

Los Principios Generales del Derecho Penal establecidos en el Estatuto De Roma y su relación con el proyecto de Nueva Constitución Política del Estado para Bolivia

Autor: Pedro Callisaya*

Resumen

El trabajo incide en el análisis de los principios generales del Derecho Penal Internacional establecidos en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional en cuanto su relación e incidencia respecto al Proyecto de Constitución Política del Estado emitida por la Asamblea Constituyente de Bolivia.

En el curso del escrito, se da énfasis a los principios con mayor relevancia por su relación con el proyecto constitucional. Así, se considera el Principio de la ley aplicable, el Principio de legalidad, los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal, para culminar con las defensas y causas especiales de exclusión de responsabilidad. Se realiza mención especial a principio *ne bis in idem*, la imprescriptibilidad de los delitos y los efectos de la obediencia debida como para de los mecanismos de defensa.

Ciertamente, dada la reciente existencia del proyecto constitucional, el trabajo se constituye en una inicial y provisional mirada sobre el tema. Así, el reconocimiento de avances como limitaciones de tal propuesta normativa, también arrojan conclusiones provisionales.

* Jefe de la Oficina de La Paz de la Defensoría del Pueblo de Bolivia. Participante en el Primer *Curso Andino: Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*, organizado por la Comisión Andina de Juristas. Las opiniones contenidas en este artículo son de responsabilidad exclusiva de quien las emite y no reflejan necesariamente las opiniones institucionales de la Comisión Andina de Juristas.

PRESENTACIÓN

La Parte III del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional contiene las disposiciones referidas a los principios generales del derecho penal, rescatando el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas por un lado, y por otro abriendo nuevos caminos.¹

Dado que la aplicación del derecho penal internacional, regido bajo el principio de complementariedad, previene la necesidad de una inicial acción jurisdiccional nacional, su aplicación se influencia en mucho de los modelos legales domésticos. Así dentro de su implementación un norte ineludible es la Constitución Política del Estado de cada país, por ser el máximo referente del ordenamiento jurídico interno y que eventualmente podría definir la lógica de aplicación del DPI. Por todas estas consideraciones, se justifica la necesidad de análisis de la CPE puesto que la importancia del reconocimiento de los principios generales del derecho penal internacional en la Carta Fundamental le da un mayor rango de protección posible a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

En el caso boliviano, a partir de un proceso constituyente, ciertamente no carente de cuestionamientos, se ha elaborado un proyecto de Constitución Política mismo que se encuentra a consideración del pueblo boliviano.

El presente trabajo pretende dar una inicial y actual mirada de los principios generales del derecho penal internacional y su correlato en el Proyecto de Constitución Política del Estado para Bolivia.

Así, en forma inicial se reconocerá la estructura trabajada por la doctrina para los principios generales del derecho penal internacional establecidos en el Estatuto de Roma. Esta mirada será complementada con las previsiones concordantes y afines del texto del proyecto de nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, realizando en cada caso un análisis de las potencialidades o probables dificultades que podrían emerger de la implementación del Estatuto de Roma. Por último se finalizará con algunas conclusiones.

Obviamente, en atención a las limitaciones propias del escrito y la necesidad de profundizar los temas dada la muy reciente publicación del referido proyecto constitucional, se constituye en una invitación a mayores investigaciones. Entonces, el objetivo del presente trabajo como una provisional mirada de la temática, se habría cumplido.

¹ Es una consideración realizada por Gerhard Werle en Principios of internacional Criminal Law, páginas 90-96, traducción libre a cargo de Diego Camaño.

INTRODUCCIÓN

Bolivia es Estado parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) desde mayo de 2002.² Si bien el proceso de implementación dio inicio con la propuesta de un anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI³ el advenimiento de una Asamblea Constituyente y la existencia de una Proyecto de Constitución Política del Estado (en adelante PCPE) obligan a retomar el análisis en torno a este texto constitucional.⁴

Respecto de la vigente Constitución boliviana,⁵ no habiéndose activado la posibilidad de control de constitucionalidad previo y eventualmente posterior por ante el Tribunal Constitucional, y en atención a lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional, se presume su constitucionalidad.

En el caso del PCPE, dada la disposición novena de las Disposiciones Transitorias podría generarse algún cuestionamiento al ECPI⁶ aunque ciertamente sería contradictoria una eventual denuncia dado el perfil garantista del proyecto constitucional conforme se describe en el curso del presente trabajo.

Si bien es cierto que la vigente Constitución boliviana (ni en su caso el Proyecto) representaría *per se* un obstáculo para la implementación del ECPI dado el principio de complementariedad y obligación de cooperación, indudablemente el texto constitucional reforzaría y facilitaría su implementación,⁷ puesto que tiene una inmediata réplica en todo el ordenamiento jurídico interno por cuanto la CPE se erige en el diseño general de las normas inferiores, particularmente en lo que refiere al derecho penal y procesal penal, y por tanto, dificultando o facilitando la implementación del ECPI.

Desde una mirada dogmática, el Estatuto de Roma "...no es precisamente un depurado código del derecho penal y procesal penal..."⁸. El mérito se encuentra en generar un modelo

² Suscrito el 17 de julio de 1998 y ratificado mediante Ley No. 2398 de 24 de mayo de 2002. El instrumento de ratificación fue depositado el 27 de junio de 2002.

³ Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI. En *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*. Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ. La Paz, Bolivia. 2005. Páginas 197 al 267.

⁴ A los efectos del presente trabajo se utilizará la versión oficial del Proyecto de Constitución Política del Estado lanzado por la Asamblea Constituyente disponible en la página www.constituyente.bo o http://abi.bo/coyuntura/asamblea/nueva_cpe_aprobada_en_grande_en_detalle_y_en_revision.pdf

⁵ En adelante, excepto nota expresa en contrario, toda mención a la Constitución o al Proyecto de Constitución importará la referencia al caso boliviano.

⁶ "**Disposición Transitoria Novena:** Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no lo contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de dos años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará, y en su caso, renegociará los tratados internacional que sean contrarios a la Constitución".

⁷ En este sentido Elizabeth Santalla. Informe Bolivia. En *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik editores. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Montevideo, Uruguay. 2006. P. 109.

⁸ AMBOS, Kai. Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En *El nuevo Derecho Penal Internacional*. ARA editores. Lima, Perú. 2004. P. 273.

de justicia criminal que mínimamente responda a los diferentes Estados en su pertenencia a distintos sistemas de derecho.⁹

Dentro de esta lógica, uno de los acápites más importante del Estatuto de Roma, es sin duda, la Parte III referida a los "Principios generales de Derecho Penal", que desde una perspectiva doctrinaria y normativa pueden estructurarse de la siguiente manera:¹⁰

- I. Principios generales en sentido estricto
 - a) Principio de ley aplicable
 - b) Principio de *ne bis in idem*
 - c) Principio de *nullum crimen y nulla poena*
- II. Normas que prevén la responsabilidad penal individual
 - a) Elementos objetivos (*actus reus*)
 - b) Elementos subjetivos de la responsabilidad criminal (*mens rea*)
- III. Defensas y causas especiales de exclusión de responsabilidad
 - a) Defensas procesales
 - b) Causas generales de exclusión de responsabilidad criminal
 - c) Causas de justificación y exoneración

Ciertamente, se debe señalar –con Salvador Herencia– que, la gran mayoría de estos principios son una excepción a las prerrogativas estatales de respeto a los altos funcionarios públicos y al orden castrense frente a situaciones concretas como son las graves violaciones a los derechos humanos y la comisión de crímenes de guerra.¹¹ Obviamente, la cuestión es definida a favor de los valores legales protegidos por el DPI y codificados en el Estatuto de Roma así como por la especial gravedad de los crímenes.

Así, *infra*, se irán describiendo algunos principios más relevantes considerando su implicación en el texto del proyecto constitucional analizado,¹² para luego finalizar con algunas conclusiones.

I. PRINCIPIOS GENERALES EN SENTIDO ESTRICTO

a) PRINCIPIO DE LEY APLICABLE

El artículo 21 del ECPI¹³ previene una jerarquía de aplicación normativa de tres fuentes. A saber, en un primer nivel el Estatuto, los elementos de los crímenes y las normas sobre

⁹ Una descripción más amplia sobre la incorporación de la Parte III en el Estatuto de Roma, es realizada por William A. Schabas en Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero compiladores. Bogotá, Colombia. 1999. Primera edición. P. 270-274.

¹⁰ Esquema extraído de Kai Ambos. Op. Cit. P. 273 al 309.

¹¹ HERENCIA Carrasco, Salvador Martín. La implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina: los casos de Bolivia, Colombia y Perú. Comisión Andina de Jurista. Lima, Perú. 2005. Pág. 40.

¹² Para una mayor comprensión del trabajo y dada la reciente difusión del Proyecto de Constitución, se realizará citas textuales de los artículos de referencia.

¹³ En realidad el artículo 21 del Estatuto de Roma se encuentra incluida en la parte II, sin embargo, existe necesidad de estudiarla en el contexto de los principios generales por su íntima relación.

procedimientos de prueba. Frente a la existencia de algún conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las reglas, prevalece el Estatuto (artículo 52.5), ello en atención a que de acuerdo con el artículo 9.3 los elementos son jerárquicamente inferiores al Estatuto.

En segundo lugar, la Corte puede aplicar las fuentes del derecho internacional: los tratados que sean de aplicación y los principios y reglas del derecho internacional.

Y, por último, en tercer lugar, los principios generales del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, los de las leyes nacionales de los Estados con jurisdicción sobre los delitos, siempre y cuando sean compatibles con el Estatuto y el derecho internacional y las normas y estándares internacionales reconocidos.

Lo más probable es que se acuda a los principios generales de la ley nacional dada la no previsión de reglas específicas en la parte general.¹⁴ Por ello, es importante el diseño constitucional respecto de la relación del derecho internacional y el derecho interno.

Respecto de la jerarquía constitucional que adquieren los instrumentos internacionales en el derecho interno, omite pronunciarse la vigente Constitución. Sin embargo, la situación cambia en el PCPE.

El artículo 410 textualmente refiere lo siguiente:

"La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:

1ro. La constitución.

2do. Las leyes y los tratados internacionales.

3ro. Los decretos supremos.

4to. Las normas departamentales, regionales y municipales.

5to. Normas de carácter administrativo.

Esta norma es efecto del artículo 7 que reconoce que la soberanía es, entre otras características, indivisible e indelegable.

Indudablemente, el PCPE asume un perfil relevante de la soberanía, lo cual eventualmente podría generar algún nivel de cuestionamiento sobre el clásico problema de valorar si ¿hay un conflicto insuperable entre soberanía de los estados y justicia penal internacional? referido por Cassese.¹⁵

¹⁴ Una limitación, a guisa de ejemplo, es la falta de definición sobre cuándo corresponde acudir al apoyo especial en la ley nacional de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción en el caso.

¹⁵ CASSESE, Antonio. ¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los estados y justicia penal internacional?. S.e., s.a. Página 19 al 41. CASSESE, Antonio. ¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los estados y justicia penal internacional?. En: CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (Editores). Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales. Bogotá: Grupo Editorial Norma. 2005. P. 19-41.

En todo caso, se podría resolver esta polémica favorablemente si se tiene presente el artículo 257 que claramente asume una posición respecto a los tratados de derechos humanos:

“I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables.”

El aporte importante de este artículo radica en la preferente aplicación de los tratados de derechos humanos por sobre la Constitución cuando éstos tengan derechos más favorables, por un lado, y por el otro la interpretación de la propia Constitución luz de estos tratados, en ambos casos, en tanto establezcan derechos más favorables.

Sin embargo, este artículo genera por lo menos dos problemas: primero, reconocer si el ECPI es parte del derecho internacional de los derechos humanos; y segundo, si es la norma más favorable.¹⁶

b) PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

El Estatuto de Roma establece la cosa juzgada,¹⁷ instituto mediante el cual se impide que una persona pueda ser procesada nuevamente por las mismas conductas constitutivas de crímenes.

Este impedimento está diseñado para la Corte con relación a pronunciamientos de condena o absolución emitidos con anterioridad por la propia Corte y para los tribunales nacionales como emergencia de un pronunciamiento anterior de la Corte sobre el mismo tema.

Sin embargo, existen también algunas excepciones establecidas en el artículo 20.3) en aplicación de los principios del artículo 17. 2 incisos a) y c).

La vigente Constitución no realiza un reconocimiento expreso del principio *ne bis in idem* hecho que obstaculiza la argumentación de que una eventual activación de la jurisdicción complementaria de la CPI constituya una vulneración del mencionado principio desde la perspectiva constitucional.

¹⁶ En el primer caso, debiera interpretarse a favor del ECPI como un instrumento del derecho internacional vinculado a la protección de los derechos humanos. Sin duda, esto facilitaría en extremo su proceso de implementación.

Respecto al segundo tema, básicamente el principio de complementariedad permite la convivencia sin afectación de la mirada constitucional.

¹⁷ Ver: Art. 20 del Estatuto de Roma.

Sin embargo, el PCPE, concordante con la ratificación de Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos, en su artículo 118.II establece que: “Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho...”.

En todo caso, esta previsión debe ser interpretada, en su momento, en relación con el referido artículo 257, aunque subsistiría el problema de la “norma más favorable” por lo menos en el ámbito interno.

c) PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y NO RETROACTIVIDAD (PRINCIPIO *NULLUN CRIMEN SINE LEGE ESCRIPTA, PRAEVIA, CERTA Y STRICTA*)

El artículo 22.1 del Estatuto de Roma establece que es penalmente responsable quien desarrolla una conducta que constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte.

Esta previsión se complementa con la prohibición de la analogía y con la expresa reserva del párrafo 3) en sentido de que en nada de lo dispuesto en el artículo 22 afecta a la tipificación de una conducta como crimen del derecho internacional independientemente del Estatuto.

Como se puede ver, este principio se presenta en cuatro diferentes formas:

- ***Lex scripta***: una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión
- ***Lex praevia***: que el hecho fuere cometido en forma posterior a la entrada en vigor de la Corte
- ***Lex certa***: que la ley se encuentre definida con suficiente claridad
- ***Lex stricta***: que la ley no fuera ampliable por analogía. En todo caso frente a la existencia de ambigüedades éstas deben ser resueltas en favor del inculpado

Respecto a la “*lex scripta*”, la práctica ha resultado una comprensión amplia de este principio, asumiendo, frente a la “interpretación positivista” del principio, un “principio de justicia” como fundamento último para la aplicación de la norma incluso retroactivamente.¹⁸

A ello se debe adicionar el argumento de que el derecho internacional ha generado una cláusula “abierta” que permite que la palabra *ley* sea entendida en su más amplio sentido incluyendo la costumbre y los principios generales del derecho.¹⁹

Por último, pese a que el ECPI reconoce que nadie puede ser penalmente responsable por una conducta anterior a la entrada en vigor del Estatuto²⁰, también apuesta por una interpretación más amplia del principio, refiriendo que su reconocimiento no afectará la

¹⁸ A este respecto es interesante el enfoque histórico que realiza Kai Ambos. Op. Cit. P. 277.

¹⁹ Este principio se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 15(2) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo XI (2).

²⁰ Ver: Art. 24 del Estatuto de Roma.

caracterización de ninguna conducta como delictiva bajo la ley internacional independientemente del Estatuto.²¹

Así, válidamente podría ser razonable una acusación con base no sólo en la norma penal, sino en acuerdos y costumbres de derecho internacional.

Sobre la “*lex praevia*” existen normas hartamente reconocidas. La Constitución vigente establece en su artículo 16.IV *in fine* que “la condena debe fundarse en una Ley anterior al proceso...”²²

Por su parte, el PCPE si bien soluciona las observaciones al anterior texto, mantiene la línea al definir que: “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”.²³

La previsión de “*lex praevia*” se encuentra lógicamente ligada a la no retroactividad. Sobre ello, tanto la Constitución vigente como el PCPE mantienen la previsión constitucional de la irretroactividad de la ley penal salvo, en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado.²⁴

d) PRINCIPIO *NULLA PONEA SINE LEGE ESCRIPTA, PRAEVIA, CERTA Y STRICTA*

El artículo 23 del Estatuto de Roma establece que el declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Los artículos 76 y siguientes establecen las penas que cumplen con los principios de ley escrita y ley irretroactiva. Sin embargo no cumple con los criterios de la *ley cierta y ley estricta* de las penas (comunes en la ley penal nacional), por cuanto no especifica las distintas sanciones correspondientes a los delitos comprendidos en la jurisdicción de la Corte. Así, podrían darse penas mayores a aquellas que el ordenamiento jurídico nacional reconoce.

Los vigentes CPE y Código Penal proscriben, 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.²⁵ Asimismo, en caso de concurso de delitos, el código penal establece que la pena máxima no puede exceder de treinta años.²⁶

²¹ Ver: Art. 22.3 del Estatuto de Roma.

²² Esta construcción normativa rompe con la identidad hecho delictivo - norma aplicable en tal tiempo. Al respecto es interesante la observación realizada por Elizabeth Santalla en: Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: Análisis del ordenamiento jurídico interno y de los procesos de implementación en la legislación comparada. En *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*. Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ. La Paz, Bolivia. 2005. Página 114.

²³ Ver: Art. 117.II del PCPE.

²⁴ Ver: Art. 33 de la Constitución y 124 del PCPE.

²⁵ Ver: Art. 17 de la Constitución.

²⁶ Ver: Art. 27.1) del Código Penal.

Por su lado el PCPE en su artículo 119. II. afirma con mayor claridad y amplitud que: “la máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto”.

Pese a estos argumentos, por el principio de complementariedad, no se la podría afirmar como incompatible a la aplicación del sistema de penas nacional con el del ECPI.

II. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

a) ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

i) REGLAS BÁSICAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

El artículo 25.3 incisos a), b) y c) incide en la idea de una distinción entre la autoría del delito y otras formas de participación.

1) FORMAS DE AUTORÍA

El inciso a) que establece tres formas de autoría. A saber, autoría directa o inmediata (por sí sólo), coautoría (con otros) y autoría mediata (por conducto de otro), sin consideración de si esa otra persona es criminalmente responsable.

2) OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Los incisos b) y c) reconocen otras formas de participación con la consiguiente gradación de responsabilidad.

El inciso b) atribuye responsabilidad a que quien ordene, proponga o induzca a la comisión de un crimen, ya sea consumando o el grado de tentativa.

En todo caso quien ordena un delito no es un mero cómplice sino realmente un autor mediato que se sirve del subordinado para cometer el delito. Esta alternativa se encuentra relacionada con la previsión del artículo 28 referida a la responsabilidad de los jefes y otros superiores de tal manera que, bajo esa lógica, esta alternativa pertenece a la autoría vista en el inciso a) del artículo 25.3) como a autoría a través de otro.

Otras formas reconocidas por el inciso b) son la instigación y la inducción a la comisión de un delito.

Por último el inciso c) reconoce las categorías de cómplice, encubridor o colaborador, de algún modo, en la comisión o la tentativa de comisión de un crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.

Sobre el tema de la autoría y la participación criminal, la Constitución vigente, en forma indirecta, reconoce la responsabilidad directa del autor. El artículo 13 dispone: los atentados contra la seguridad personal hacen responsable a sus autores inmediatos, sin que pueda servirles de excusa el haberlos cometido por orden superior.

Por su parte, el PCPE genera toda una red normativa²⁷ para culminar con una previsión algo similar. El artículo 111.III dispone la responsabilidad del autor inmediata o sinque

²⁷ **Artículo 15. (...) III.** El estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado.

IV. Ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna.

V. Ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre ni esclavitud. Se prohíbe la trata y tráfico de personas.

puta servir de excusa el haberlos cometido por orden superior. Sin embargo, a diferencia del vigente texto constitucional, reconoce la responsabilidad de la autoría intelectual y material.

ii) EXTENSIONES DE LA IMPUTACIÓN

A partir de la previsión del artículo 25, el Estatuto de Roma ha construido varias formas de extensión de la imputación. Así, del inciso d) se puede colegir la figura de la contribución al delito colectivo o su tentativa.

Por otro lado, el inciso e) contribuye a la consideración de la incitación al genocidio.

Por último, el inciso f) del artículo 25 reconoce la tentativa y el desistimiento.

RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

El ECPI reconoce la responsabilidad de mando bajo dos vertientes: responsabilidad de militares y de superiores civiles.²⁸

En el primer caso, el jefe militar es responsable si sabía o debía haber sabido de los delitos. En tanto, en el caso del superior civil debió haber tenido conocimiento de los crímenes.

La responsabilidad del superior y la obediencia debida se presentan como dos caras de una moneda.

En el primer caso, a decir de Edward M. Wise, citado por Schabas,²⁹ en esencia, la responsabilidad por un comando establece responsabilidad criminal por negligencia, aunque es cuestionable, desde un punto de vista político, si la justicia internacional debería preocuparse del comportamiento negligente, tiene su propia explicación técnica al interior del propio Estatuto.³⁰

Respecto a la obediencia debida el tema tiene algo de complejidad, particularmente en el ámbito de las Fuerzas Armadas, como se verá en el apartado referido a las causas de justificación y exoneración de responsabilidad.

b) ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL (*MENS REA*)

El artículo 30.1 del Estatuto indica que conjuntamente a los elementos materiales del delito debe existir la intención y conocimiento de estos, salvo disposición en contrario, como sería el caso de las menores exigencias previstas en el artículo 28.b).

Artículo 114. I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

Artículo 115. I. queda prohibida toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción o cualquier forma de violencia física o moral. Las servidoras públicas y los servidores públicos o las autoridades públicas que las apliquen, investiguen o consientan, serán destituidas y destituidos, sin perjuicio de las sanciones determinadas por la ley.

²⁸ Ver: Art. 28 del Estatuto de Roma.

²⁹ Op. Cit. Página 298.

³⁰ Conforme al artículo 30 del Estatuto de Roma, los delitos deben cometerse con intención y conocimiento para que pueda generar una responsabilidad penal. Sin embargo, también refiere la salvedad de disposición en contrario. Así, el artículo 28 no tendría problema de compatibilidad, aunque siempre quedaría subsistente el cuestionamiento de si los distintos crímenes de la competencia de la Corte pueden cometerse por negligencia.

III. DEFENSAS. CAUSAS ESPECIALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Siguiendo a Kai Ambos³¹ la estructura sobre las defensas se diferencian en procesales por un lado y, las causas generales de exclusión de responsabilidad y las causas de justificación y exoneración por el otro.

a) DEFENSAS PROCESALES

Aunque propiamente no se encuentran en la Parte III del Estatuto de Roma, es bueno reconocer que si bien se podría dar la hipótesis de la existencia de la responsabilidad penal individual del sujeto, la imposición del castigo básicamente puede resultar imposible por la existencia de algún obstáculo para la persecución penal.

Lo cierto es que estos obstáculos inciden en la admisibilidad de la persecución penal como presupuestos procesales y elementos del procedimiento.³²

LA MINORÍA DE EDAD

El artículo 26 limita la competencia de la Corte respecto a los menores de 18 años en el momento de la presunta comisión de la ley.

El Estatuto de Roma declara que la Corte no tiene jurisdicción sobre personas menores de 18 años al momento de la Comisión del delito.³³

El PCPE establece varias normas referidas a los adolescentes, aunque ciertamente no con mayor incidencia, salvo la referencia expresa de la edad en que se adquiere la mayoría de edad.³⁴

LAS INMUNIDADES (ARTÍCULO 27.2)

Las previsiones normativas de protección de los altos funcionarios son establecidas en las constituciones bajo el justificativo de evitar ataques que afecten la gobernabilidad y seguridad jurídica de un Estado; Asimismo, la práctica del Derecho Internacional establecía la protección de los altos funcionario por el respeto a su investidura en atención al principio de igualdad soberana entre Estados.

Si bien tales asertos podrían solventarse, la historia ha demostrado que los Jefes de Estado y de Gobierno son los responsables de grandes violaciones a los derechos humanos. Por ello, en atención a la naturaleza de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio, esta tendencia ha ido evolucionando hasta llegar al ECPI.³⁵

³¹ Op. Cit. Página 297.

³² Werle, Gerhard. Op.Cit. P. 6

³³ Ver: Art. 26 del Estatuto de Roma.

³⁴ **Artículo 23.**(...) II. Se evitará la imposición a los adolescentes de medidas privativas de libertad...

Artículo 58. (...) Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad...

³⁵ Basta considerar el Caso Abdulaye Yerodia Ndombasi tramitado por la Corte Internacional de Justicia de la Haya y el caso de Augusto Pinochet tramitado por la Cámara de los Lores del Reino Unido, que con argumentos diversos (necesidad de un proceso interno de desafuero o ser sometido a un tribunal internacional permanente y, que los actos de tortura no pueden considerarse como funciones de un Jefe de Estado) llega a la conclusión de que la inmunidad no representa un obstáculo para la persecución penal.

El Estatuto de Roma refiere que su aplicación a todos por igual sin distinción basada en el cargo oficial.³⁶ Así, consagra que el cargo oficial como Jefe de Estado o de Gobierno o cualquier otra forma, resulta irrelevante a los efectos de la responsabilidad criminal y, más aún, para la cuestión de reducir la pena.³⁷

Si bien es cierto que en el ejercicio de funciones es poco probable que se proceda a la detención y entrega de un alto funcionario de Estado, seguramente la real persecución se dará una vez que dejen de ocupar funciones.

En el tema de las inmunidades, el artículo 52 de la vigente CPE confiere inmunidad de acusación, persecución o arresto en materia penal a senadores y diputados desde el momento de su elección hasta la finalización de su mandato. El procesamiento debe contar con la licencia de otorgada por la Corte Suprema de Justicia, salvo en el caso de delito flagrante.

El artículo 153 del PCPE suprime todo tipo de inmunidades en el caso de los asambleístas tanto de la Cámara de Diputados como de la Cámara de Representantes Departamentales, con excepción de la no aplicación de la detención preventiva durante el ejercicio de su mandato.³⁸

Desde otra perspectiva, el artículo 51 de la vigente CPE reconoce la inviolabilidad de senadores y diputados en todo tiempo por las opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones. El artículo 151 del PCPE mantiene tal instituto.³⁹

Ciertamente, esta disposición debe tener un carácter relativo debido a que podría colisionar con “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”.⁴⁰

Así, bajo el argumento de la inviolabilidad parlamentaria no se pueden proteger conductas incursas en modalidades de delitos del derecho internacional.

Por su lado, respecto a altas autoridades del Poder Ejecutivo (Presidente de la República, Vicepresidente, Ministros y Prefectos), de acuerdo con el artículo 68.11 de la Constitución

Corte Internacional de Justicia. (Bélgica contra República Democrática del Congo). Sentencia del 14 de febrero del 2002. En: (www.icj-cij.org).

³⁶ Salvador refiere que se trata de la aplicación del principio de igualdad que le hace al Estatuto. Op. Cit. P. 37.

³⁷ Ver: Art. 27 del Estatuto de Roma.

³⁸ **Art. 153.** Las asambleístas y los asambleístas no gozarán de inmunidad. Durante su mandato, en los procesos penales, no se les aplicará la media cautelar de la detención preventiva, salvo delito flagrante.

³⁹ **Art. 152. I.** Las asambleístas y los asambleístas gozarán de inviolabilidad personal durante el tiempo de su mandato y con posterioridad a éste, por las opiniones, comunicaciones, representaciones, requerimientos, interpelaciones, denuncia, propuestas, expresiones o cualquier acto de legislación información o fiscalización que formulen o realicen en el desempeño de sus funciones no podrán ser procesados penalmente.

⁴⁰ SANTALLA, Vargas Elizabeth. Informe Bolivia. En *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik (editores). 2006. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Montevideo, Uruguay. Página 109.

actual, se encuentran sujetos a juicio de responsabilidades previa autorización del Congreso, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.⁴¹

Por el catálogo de delitos que habilitan el procesamiento, establecidos por la Ley 2445, excepto por el delito de genocidio, 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.

Otra dificultad es el “juicio de político” que debe atravesar la licencia congresal que prácticamente hace imposible el enjuiciamiento.

Por último, la referida Ley remite al régimen de la prescripción del Código Penal (sin otorgar un régimen especial para los delitos de derecho internacional).

En torno al PCPE la situación no cambia, en gran manera se reitera el modelo constitucional vigente.⁴²

En todo caso, asumiendo la disposición transitoria cuarta del PCPE,⁴³ podría modularse una futura Ley de Juicio de Responsabilidades asumiendo como parte de los delitos perseguibles, en curso del mandato, los crímenes que son de competencia del Estatuto de Roma. No obstante ello, de seguro subsistiría el problema de la autorización congresal, aunque sólo en el ámbito interno.

Con referencia a otras altas autoridades, el PCPE no tiene previsión alguna, lo que haría inferir la inexistencia de un procedimiento especial, allanando de esta manera la posibilidad de su enjuiciamiento durante el ejercicio de su mandato.

⁴¹ De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Juicio de Responsabilidades No. 2445, de 13 de marzo de 2003, estos delitos son: Traición a la patria, violación de los derechos y de las garantías individuales consagradas en la Constitución, uso indebido de influencias, negociaciones incompatible con el ejercicio de funciones públicas, dictar resoluciones contrarias a la Constitución, anticipación o prolongación de funciones, delitos tipificados por los arts. 146,150, 151, 152, 153, y 163 del Código Penal, genocidio, soborno y cohecho, cualquier otro delito cometido en el ejercicio de sus funciones.

⁴² **Artículo 162.** Las cámaras se reunirán en Asamblea Legislativa Plurinacional para ejercer las siguientes funciones, además de las señaladas en la constitución: (...) **7.** A autorizar el enjuiciamiento de la Presidenta o del Presidente, o de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado.

Artículo 185. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las señaladas por la ley: (...) **4.** Juzgar, como tribunal colegiado en pleno y en única instancia, a la Presidenta o al Presidente del Estado, o a la Vicepresidenta o al Vicepresidente del Estado, por delitos cometidos en el ejercicio de su mandato. El juicio se llevará a cabo previa autorización de la asamblea legislativa plurinacional, por decisión de al menos dos tercios de los miembros presentes, y requerimiento fundado de la Fiscal o de Fiscal General de Estado, quien formulará acusación se estima que la investigación proporcionó fundamento para el enjuiciamiento. El proceso será oral, público, continuo e ininterrumpido. La ley determinará el procedimiento.

⁴³ **Disposición Transitoria Cuarta.** Durante el primer mandato de la Asamblea Legislativa Plurinacional se aprobarán las leyes necesarias para el desarrollo de las disposiciones constitucionales.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

La titularidad de la persecución penal y el *ius puniendi* se encuentra en el Estado. Así, es prerrogativa de las autoridades nacionales investigar y sancionar un delito que se haya cometido bajo su jurisdicción.

Esta persecución no puede realizarse en forma indeterminada, sino por el contrario, el Estado le ha impuesto un cierto plazo establecido por la ley. Si después de ese período no se inicia el proceso correspondiente, el Estado pierde esta potestad. El fundamento de esta medida es que el paso del tiempo dificulta la investigación así como la recolección de pruebas y testimonios. Además, sirve como un medio de presión a las autoridades nacionales para que actúen oportunamente. Por ello, es importante tener presente que la prescripción es parte del debido proceso, en consecuencia es parte de varios tratados.⁴⁴

Por la especial connotación de los crímenes, el Estatuto de Roma establece que los delitos de competencia del tribunal no son objetos de prescripción.⁴⁵ Por tanto, no pueden ser utilizados como defensa, sin embargo, podría generarse algún nivel de conflictividad en el caso de que la legislación nacional consagre límites de prescripción a los delitos que son competencia de la Corte. Esto trae a cuestión tan bien al principio de complementariedad puesto que la aplicación de la ley nacional puede ser válida para la jurisdicción nacional, mientras que la Corte todavía podría estar en condiciones de ejercer su jurisdicción.

En el caso boliviano, la Constitución vigente no menciona nada sobre la temática, sin embargo, la normativa inferior sí. Los artículos 29 del Código de Procedimiento Penal y 105 del Código Penal establecen límites de prescripción para la persecución penal e imposición de la pena.

Como ya se indicó, el PCPE hace una mención expresa de la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de crímenes de guerra.⁴⁶ Sin embargo, se debería tener presente que eventualmente podría generarse algún nivel de colisión a momento de la interpretación dada la existencia del principio del *ne bis in idem* (art. 118.II) y el derecho al debido proceso como su continente (art. 116.II).

⁴⁴ Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, la propia Corte IDH se pronunciado por la no efectividad de las medidas que tiendan. Cabe recordar lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar expresamente que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Ver: Caso Barrios Altos- Sentencia de Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001, párrafo 41.

⁴⁵ Ver: art. 29 del Estatuto de Roma.

⁴⁶ Ver: Art. 112 del PCPE.

El régimen de las amnistías

El ejercicio del *ius puniendi* se constituye en una manifestación de la soberanía de un Estado. Prescindir de tal potestad, es facultativo del mismo; así lo reconoce la Constitución vigente (art. 59 y 96.13), situación que no cambia en el PCPE que en su artículo 173.14) establece la atribución del Presidente para decretar amnistía o indulto, con la aprobación de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Si bien el Estatuto no tiene previsión alguna sobre el tema de la amnistía, la existencia de una Ley de amnistía eventualmente podría configurar la aplicación del artículo 17.1.a) o b), provocando que la causa pueda ser admisible para la Corte. En todo caso, convendría modular la facultad de amnistía respecto de los crímenes del derecho internacional.⁴⁷

b) CAUSAS GENERALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

El artículo 31 establece circunstancias eximentes de responsabilidad penal así los incisos a y b, reconocen básicamente dos hipótesis:

- No es responsable penalmente quien pareciere de una enfermedad por deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley.

- No es responsable penalmente quien estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley.

En este caso cuando la intoxicación se hubiere provocado voluntariamente con el conocimiento de la afectación de su capacidad de control y apreciación o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera, no puede argumentarse para liberar de responsabilidad penal, aplicándose el principio de la *actio libera in causa*.

c) CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXONERACIÓN

En base a las consideraciones del artículo 31 del ECPI se reconocen como causales de justificación. A saber:

i) LA LEGÍTIMA DEFENSA

ii) LA EXIMENTE POR “DURESS”

Dentro de esta causal reconoce en el artículo 31.d) el estado de necesidad por coacción o amenaza.

iii) ERROR DE HECHO O ERROR DE DERECHO

iv) ÓRDENES SUPERIORES Y DISPOSICIONES LEGALES

⁴⁷ Sobre la falta de oponibilidad de las leyes de amnistía, ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos vs. Perú que declara que la Ley de Amnistía N° 26479 del 15 de junio de 1995 y la Ley N° 26492 del 2 de julio de 1995 son incompatibles con la Convención Americana, careciendo, por tanto, de efectos jurídicos.

Las órdenes del superior, en sí, no son una defensa aunque de acuerdo con el diseño del artículo 33 del Estatuto de Roma pueden ser usados excepcionalmente en los casos de crímenes de guerra bajo el principio de ilegalidad manifiesta.

El ECPI asume la posición de que el genocidio y crímenes contra la humanidad emergen de órdenes para cometer tales delitos manifiestamente ilegales y como lo refiere Edward Wise: “una persona no quedará exenta de responsabilidad criminal por el simple hecho de estar siguiendo órdenes de... un superior...”⁴⁸

En todo caso, la obediencia debida a las ordenes superiores reviste, a la luz del derecho penal internacional, un nuevo enfoque, estrictamente enmarcado en el respeto de los derechos y garantías constitucionales⁴⁹, por tanto, el cumplimiento de las órdenes superiores no exonera de la responsabilidad penal por la comisión de delitos de derecho internacional.

En el ámbito militar, el artículo 209 de la CPE así como el 246 del PCPE mantienen una limitación del accionar de las Fuerzas Armadas a conceptos de jerarquía, disciplina, obediencia y no deliberación en torno a reglamentos y leyes pertinentes.⁵⁰

Sin embargo, como se mencionó *supra* a partir del artículo 111.III del PCPE la orden superior no puede eximir de responsabilidad al autor del crimen.

v) OTRAS FORMAS DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

La previsión del artículo 31. 3 la posibilidad de considerar formas diferentes de exclusión de responsabilidad penal para saber en la aplicación del derecho conforme las previsiones del artículo 21, es decir incluso podría aplicar los principios generales de la ley nacional.

⁴⁸ Citado por Kai Ambos. Op. Cit. P. 309.

⁴⁹ SANTALLA. Op. Cit. P. 110.

⁵⁰ **Artículo 246.** La organización de las Fuerzas Armadas descansa en su jerarquía y disciplina. Es esencialmente obediente, no delibera y está sujeta a las leyes y a los reglamentos militares. Como organismo institucional no realiza acción política; individualmente, sus miembros gozan y ejercen los derechos de ciudadanía en las condiciones establecidas por la ley.

Conclusiones

Realizadas las consideraciones expuestas, se podrían llegar a las siguientes conclusiones:

1. El PCPE no realiza un reconocimiento expreso de la jurisdicción penal internacional, ni siquiera en la vía de excepción.

Por el contrario, fomenta una marcada influencia del principio de soberanía del Estado en lo que hace a la administración de justicia para casos que vulneren derechos fundamentales.

Eventualmente, estos extremos dificultarían o por lo menos generarían un cuestionamiento a la aplicación del ECPI superada la fase de la jurisdicción primaria.

2. El PCPE presenta avances muy importantes respecto a institutos como la imprescriptibilidad de los crímenes que son de competencia del ECPI; la responsabilidad del superior y de los autores materiales e intelectuales; la interpretación de la Constitución a la luz de los tratados de derechos humanos así como su aplicación preferente cuando el estándar de tratamiento sea más beneficioso al establecido por la Constitución, etc. Sin embargo, también se han reconocido disposiciones que podrían generar controversias. Es el caso del principio del *ne bis in idem*, y la aparente exacerbación del principio de soberanía.

3. Aunque es importante reconocer que tanto a efectos prácticos, como por el propio perfil del PCPE, existe poca probabilidad de su materialización, por el diseño de las Disposiciones Transitorias del PCPE, existe una latente posibilidad de retomar el tema del Estatuto de Roma en cuanto a su compatibilidad con la CPE.

Como conclusión general, podríamos afirmar que existe un gran avance de la mirada constitucional en la temática, aunque por el análisis realizado se podría prever la generación de situaciones que dificulten un proceso de implementación del ECPI en Bolivia, reconocida la imposibilidad de que pueda obstaculizarla.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En *El nuevo Derecho Penal Internacional*. ARA editores. Lima, Perú. 2004.

CASSESE, Antonio. ¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los estados y justicia penal internacional?. En: CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (Editores). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. 2005. P. 19-41.

DEFENSOR DEL PUEBLO y GTZ. Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia. Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ. La Paz, Bolivia. 2005.

Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI. En *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*. Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ. La Paz, Bolivia. 2005.

HERENCIA Carrasco, Salvador Martín. La implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina: los casos de Bolivia, Colombia y Perú. Comisión Andina de Jurista. Lima, Perú. 2005.

SANTALLA Vargas, Elizabeth. Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia: Análisis del ordenamiento jurídico interno y de los procesos de implementación en la legislación comparada. En *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*. Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ. La Paz, Bolivia. 2005.

Informe Bolivia. En *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik editores. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Montevideo, Uruguay. 2006.

SCHABAS, William A. Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero compiladores. Bogotá, Colombia. 1999. Primera edición.

WERLE, Gerhard. Principios of internacional Criminal Law. P. 90-96. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2005. Traducción libre a cargo de Diego Camaño, revisada por Gabriela Neira.

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Constitución Política del Estado de Bolivia.

Proyecto de Constitución Política del Estado para Bolivia.

Ley No. 2398 de 24 de mayo de 2002 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Código de Procedimiento Penal.

Código Penal.

Ley de Juicio de Responsabilidades No. 2445, de 13 de marzo de 2003.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos. Sentencia de Fondo de 14 de marzo del 2001.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso de Abdulaye Yerodia Ndombasi (Bélgica contra República Democrática del Congo). Sentencia del 14 de febrero del 2002, Recueil, 2002.

PÁGINAS CONSULTADAS

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE BOLIVIA. www.constituyente.bo

AGENCIA BOLIVIANA DE INFORMACIÓN.
http://abi.bo/coyuntura/asamblea/nueva_cpe_aprobada_en_grande_en_detalle_y_en_revisio_n.pdf

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. www.cajpe.org.pe

OBSERVATORIO REGIONAL SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL. <http://www.observatoriodpi.org/>