólico, que da lugar al reconocimiento de que la obligación de persecución penal de los delitos del derecho internacional no sólo es convencional sino también consuetudinaria.

Por otro lado, la formulación del principio de jurisdicción universal en el anteproyecto, a diferencia de su formulación actual, restringida a la falta de conexión en virtud a la territorialidad, amplía su aplicación a la falta de cualquier conexión o relación, no sólo territorial. No obstante, y a fin de contribuir a una mejor comprensión y aplicación de este principio jurisdiccional, se establecen

⁸⁷ Sobre las reglas de aplicación espacial en el ordenamiento penal, véase *supra*, nota 3, pp. 94-95.

lineamientos que parten de la funcionalidad de este principio respecto a la lucha contra la impunidad de delitos del derecho internacional. En este sentido, se establece su relevancia en casos en que, por ejemplo, los Estados que guardan mayor relación con el hecho delictivo no quieren o no pueden investigar o procesar, y cuando la CPI no ejerce jurisdicción —por ejemplo, ante situaciones que no revistan la gravedad necesaria para su conocimiento o que fueran anteriores a la entrada en vigor del ECPI—. De esta manera, se reconoce implícitamente la prioridad jurisdiccional de la CPI respecto a situaciones que no guarden relación alguna con el Estado boliviano, mas reconociendo a la vez la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal.

En consecuencia, la formulación de las reglas de aplicación espacial de la ley penal en el anteproyecto responde a la necesidad de viabilizar la jurisdicción primaria que recae, conforme al modelo del ECPI, en el Estado boliviano en cuanto corresponda, aprovechando la oportunidad que la implementación brinda para consolidar el principio de universalidad y las facetas que éste adquiere en virtud de la entrada en vigor del ECPI. Asimismo, el anteproyecto incorpora de manera expresa el principio *aut dedere aut judicare*, que complementa y refuerza la interpretación y aplicación de las bases jurisdiccionales que establece.

4. Conclusiones

Una ley de implementación de carácter total parece ser la manera más práctica de encarar la implementación en el caso boliviano y estratégica a su vez, teniendo en cuenta que obligaciones emergentes del régimen de cooperación requieren de una pronta implementación. El carácter complementario que adopta el anteproyecto respecto a la legislación penal facilita la incorporación del derecho penal internacional con sus características particulares, sin tener que incurrir en mayores modificaciones del ordenamiento penal común, y conlleva la posibilidad de que, ante una eventual reforma integral de los códigos penales, dicho régimen pueda ser asimilado por ellos. Por otro lado, facilita que aspectos no normados expresamente por el anteproyecto tengan un marco de aplicación supletorio.

La postura del anteproyecto de asumir la implementación con deberes extremos de tipificación, en mérito al principio de complementariedad, hace que no se restrinja al marco del ECPI sino que más bien lo amplíe, por lo que ésta constituye una oportunidad de implementación de otros instrumentos internacionales vinculantes para el Estado boliviano.

Se espera que el anteproyecto propicie las bases para la correspondiente discusión y análisis tendiente a una pronta implementación. Por otro lado, la coyuntura de antesala a la asamblea constituyente hace que la implementación en el caso boliviano pueda realizarse de manera integral o ampliada, lo que la convierte en una oportunidad para reforzar desde el ámbito constitucional la implementación del ECPI.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, y Jan NEMITZ: "El sistema de penas y su ejecución en el derecho penal supranacional", en *El nuevo derecho penal internacional*, Lima, Ara, 2004.
- AMBOS, Kai: "La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional", en *Nuevo derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.
- AMBOS, Kai: "Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el derecho penal internacional", www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm, 2004.
- BASCUÑÁN, Antonio: "Derechos fundamentales y derecho penal", en Marcelo ALEGRE et al. (eds.): *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Del Puerto, 2003.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Use of nuclear, biological or chemical weapons: Current International Law and Policy Statements* (ICRC-DC/JUR/MINA-DLY), Ginebra, 2003.
- DEFENSOR DEL PUEBLO DE BOLIVIA: *Propuesta de Reformas a la Constitución Política del Estado*, La Paz, 2003.
- DÖRMANN, Knut: *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and commentary*, ICRC, Cambridge University Press, 2003.
- GRAMMER, Christoph: "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- KLEFFNER, Jan: "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice*, 1, 1, Oxford University Press, 2003.
- KNOOPS, Geert-Jan Alexander: *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary practice and procedures*, Nueva York: Transnational Publishers, 2002.
- ROBINSON, Daryl: "Implementing International Crimes in National Law: the Canadian Approach", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003.
- SANTALLA, Elizabeth: "Informe nacional - Bolivia", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- SEGALL, Anna: "Punishment of war crimes at the national level: Obligations under International Humanitarian Law and the Complementarity Principle established by the International Criminal Court", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003.
- VERRI, Prieto: *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

Anexo legislativo

- 30/10/75: Decreto de ratificación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción.
- 12/07/96: Ley n.º 1695 de ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- 20/03/98: Ley n.º 1831 de ratificación de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción.
- 01/04/98: Ley n.º 1836 del Tribunal Constitucional.
- 15/06/98: Ley n.º 1870 de ratificación de la Convención sobre la Prohibición, el Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción.
- 19/07/98: Ley n.º 1008 del Régimen Especial de la Coca y Sustancias Controladas.
- 08/08/01: Ley n.º 2410 de Necesidad de Reformas a la CPE.
- 28/08/01: Ley n.º 2230 de adhesión de los Protocolos I, II y III y de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados.
- 24/05/02: Ley n.º 2398 de ratificación del ECPI.
- 13/03/03: Ley n.º 2445 de Juicio de Responsabilidades.
- 20/02/04: Ley n.º 2631 Reforma Constitucional.
- 11/03/04: Ley n.º 2640 de Resarcimiento a Víctimas de Violencia Política.
- 03/09/04: Ley n.º 2827 de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.
- 03/09/04: Ley n.º 2829 de adhesión a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado.

Legislación y proyectos de implementación del ECPI citados, en http://web.amnesty.org/pages/int_jus_iccImplementation.

Anexo de jurisprudencia

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), IT-96-22-T, sentencia de 29/11/96: *The Prosecutor v. Erdemovic*.

Tribunal Constitucional de Bolivia, resolución 0664/2004-R, de 06/05/04.