



The Peace and Justice Initiative

Towards Universal Implementation of the ICC Statute



**Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia
Reseña y Análisis a la Luz de los Desarrollos Contemporáneos**

Recomendaciones para el Proceso de Implementación Parte II – A

Tipificación de los *Core Crimes* del Derecho Penal Internacional

*Elizabeth Santalla Vargas, LL.M.**

Consultora de Peace and Justice Initiative

Con el apoyo financiero de la Coalición para la Corte Penal Internacional

La Paz, 9 de octubre de 2012

ÍNDICE

- 1. Introducción y Reseña**
 - 1.1 Propósitos y alcance del presente documento**

- 2. Tipificación de los Crímenes del ECPI**
 - 2.1 Genocidio**
 - 2.1.1 Masacre Sangrienta**
 - 2.2 Crímenes de Lesa Humanidad**
 - 2.2.1 ¿El narcotráfico como crimen de lesa humanidad?**

*La autora agradece la diligente contribución en la investigación de Marta Bo, miembro de Peace and Justice Initiative y doctorando en la Universidad de Genoa y los comentarios vertidos por la CICC.

Las opiniones que se vierten en el presente documento son sólo atribuibles a la autora y no comprometen ninguna posición institucional.

1. Introducción y Reseña

A diferencia del régimen de cooperación, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (de aquí en adelante: 'ECPI') no contempla una obligación de implementación similar.¹ Sin embargo, en virtud al principio de complementariedad, los Estados parte asumen la obligación de efectivizar la represión penal con carácter primario² (siendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de naturaleza complementaria). Dicha obligación sólo puede ser satisfecha, en principio,³ si los Estados tipifican los crímenes del ECPI en su legislación interna.

La simple ratificación/adhesión del ECPI, no constituye fundamento jurídico suficiente a efectos de la represión penal a nivel nacional. En efecto, toda vez que el ECPI establece normativa con consecuencias de carácter penal, requiere para su plena aplicación de la implementación (o adecuación al ordenamiento interno), la misma que puede efectivizarse a

¹ Conforme al Art. 88: [l]os Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.

² Partes relevantes del Preámbulo del ECPI, indican: "Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

[...]

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Por su parte, el Art. 1, establece: "Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional. La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales". [...]

³ La cuestión de la persecución penal sobre la base del derecho internacional consuetudinario a nivel de las jurisdicciones nacionales, es una cuestión por demás delicada, cuyo análisis depende esencialmente de la interpretación que se atribuya al alcance y modo de incorporación del derecho internacional a nivel constitucional. Al respecto, la práctica estatal es diversa. Por ejemplo, en *Bouterse* La Corte Suprema de los Países Bajos decidió que Bouterse no podía ser procesado en jurisdicción holandesa por tortura en el sentido de la Convención de la ONU contra la Tortura, toda vez que el supuesto cargo de tortura había sido cometido en el extranjero, por un extranjero y no constituía un delito, a tiempo de su comisión, en los Países Bajos (en 1982). El racional de la Corte se basó en el hecho que la implementación de la Convención se había efectuado después de la supuesta comisión de los delitos imputados (en 1989). Asimismo, interpretó que el Art. 94 de la Constitución holandesa, no podía permitir la aplicación del derecho internacional consuetudinario, si dicha aplicación resultaba en conflicto con el principio de legalidad.

Por el contrario, en *Scilingo*, La Audiencia Nacional de España, procesó y sancionó a un argentino por crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina (entre 1976 y 1983), sobre la base del derecho internacional consuetudinario, aplicando retroactivamente una disposición del Código Penal que entró en vigor el 2004. El 2007, la Corte Suprema de España confirmó la legalidad de la condena. Con referencias de crítica doctrinal a favor y en contra, véase E. Santalla Vargas, 'Universal Jurisdiction and the Prosecution of Excluded Asylum Seekers', en C. Stahn and L. van den Herik (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice* (2010), T.M.C. Asser Press: The Hague, 289 pp. 303-4.

través de las siguientes alternativas: (i) remisión directa al texto del ECPI, (ii) copia o reproducción de las disposiciones del ECPI, (iii) formulación propia.⁴

Como se mencionara en la primera parte, el Proyecto de Ley de Implementación de la Defensoría del Pueblo (de aquí en adelante: Proyecto de Ley de Implementación), elaborado con el apoyo de la GTZ (2004-5), habiendo cotejado distintos casos de implementación en la legislación comparada,⁵ optó por la última opción. Es decir, la implementación a través de una formulación propia. La justificación de dicha opción, con relación a la parte sustantiva de implementación, de interés aquí, se plasmó en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Implementación, en los siguientes términos:

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 y el derecho internacional humanitario vinculantes para el Estado boliviano.⁶

El 2009, el Proyecto de Ley de Implementación, a tiempo de su adecuación a la nueva Constitución Política del Estado (de aquí en adelante: ‘CPE’), fue objeto de modificaciones de interés para esta Segunda Parte.

La necesidad de concretar la implementación, también de la parte sustantiva, en el supuesto de optarse por llevar a cabo la implementación del ECPI a través de los Códigos (Penal y de Procedimiento Penal), se refuerza desde la perspectiva del principio de complementariedad. En efecto, a diferencia de una ley de implementación integral –cual fue

⁴ Para una panorámica genérica, no exhaustiva, véase, por ejemplo, Bacio Terracino, nota *infra* 7, pp. 423-8.

⁵ El trabajo de implementación, previo a la elaboración de la Ley de Implementación, contempló legislaciones y proyectos de implementación tanto de la tradición jurídica del *civil law* como del *common law*. A saber, los casos de: Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Países Bajos, Panamá, Perú; y como legislaciones del *common law*, los casos de: Australia, Canadá y el Reino Unido, véase E. Santalla Vargas, ‘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 Defensor del Pueblo (ed.), *Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia*, (2005), (publicación realizada dentro del Programa de Fortalecimiento Institucional Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ), 85 pp. 150-1.

⁶ Segundo párrafo de la Exposición de Motivos, Parte I, Generalidades, véase en Defensor del Pueblo (ed.), nota *supra* 5, pp. 197-8.

la propuesta inicial del Proyecto de Ley de Implementación– en el supuesto de concretarse de manera inicial la implementación del régimen de cooperación con la CPI, surge la posibilidad que el Estado no esté en la posibilidad de llevar adelante la represión penal y, en consecuencia, la situación y casos en cuestión sean admisibles ante la CPI, como se subrayara en la primera parte. Una situación de este tipo, al margen de cuáles sean las razones subyacentes, resulta contraria al espíritu del principio de complementariedad.⁷ En consecuencia, cabe resaltar que, al igual que en la primera parte, el análisis y consiguientes recomendaciones que se vierten en esta parte no constituyen una retracción respecto de la posición asumida inicialmente sobre la pertinencia de una ley de implementación con carácter integral, sino que se formulan de manera complementaria a las recomendaciones vertidas en la primera parte, en caso que se opte por concretar la implementación a través de los Códigos.

Cabe aclarar que el término *core crimes* es empleado en el presente trabajo, a efectos de demarcar su distinción de otros crímenes del derecho internacional que no resultan relevantes a efectos de los propósitos del presente documento. La categoría es entendida así en el sentido de referirse a los crímenes ‘[...] más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto [...]’,⁸ recogidos en el ECPI: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión,⁹ crímenes que involucran conductas cuyo reproche puede reputarse de carácter universal.¹⁰

⁷ Subrayando que la inexistencia de tipificación a nivel interno de los crímenes de competencia de la CPI, puede dar lugar a la determinación de incapacidad genuina, véase, por ejemplo, K. L. Doherty and T. McCormack, ‘Complementarity as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation’, 5(2) *University of California Davis Journal of International Law and Policy* (1999), 149, p. 152. Argumentando el mismo supuesto en la situación no sólo de inexistencia de implementación sino de legislación de implementación inadecuada o imprecisa, véase J. Bacio Terracino, ‘National Implementation of ICC Crimes. Impact on National Jurisdictions and the ICC’, 5 *Journal of International Criminal Justice* (2007), 421-40.

⁸ ECPI, Preámbulo, párrs. (4) y (9). En este sentido, por ejemplo, G. Werle, *Principles of International Criminal Law* (2005), T.M.C. Asser Press: The Hague, 26.

⁹ ECPI, Art. 5.

¹⁰ Werle, nota *supra* 8, 27.

2. Tipificación de los Crímenes del ECPI

A continuación se aborda en primera instancia el caso del genocidio y los crímenes de lesa humanidad, que han sido objeto de tratamiento y mención en la jurisprudencia nacional. El enfoque se centra en los desarrollos de la jurisprudencia nacional reciente que, dada la fecha de su expedición, no fueron objeto de comentarios en trabajos anteriores,¹¹ cuyo tratamiento resulta indispensable a efectos del renovado análisis de implementación que nos ocupa.

2.1 Tipificación del genocidio

La actual tipificación del genocidio, se formula en el Art. 138 del Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 138. (Genocidio). El que con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, diere muerte o causare lesiones a los miembros del grupo, o los sometiere a condiciones de inhumana subsistencia, o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción, o realizare con violencia el desplazamiento de niños o adultos hacia otros grupos, será sancionado con presidio de diez a veinte años.

En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país.

Si el o los culpables fueran autoridades o funcionarios públicos, la pena será agravada con multa de cien a quinientos días.¹²

El Proyecto de Ley de Implementación propuso la derogación de dicho artículo, e incorporó modificaciones en la tipificación del genocidio. Entre éstas cabe destacar la incorporación del grupo racial, como uno de los grupos de protección conforme la definición de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), recogida en el ECPI, que resulta ausente en la actual tipificación del artículo 138 del CP.¹³ Por otro lado, atendiendo, *inter alia*, al sentido del crimen de genocidio, tipificó sólo el desplazamiento de niños de un grupo a otro, apartándose de la amplia formulación que contempla el tipo en la actualidad al referirse no sólo a *niños*, sino también a *adultos*. A tiempo de tipificarse los

¹¹ Para análisis de jurisprudencia anterior, véase E. Santalla Vargas, nota *infra* 19, 51 y 54.

¹² Código Penal, texto ordenado según la Ley No. 1768 de Modificaciones al Código Penal, 1997 (énfasis añadido).

¹³ E. Santalla Vargas, 'Informe sobre Bolivia', en K. Ambos y E. Malarino (eds.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España* (2003), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 83 pp. 83-4.

crímenes de lesa humanidad, el desplazamiento de niños o adultos constituiría en general el tipo de *desplazamiento forzoso*.¹⁴

Otra notoria modificación que introdujo el Proyecto de Ley de Implementación fue la modificación 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.¹⁵

También se introdujeron modificaciones en el marco punitivo, estableciéndose la pena máxima que contempla el ordenamiento penal interno, i.e. 30 años de presidio sin derecho a indulto, en atención a la gravedad del injusto reprochable que involucra el genocidio. En esta línea, el Proyecto de Ley de Implementación optó por mantener el agravante que contempla la actual tipificación, en caso que el sujeto activo sea una autoridad, funcionario o empleado público, adicionando la categoría de militares y policías.

Por otro lado, recogiendo la jurisprudencia y práctica internacional, el Proyecto de Ley de Implementación tipificó la *instigación directa y pública al genocidio*, punible conforme al artículo 25(3)(e) del ECPI, en atención a que el actual tipo de *instigación pública a delinquir* (artículo 130 del CP¹⁶) se enmarca esencialmente 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 a cometer genocidio –de un mes a un año y de tres meses a dos años.¹⁷

¹⁴ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley - Genocidio, nota *supra* 5, pp. 202-3.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Art. 130 (Instigación Pública a Delinquir). El que instigare públicamente a la comisión de un delito determinado, será sancionado con reclusión de un mes a un año. Si la instigación se refiere a un delito contra la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional, la pena aplicable será de reclusión de tres meses a dos años.

¹⁷ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley - Genocidio, nota *supra* 5, p. 204.

2.1.1 Figura de *masacre sangrienta* (en el tipo de genocidio)

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Implementación recogió la historia y el contexto legislativo del tipo de genocidio, que de manera *sui generis* contempla la figura de *masacres sangrientas* (en el segundo párrafo del artículo 138 del CP):

El genocidio es tipificado por primera vez en el Código Penal de 1973, Decreto Ley No. 10426, con la misma formulación que presenta en el Código Penal actual. Se indica que el tipo es copia fiel del Proyecto de Ley de 1962, mas adaptado a las características del régimen de la época. El término de “masacres sangrientas”, se refería a una “acción violenta de los gobiernos o funcionarios para solucionar por la vía de las armas los conflictos sociales o políticos que se presentan en la agitada vida política del país”.¹⁸ En consecuencia, puede considerarse que su incorporación en el tipo de genocidio responde a la coyuntura política de la época (masacres de Catavi de 1942 y de San Juan de 1967).¹⁹

El trabajo de implementación que desembocó en la elaboración del Proyecto de Ley de Implementación planteó la eliminación de la figura de *masacres sangrientas* del tipo de genocidio, considerando que

[s]i bien los Estados son libres de criminalizar las conductas que consideren apropiadas, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la ampliación unilateral del alcance de los crímenes internacionales, en particular tratándose de conductas que constituyen crímenes ordinarios bajo la rúbrica de crímenes internacionales, podría derivar en un efecto negativo respecto a la uniformidad y legitimidad de éstos últimos basada en el consenso internacional con relación a su carácter internacional. Asimismo, podría suscitar consecuencias negativas respecto al principio de legalidad, por ejemplo, a tiempo del ejercicio de la jurisdicción universal. En consecuencia, corresponde evaluar la pertinencia de mantener esta conducta en la tipificación del genocidio.²⁰

Posteriormente, se suscitó una demanda de inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 138 del CP, que fue rechazada por el Tribunal Constitucional, el que consideró

¹⁸ B. Miguel, *Código Penal Boliviano con las Reformas y Leyes Conexas*, cuarta ed. (2002), La Paz: Edit. Juventud, pp. 11, 125.

¹⁹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley - Genocidio, nota *supra* 5, p. 203.

²⁰ Santalla Vargas, nota *supra* 5, p. 119.

constitucional dicha disposición (es decir, el término de masacres sangrientas).²¹ Sin embargo, el racional que sustentó dicha posición resultó notoriamente frágil e inconsistente.²²

En el contexto nacional actual, resulta necesario referirse a la connotada sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el pasado 30 de agosto de 2011,²³ que condenó a civiles²⁴ y a altos mandos militares²⁵ por el tipo de genocidio en su modalidad de “masacre” (como cómplices y autores mediatos, respectivamente).²⁶ El proceso se sustanció respecto de los disturbios interiores acaecidos entre septiembre y octubre de 2003, que alcanzaron un alto grado de violencia. La sentencia resume el contexto de la siguiente manera:

En el periodo comprendido entre el 12 de septiembre y el 17 de octubre de 2003, el país atravesó una situación de conflictividad social, en la que hubo bloqueos, protestas sociales y marchas de protesta. El gobierno –sin haber dictado estado de sitio- por decisión del Presidente de la República y Capitán General de las Fuerzas Armadas [...] adoptó la decisión de que fuerzas militares intervengan, éstas estaban integradas por oficiales y conscriptos que prestaban el servicio militar.²⁷

Los hechos considerados probados por la Sentencia se refieren esencialmente a los casos confirmados de muertes y heridas a consecuencia de disparos por armas de fuego, producto de acciones de operación conjunta entre las Fuerzas Armadas y la Policía tendentes a desbloquear las movilizaciones que habían tomado distintas zonas de La Paz, poblaciones aledañas y El Alto.²⁸ La actuación conjunta se efectuó en el marco de la Directiva General No. 27/03, de 20 de septiembre de 2003, dictada por el Presidente de la República, que instruyó conformar una Fuerza de Tarea Conjunta con participación de las tres fuerzas

²¹ Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 0034/2006, de 10 de mayo de 2006.

²² Para una crítica detallada, véase E. Santalla Vargas, ‘Informe sobre Bolivia’, en K. Ambos et al (eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional* (2008), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 67 pp. 75-81. También E. Santalla Vargas, ‘An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions’, 10 *International Criminal Law Review* (2010), 441, pp. 448-51.

²³ Corte Suprema de Justicia, Tribunal de Juicio de Responsabilidades, proceso seguido por el *Ministerio Público y Acusadores Particulares*, Sentencia de 30 de agosto de 2011.

²⁴ Ex Ministro de Desarrollo Sostenible y Ex Ministro del Trabajo del entonces gabinete de Sánchez de Lozada, quienes fueran hallados en el país (a diferencia de varios de los otros coimputados de dicho gabinete, que salieron del país).

²⁵ Ex Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, Ex Jefe del Estado Mayor, Ex Comandante General del Ejército, Ex Comandante General de la Fuerza Naval y Ex Comandante General de la Fuerza Aérea.

²⁶ Sentencia, nota *supra* 21, pp. 1141-2.

²⁷ Sentencia, nota *supra* 21, p. 1017.

²⁸ *Ibid*, pp. 1122-3.

(ejército, naval y área), cuya misión era restablecer el orden público y el estado de derecho.²⁹ El 11 de octubre de 2003, el Presidente y su gabinete expedieron el Decreto Supremo No. 27209, que declaraba emergencia nacional en todo el territorio nacional y garantizaba el normal abastecimiento y suministro de combustibles líquidos a la población, a través del resguardo de instalaciones de almacenaje, poliductos, estaciones de servicio y demás infraestructura, el transporte de combustible por camiones cisterna y la distribución y suministro en estaciones de servicio por 90 días.³⁰ Asimismo, el artículo 3 del DS establecía la obligación de resarcimiento por parte del Estado, en caso de producirse cualquier daño en personas o bienes.³¹

El 12 de octubre de 2003, el Presidente dictó una nueva Directiva General No. 34/03, por la que constituyó una nueva Fuerza de Tarea Conjunta para efectuar operaciones de defensa interna del territorio, en El Alto y el Altiplano Norte, con el mismo propósito (restablecimiento del orden público y el estado de derecho).³² Producto de la intervención de dicha fuerza, en el afán de asegurar el paso de combustible, se produjeron varios muertos y heridos por impactos de armas de fuego de las fuerzas militares.³³ En síntesis, los hechos considerados probados son:

[d]esde el 12 de septiembre al 17 de octubre de 2003, los miembros del Alto Mando Militar de la gestión 2003 canalizaron las instrucciones presidenciales y las del Ministro de Defensa posibilitando la intervención de efectivos militares en las ciudades de La Paz, El Alto, Patacamaya, en las localidades de Sorata, Warisata, Uni, Chasquipampa y San Julián que reprimieron las manifestaciones de protesta de esas poblaciones mediante bloqueos y marchas, causando muertos y heridos.

Las órdenes presidenciales fueron transmitidas por el Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas a través de las Directivas 27/03 y 34/03 que ordenaron la creación de una Fuerza de Tarea Conjunta para realizar acciones de Defensa Interna del Territorio.³⁴

²⁹ Ibid, pp. 1017-8.

³⁰ Ibid, p. 1021.

³¹ Ibid.

³² Ibid, p. 1022.

³³ Ibid, p. 1023.

³⁴ Ibid, p. 1028.

Los miembros del Alto Mando Militar [...] siguiendo la cadena de mando, transmitieron la instrucción presidencial, planificaron y ejecutaron el operativo militar para el traslado de combustible los días 11 y 12 de octubre de 2003.³⁵

[...] las tres fuerzas trasladaron tropas del interior del país que fueron desplegadas en sus zonas de responsabilidad para desbloquear las carreteras y las vías públicas mediante la represión a la población civil.³⁶

Finalmente, se produjo la renuncia de Gonzalo Sánchez de Lozada el viernes 17 de octubre de 2003, hecho que provocó la pacificación del país para luego producirse la sucesión constitucional.³⁷

[...] las Fuerzas Armadas utilizaron en todos los operativos [...] su armamento de dotación que incluía munición letal y no letal; consiguientemente, se han producido muertos y heridos por haberse utilizado munición letal (de guerra) contra personas que participando o no de las protestas sociales, sufrieron la represión de las fuerzas militares con la grave consecuencia de muertos y heridos. A ello se añade que, también fueron utilizadas las aeronaves de la Fuerza Área Boliviana, como es el caso de Patacamaya y la ciudad de El Alto, desde la que se disparó contra la población civil.³⁸

La Sentencia hace hincapié en el grado de planificación con que se desarrollaron los sucesos, aspecto que se desprende, *inter alia*, de las Directivas emitidas.³⁹ Dicha conclusión parece lógica, toda vez que la referencia a las reparaciones demuestra que se consideraba posible la producción de resultados nefastos y, aun ante la consideración de la alta probabilidad de la ocurrencia de dichos resultados, se decidió proseguir con la decisión de reprimir a la población civil utilizando a las Fuerzas Armadas. Asimismo, la Corte considera que tanto los medios utilizados (armas de guerra, proyectiles de armas de fuego, aviones de guerra, helicóptero de la Fuerza Aérea), como los autores directos (oficiales militares y soldados reclutados por el servicio militar obligatorio), confirman la existencia de un plan (de intervención militar a la población civil).⁴⁰

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid, p. 1036.

³⁸ Ibid, p. 1110.

³⁹ Ibid, p. 1111.

⁴⁰ Ibid, p. 1113.

A tiempo de concatenar la relación de los hechos probados con la conducta imputada, la Corte considera que el segundo párrafo del artículo 138 del Código Penal: “En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país”, constituye un tipo penal que

[...] abarca una pluralidad necesaria de actos y de resultados (“masacre”), que el legislador ha determinado que son objeto de una disvaloración penal única, que impide la escisión de los hechos (actos fácticamente considerados y resultados) en dos conductas jurídicamente consideradas.⁴¹

Las diversas conductas imputadas por la Fiscalía (*inter alia* tortura, vejaciones, expedición de órdenes contrarias a la Constitución) –fuera de la de genocidio en su modalidad de masacre –fueron desestimadas por la Corte, considerando que resultan subsumidas por el delito de mayor gravedad, al formar jurídicamente parte del mismo hecho principal.⁴²

La aplicación al caso en cuestión del denominado genocidio en su modalidad de masacre es justificada por la Corte siguiendo las apreciaciones que vertiera el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional No. 0034/2006,⁴³ afirmando que la figura de “masacre” constituye un tipo penal autónomo propio de la legislación penal boliviana. En ese sentido, establece que:

El delito de masacre sangrienta se aparta de la Convención de Genocidio y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya que la primera establece las modalidades típicas del genocidio y la segunda los reitera; sin embargo, el Estado Plurinacional de Bolivia, como Estado Parte, respetando los lineamientos generales establecidos a nivel internacional, ha introducido otros supuestos de hecho independientes dentro del tipo penal, atendiendo a su determinada realidad social.⁴⁴

Cabe, en principio, aclarar que la tipificación del genocidio en el artículo 138 del Código Penal *no* recoge la noción y el alcance del genocidio acuñada por la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio en su totalidad. En efecto, la tipificación omite uno de los

⁴¹ Ibid, p. 1114.

⁴² Ibid, pp. 1114-6.

⁴³ Para un análisis crítico de la Sentencia, véase E. Santalla Vargas, Informe sobre Bolivia, en K. Ambos et al (eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional* (2008), Montevideo: Konrad Adenauer, 67, pp. 75-81.

⁴⁴ Ibid, p. 1116.

grupos protegidos por la Convención, a saber el grupo racial, como se lo advirtiera años atrás,⁴⁵ entre otros aspectos que fueron resaltados en el trabajo de implementación, reseñados anteriormente. En ese entendido, la afirmación que efectúa la Sentencia en el sentido que la tipificación del genocidio sigue los lineamientos internacionales generales no es precisa y, menos aún cuando afirma la compatibilidad con los instrumentos internacionales relevantes. En efecto, sin considerar la omisión al grupo racial, y las otras variantes, la Corte establece:

El tipo penal de genocidio en su párrafo 1 cuando señala: [...], guarda compatibilidad con los instrumentos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 13 de septiembre de 1968, Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.⁴⁶

Siguiendo el racional del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema apela a la definición de masacre del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, considerando que dicha definición –que no se encuentra recogida en el Código Penal– es el acto típico de la conducta, que no requiere la afectación de un grupo protegido determinado (sino que se aplica a cualquiera). Así, la Corte afirma que

[e]l término masacre entonces está referido a la matanza de una pluralidad de personas (tres o más), por lo regular indefensas o en situación de evidente desproporción en los medios e instrumentos utilizados, y masacrar es cometer una matanza humana o asesinato colectivo, no en razón de persecuciones étnicas, raciales o religiosas al tenor de la Convención de 1948 y al párrafo 1 del artículo 138, sino con dolo, es decir con conocimiento y voluntad de masacrar.⁴⁷

En consecuencia el tipo penal descrito en el artículo 138, segundo párrafo (masacre) tiene como elementos objetivos: muerte de varias personas (tres o más), producto de la acción de masacrar es decir dar muerte a un colectivo humano (grupo de personas) en situación de indefensión o de evidente desproporción de los medios e instrumentos utilizados. En lo subjetivo, es un delito doloso conforme a la norma contenida en el artículo 13 del Código Penal, es decir que requiere conocimiento y voluntad realizadora del tipo penal, para ello es

⁴⁵ Santalla Vargas, nota *supra* 13.

⁴⁶ Sentencia, nota *supra* 21, p. 1116.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 1117.

suficiente que el sujeto considere seriamente la posible realización del resultado y acepte esta posibilidad.⁴⁸

Más adelante, la Corte indica:

[d]escritos los elementos constitutivos del delito, a efectos de la fundamentación jurídica de los hechos acreditados y las correspondientes atribuciones de responsabilidad a la conducta de los acusados [...] ⁴⁹

Surge, por un lado, el cuestionamiento respecto a la competencia de la Corte Suprema para determinar los elementos constitutivos del delito. Si bien la Corte se refiere a la “descripción” de los elementos constitutivos, puede advertirse que más que de una descripción se trata en realidad de una determinación, toda vez que el segundo párrafo del artículo 138 en cuestión, sólo indica:

En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país

Teniendo en cuenta que, como indica la Corte, el segundo párrafo del artículo 138 no guarda ninguna relación con el primero, siendo un tipo autónomo, resulta evidente que (el segundo párrafo) no contempla ningún elemento constitutivo. En este sentido, la Corte no sólo aplica el “tipo”, sino que se ve en la necesidad de establecer su contenido, estableciendo los elementos objetivos y subjetivos, función que sin embargo compete al Poder Legislativo en el esquema de separación de poderes, premisa esencial de todo estado de derecho y que denota la inexistencia de *lex certa*, una de las manifestaciones del fundamental principio *nullum crimen sine lege* –por el que, *inter alia*, una persona sólo puede ser juzgada por un delito que ha sido definido con suficiente claridad.⁵⁰

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid, p. 1118.

⁵⁰ K. Ambos, ‘The First Confirmation Decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo’, L. Kotsalis et al (eds.), *Essays in Honour of Argyrios Karras* (2010), 980 p. 993. El autor critica la extensión, por vía de interpretación judicial, que efectuó la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI respecto del término ‘nacional’ (fuerzas armadas nacionales), en la tipificación del crimen de guerra de reclutamiento y alistamiento de “niños soldados” en el marco de un conflicto armado internacional que efectúa el ECPI en su art. 8(2)(b)(xxvi), remarcando que basar dicha interpretación en “consideraciones de humanidad y sentido común”, no es suficiente de cara al principio *nullum crimen sine lege*. En este caso, la Sala de Cuestiones Preliminares I, consideró que el espectro de aplicación del término nacional no se circunscribía a las fuerzas armadas del Estado o gubernamentales.

Siguiendo el *rationale* de la Corte Suprema, cualquier matanza –de tres⁵¹ o más personas– constituye genocidio. Así por ejemplo, si una persona ingresare a una cantina y disparara a quemarropa, dando muerte a tres clientes de la cantina (que no portan armas), sin motivo alguno, conforme a la definición de masacre de la Corte Suprema, dicha conducta podría subsumirse en el tipo de genocidio en su modalidad de “masacre”. En efecto, conforme a la definición esbozada en la Sentencia, dichas personas estarían en una situación de indefensión y de demostrarse que el sujeto activo realizó la acción con el ánimo de alcanzar dicho resultado, se estaría ante un genocidio, conforme la legislación interna. La inconsistencia de dicha situación (y de muchas otras que surgirían) a la luz del derecho internacional resulta por demás evidente. Si bien los Estados no están obligados a tipificar los crímenes del ECPI de la misma manera, dicho margen de discrecionalidad no debiera apartarse de la *raison d’être* de la formulación de dichos crímenes en el derecho internacional. Si se asume que el derecho internacional (público) –en términos llanos– constituye un lenguaje que reviste autoridad entre estados, organismos internacionales, individuos y otros participantes en el orden jurídico internacional para su interacción,⁵² su variación radical en el ámbito interno, puede generar dificultades de aplicación si se tiene en cuenta que los ordenamientos jurídicos no operan de manera aislada,⁵³ más aún tratándose de materias enraizadas en el derecho internacional –cual es el caso de los *core crimes*.

Siguiendo la línea del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema confirma que el “tipo” de masacre sangrienta, no guarda ninguna relación con el concepto de genocidio del derecho internacional. Esto es así, toda vez que la Corte Suprema ratifica que dicha figura no está relacionada a ningún grupo protegido –sino que se aplica a cualquier grupo de personas–, es decir no requiere un sujeto pasivo calificado y tampoco comparte el característico elemento subjetivo del injusto, i.e. el *dolus specialis* que hace al genocidio. Por otro lado, cabe notar que la Sentencia se aboca en gran parte a demostrar la existencia de un plan o política preconcebida –esto se realizó también en la Sentencia del Juicio de Responsabilidades

⁵¹ La Sentencia no aclara la fuente de la que deviene dicho umbral numérico (tres o más personas), ni su razón de ser.

⁵² Peace Palace Library, *Public International Law (this week topic)*, <http://www.peacepalacelibrary.nl/> (visitado el 13.07.12)

⁵³ Considérese, por ejemplo, la aplicación del principio de universalidad.

seguido contra el ex dictador Luis García Meza.⁵⁴ Parecería que la razón de ser de dicha demostración, al ser el cargo de genocidio como masacre el único admitido por la Corte Suprema, sigue el racional de la jurisprudencia internacional que ha determinado que la existencia de dicho plan o política es un elemento que puede constituir un factor del que puede inferirse la existencia del *dolus specialis* del genocidio. Sin embargo, cabe advertir que dicho plan o política, conforme a la jurisprudencia internacional, se refiere a la comisión del crimen mismo (lo que implica un plan o política respecto de sus elementos constitutivos; por ejemplo, en el caso del conflicto armado acaecido en la antigua Yugoslavia: la eliminación de los bosnio musulmanes de Srebreniça).⁵⁵

Lo anterior conduce a que bajo el mismo *nomen juris* (genocidio), coexistan dos tipos diferentes y, es más, contrapuestos. En efecto, en tanto el primer párrafo del artículo 138 presenta –en términos generales (como se mencionara, *inter alia*, omite al grupo racial entre los grupos protegidos)⁵⁶ cierta congruencia con la definición del crimen en el derecho internacional, el segundo párrafo de “masacres sangrientas” no comparte ningún elemento (ni objetivo ni subjetivo) del crimen, reconocidos en el derecho internacional, como fuera afirmado en la Sentencia que aquí se comenta.

⁵⁴ Para una crítica véase, E. Santalla Vargas, ‘Informe sobre Bolivia’, en K. Ambos et al (eds.), *Justicia de Transición. Con Informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (2009), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 153 pp. 161-4.

En su parte relevante, la Sentencia indica:

“Valorando la prueba [presentada en el juicio] se concluye que el golpe de Estado del 17 de julio de 1980, tenía objetivos concretos como la captura y apresamiento de la Presidenta de la República y sus Ministros para conseguir mediante la coerción ejercida por los personeros de las Fuerzas Armadas , “renuncias” o “resignaciones de mando”, captura, apresamiento y asesinato de los principales dirigentes políticos y sindicales; silencios y controlar todos los medios de comunicación y restricción total de todas las libertades reconocidas por la CPE.

Una treintena de casas fueron allanadas, muchas sometidas al saqueo y un buen número de sacerdotes tuvieron que ocultarse debido a las amenazas vertidas. Algunos medios de comunicación de la Iglesia fueron silenciados o intimidados por amenazas de parte de autoridades militares. Las admoniciones que recibieron algunos altos funcionarios merecieron una censura. Varios periodistas fueron detenidos y algunos torturados. El mantenimiento de la “zona militar” en todo el país sometió a la población a una situación de continua tensión e intimidación por la ausencia de garantías. Listas incompletas de detenidos, desterrados o asilados, pusieron en angustia y zozobra a sus familiares. La utilización de grupos armados irregulares, incontrolables por la vía legal, imprimieron a esa época de nuestra historia desconfianza y temor por el reino del terror entonces imperante. Estos y otros hechos que no alcanzamos hoy aquí a describir, son por sí mismos censurables”.

Extractos de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, *Caso Dirigentes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (Luis García Meza Tejada y Otros, Sección VII en Fundación para el Debido Proceso Legal, Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional* (2009), pp. 40-1.

⁵⁵ Nota *infra* 61, refiriendo al respecto la Sentencia en Apelación en *Jelisić y Krstić*, p. 28751.

⁵⁶ Para un análisis de la compatibilidad del tipo *vis-à-vis* la definición en el derecho internacional, véase Santalla Vargas, nota *supra* 13.

Así, resulta que el genocidio en la legislación penal interna es de dos clases. Por un lado, aquél que –en cierto grado– comparte los elementos del crimen del derecho internacional y, por otro, aquél que no guarda ninguna relación con la noción del derecho internacional. Corresponde reiterar, en consecuencia, la inconsistencia de mantener dicha calificación o esquema normativo/punitivo, a tiempo de concretar la implementación del ECPI en su parte sustantiva, en un momento del derecho internacional en el que la codificación de los otros *core crimes*, i.e. los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, ha alcanzado *momentum*.⁵⁷

Esto no significa desconocer la relevancia de establecer un tipo autónomo que responda a la realidad social, de la cual la protesta social se ha convertido en uno de los elementos característicos (y legítimos) del caso boliviano. Más bien, esto involucra el necesario equilibrio normativo a efectos de garantizar, por un lado, el ejercicio del derecho a la protesta social y, por otro, la legalidad y legitimidad del uso de la fuerza (pública), cuando ello resulta necesario para salvaguardar otros derechos (como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la propiedad privada, etc.). Como la misma Sentencia comenta, en la situación de violencia desatada el 2003 existió un uso desproporcionado de la fuerza,⁵⁸ que debiera tipificarse en el marco del uso prohibido de la fuerza.

Lo anteriormente expresado no constituye un desconocimiento o negación del esfuerzo que implicó la sustanciación del juicio de responsabilidades. Es más, corresponde valorar el trabajo probatorio desplegado, que recoge la Sentencia. Tampoco implica un desconocimiento o negación de la gravedad y del reproche jurídico que involucran los hechos acaecidos el 2003, sino que apunta a recomendar la progresiva consolidación del derecho penal internacional en la economía jurídica interna de manera consistente con el derecho internacional. Esto no implica tampoco, la limitación o el desconocimiento a la realidad social (interna) a tiempo de concretar la implementación del ECPI. Por el contrario, cabe rescatar el hecho que la Sentencia ponga en relieve y sienta un precedente jurisprudencial respecto del reproche jurídico penal que involucra el uso desproporcionado e ilegítimo del uso de la fuerza

⁵⁷ E. Santalla Vargas, 'An Overview of the Crime of Genocide in Latin American Jurisdictions', 10 *International Criminal Law Review* (2010), 441, pp. 452.

⁵⁸ Sentencia de la Corte Suprema, nota *supra* 23, p. 1120.

pública. El cuestionamiento que se plantea es si debiera mantenerse bajo el rótulo de genocidio.

En la práctica de los tribunales penales internacionales, se advierte que el genocidio reviste una aplicación excepcional y rigurosa. El 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, (de aquí en adelante: 'TPIR'), pronunció la primera sentencia de un tribunal internacional por el crimen de genocidio contra *Jean Paul Akayesu*. La Sentencia apuntó que por genocidio ha de entenderse la comisión de ciertos crímenes, incluyendo la matanza de miembros del grupo o las lesiones graves a su integridad física o mental, con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, racial, étnico o religioso como tal. Así la Sala consideró que había existido la intención de eliminar al grupo Tutsi en su integridad, toda vez que incluso los bebés eran blancos de ataque. Asimismo, enfatizó que tanto la violación como otras formas de violencia sexual constituían genocidio, siempre y cuando se cometieran con la intención de destruir al grupo.⁵⁹

En el caso del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, (de aquí en adelante: 'TPIY'), su jurisprudencia ha considerado de manera consistente que en el marco de todo el conflicto armado que afectó durante varios años a la antigua Yugoslavia, la existencia de genocidio sólo existió en relación a los episodios suscitados en la localidad de Srebreniça, en julio de 1995, en los que

[...] las circunstancias fácticas, como fueron determinadas por la Sala de Juicio, permiten inferir que la matanza de hombres bosnio musulmanes se cometió con intención genocida. Como ha sido explicado, la escala de la matanza, combinada con el conocimiento de los principales cuerpos de las fuerzas serbo-bosnias respecto de las funestas consecuencias que tendría para la comunidad bosnio musulmana de Srebreniça y con las otras acciones que adoptaron para asegurar la destrucción física de la comunidad, constituye un fundamento fáctico suficiente para la determinación del dolo específico. La Sala de Juicio determinó, y la Sala de Apelaciones confirma, que la matanza fue ingeniada y supervisada por algunos miembros de las fuerzas serbo-bosnias. El hecho que la Sala de Juicio no atribuyó intención genocida a un oficial en particular, podría deberse al hecho de no desear atribuir culpabilidad

⁵⁹ ICTR, *Press Release AFR/94 L/2895*, 2 September 1998.

a personas que no eran parte del juicio. Esto, sin embargo, no menoscaba la conclusión que las fuerzas serbo-bosnias cometieron genocidio contra los bosnio musulmanes.⁶⁰

Esto fue recientemente ratificado en *Karadžić*, uno de los casos más connotados del TPIY por el grado de autoridad y responsabilidad que tenía el acusado a tiempo de los hechos imputados (era el comandante en jefe del ejército serbobosnio), en la audiencia celebrada el pasado 28 de junio de 2012 conforme a la Regla 98 *bis* del TPIY⁶¹ –que da lugar a la determinación de una decisión previa de absolución a la conclusión de la presentación del caso por parte de la Fiscalía, de considerar la Sala que no existe suficiente evidencia como para sustentar una condena por el cargo en cuestión (más allá de toda duda razonable).

La Sala subraya que con relación a los incidentes acaecidos en Srebreniça se presentó suficiente evidencia del considerable número de bosnio-musulmanes, que estando desarmados, habían sido asesinados por el ejército serbobosnio.⁶² Así, la Sala consideró que los cargos imputados de homicidio como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra (con relación al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949) y de exterminio como crimen de lesa humanidad, alcanzan el umbral probatorio a efectos de la Decisión en relación a la Regla 98 *bis*.⁶³ La misma conclusión fue alcanzada por la Sala con relación al cargo de genocidio. Al respecto, la Sala consideró la existencia de evidencia que alcanza dicho umbral, con relación a la destrucción –intencional– de hombres y jóvenes bosnio musulmanes (en edad militar) –quienes habiendo sido sistemáticamente seleccionados, eran ejecutados en distintas localidades (las mujeres, niños y algunos adultos mayores bosnio musulmanes, fueron sujetos a desplazamiento forzoso).⁶⁴

El cargo de genocidio había sido también imputado con relación a otras localidades (distintas a Srebreniça) donde se habían producido también asesinatos masivos, aparentemente con intención persecutoria. No obstante de ello, la Sala enfatizó que la prueba del particular elemento intencional del genocidio requiere más allá de un amplio número de

⁶⁰ ICTY, *The Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment on Appeal, Case No.: IT-98-33-A, 19 April 2004, para. 35 (traducción libre).

⁶¹ ICTY, *The Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Rule 98 *bis* Judgment, Transcript of the Open Session of 28 June 2012, Case No. IT-95-5/18-T.

⁶² *Ibid*, p. 28745.

⁶³ *Ibid*, p. 28747.

⁶⁴ *Ibid*, p. 28750-4.

víctimas y, por ende, no tiene un umbral numérico. Si bien es posible, ante la ausencia de evidencia directa del *dolus specialis*, inferir el mismo a partir de una serie de factores y circunstancias, incluyendo el contexto genérico del caso, los medios disponibles para el perpetrador, las circunstancias inherentes al caso, la comisión de otros actos reprochables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, la escala numérica de las atrocidades cometidas, la repetición de actos destructivos o discriminatorios, el lenguaje peyorativo empleado contra el grupo protegido o la existencia de un plan o política de cometer el crimen en cuestión, los mismos deben apreciarse a la luz de su naturaleza, escala y contexto de comisión. En este sentido, la Sala consideró que habiéndose presentado evidencia de ciertos actos culpables sistemáticamente dirigidos contra los bosnio musulmanes y/o los bosnio croatas en las municipalidades y de la repetición de actos discriminatorios y lenguaje peyorativo, la naturaleza, escala y contexto de los mismos no alcanza el umbral probatorio de su comisión del dolo especial del genocidio.⁶⁵ En esa misma línea, tampoco lo hace la evidencia presentada respecto de los homicidios, graves daños a la integridad física o mental, el desplazamiento forzoso y la imposición de condiciones de vida en las unidades de detención a los grupos bosnio musulmanes y/o bosnio croatas en las municipalidades.⁶⁶

En consecuencia, no existiendo evidencia suficiente que apunte a la destrucción de los bosnio musulmanes y/o bosnio croatas en las municipalidades, a efectos de exterminar dichos grupos como tales, la Sala consideró pertinente desestimar el cargo de genocidio con relación a dichas localidades.⁶⁷

En el ámbito de la CPI, cabe notar que la única imputación por el cargo de genocidio, a tiempo de la redacción del presente informe, se ha suscitado en la situación de Darfur, Sudán, respecto a Al-Bashir, Presidente de Sudan desde 1989. El 14 de julio de 2008, el Fiscal de la CPI solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I (de aquí en adelante: ‘SCP I’) la emisión de una orden de arresto conforme al artículo 58 del ECPI⁶⁸ por la supuesta

⁶⁵ Ibid, p. 28768.

⁶⁶ Ibid, p. 28768-9.

⁶⁷ Ibid, p. 28765.

⁶⁸ El Art. 58 (I), en su parte relevante indica:

En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que: a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; [...].

responsabilidad de Al-Bashir por, *inter alia*, el crimen de genocidio –supuestamente cometido contra los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa (entre marzo de 2003 y julio de 2008). El 4 de marzo de 2009, la SCP I se pronunció respecto de la solicitud, considerándola procedente respecto de los crímenes de lesa humanidad y de guerra que habían sido también imputados por el Fiscal y rechazándola respecto del crimen de genocidio. Consiguientemente, el 13 de marzo de 2009, la Fiscalía solicitó licencia para apelar la decisión, la misma que fue concedida por la SCP I, el 24 de junio de 2009, con relación a la determinación sobre si el estándar probatorio correcto, en el contexto del artículo 58, requiere que la única conclusión razonable a inferirse de la evidencia presentada es la existencia de motivos razonables para creer que la persona ha cometido un crimen de competencia de la CPI (la Decisión de la SCP I tuvo un voto disidente de la Jueza Ušacka, con relación al test adoptado de la ‘única conclusión razonable’).⁶⁹

La Sala de Apelaciones consideró que el test adoptado por la SCP I, dando lugar a que el *dolus specialis* del genocidio sea la única conclusión razonable que pueda inferirse de la evidencia, se equipara al estándar probatorio del juicio de “más allá de toda duda razonable”, resultando en consecuencia erróneo a tiempo de evaluar la solicitud de una orden de arresto. En consecuencia, la Sala de Apelaciones ordenó a la SCP I, analizar nuevamente la evidencia con relación al cargo en cuestión, aplicando el estándar probatorio correcto.⁷⁰ Posteriormente, la SCP I aceptó el cargo de genocidio, en sus modalidades de (i) matanza de miembros del grupo; (ii) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo y (iii) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo, librando en consecuencia la orden de detención también por el cargo de genocidio.⁷¹ Resulta curioso que el informe de la Comisión de Investigación de la ONU sobre violaciones al derecho internacional humanitario en Darfur, Sudan, verificó la existencia de ataques indiscriminados contra la población civil, incluyendo asesinatos masivos, tortura, violación y desplazamiento forzoso de civiles. La Comisión concluyó asimismo que el gobierno de Sudan no llevó adelante una política de genocidio,

⁶⁹ ICC, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Case No. ICC-02/05-01/09-OA, 3 February 2010, paras. 2-5 (procedural history).

⁷⁰ *Ibid*, paras. 33 y 42.

⁷¹ ICC, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, Case No. ICC-02/05-01/09, 12 July 2010.

enfaticando que la existencia de asesinatos masivos y las otras atrocidades cometidas no alcanzan, por sí mismas, el umbral del dolo específico del genocidio. El informe recomendó, *inter alia*, que ante la existencia de crímenes de lesa humanidad y de guerra, el Consejo de Seguridad de la ONU remitiera la situación a la CPI⁷² (lo que aconteció más tarde).

Resulta pertinente referirse aquí a la situación de Kenia –donde no se imputó genocidio, sino crímenes de lesa humanidad–, que por los hechos del caso en cuestión resulta bastante similar a lo acontecido en el país el 2003. En efecto, la violencia post-electoral desatada en Kenia el 2007, habiéndose activado la jurisdicción de la CPI *propio motu* (o por iniciativa propia del Fiscal de la CPI), dio lugar a un arduo e ilustrativo debate entre los Jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares II (de aquí en adelante: “SCP II”) respecto a la existencia o no de crímenes de lesa humanidad (con relación a la interpretación del elemento contextual, conforme a su formulación en el marco jurídico del ECPI).⁷³ En términos generales, la situación involucró el uso de la fuerza pública en contravención a los principios internacionales que rigen el uso de la fuerza, en un escenario de alta violencia.

Reconociéndose que la violencia desatada desbordó la capacidad de las fuerzas de seguridad, se reportó la existencia de incidentes en los que las mismas omitieron reprimir o contener la violencia y proteger a la población civil. Por ejemplo, el hecho que la destrucción de bienes ocurriera en lugares cercanos a los centros policiales, se consideró como evidencia de la inactividad de la policía.⁷⁴ Por otro lado, el empleo desproporcional del uso de la fuerza en detrimento del deber de protección resulta evidente de los disparos al aire, cuando la violencia desatada estaba causando estragos.⁷⁵ Asimismo, en las poblaciones de Kericho,

⁷² F. Kirgis, ‘UN Commission’s Report on Violations of International Humanitarian Law in Darfur’, Insight 050204, *American Society of International Law*, February 2005, disponible en: <http://www.asil.org/search.cfm?displayPage=463> (visitado el 22.07.12)

⁷³ *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No. ICC-01/09, Pre-Trial Chamber II, 31 de marzo de 2010. La Decisión se alcanzó con el voto disidente del Juez Hans-Peter Kaul, quien consideró que los crímenes en cuestión no constituían crímenes de lesa humanidad bajo la competencia material de la CPI, al no alcanzar el umbral del elemento contextual con relación al componente de ‘política de una organización’, en el marco del Art. 7(2)(a) del ECPI. Dicha opinión disidente, ha sido mantenida por el Juez Kaul a tiempo de la Decisión de Confirmación de los Cargos, véase *Situation in the Republic of Kenya, The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Case No. ICC—01/09-01/11, 23 January 2012.

⁷⁴ Kenya National Commission on Human Rights, “On the Brink of the Precipice: a Human Rights Account of Kenya’s Post-2007 Election Violence”, 15 August 2008 (“Informe KNCHR”), párr. 281.

⁷⁵ *Ibid*, párr. 346.

Bureti y Londiani se alegó que la policía utilizó fuerza excesiva para contener la situación, resultando en la pérdida de varias vidas inocentes.⁷⁶ También se reportaron varios casos de civiles que murieron por disparos en la espalda – lo que lleva a colegir que fueron disparados cuando intentaban escapar.⁷⁷ Varios otros casos de civiles que no tomaban parte en las demostraciones fueron reportados como muertos por disparos de la policía.⁷⁸ En efecto, se determinó que la policía había usado armas letales para contener a manifestantes que no portaban armas.⁷⁹ Por otro lado, informes de investigación *in situ* determinaron que el recurso al uso de la fuerza letal por parte de la policía había sido contrario al principio de necesidad. Se determinó que en varios incidentes la policía usó armas letales sin antes haber agotado las herramientas de control de multitudes, tales como el uso de gases lacrimógenos, balas de goma y sin antes haber dado un previo aviso del uso de la fuerza letal.⁸⁰

La situación de octubre de 2003 –caracterizada, como emana de la propia Sentencia de la Corte Suprema por un uso desproporcionado y, argumentablemente ilegítimo de la fuerza pública– parecería corresponder con los crímenes de lesa humanidad (donde el elemento contextual requiere un ataque generalizado o sistemático; y así, cierto grado de planificación). En el supuesto de su tipificación en el ámbito penal interno, sería más factible juzgar todos los crímenes que se habrían suscitado en el marco de la situación –como fueran imputados por la Fiscalía; a saber: tortura y otros tratos prohibidos, privación de libertad, lesiones graves y leves, etc., constituyendo todos crímenes específicos en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad.

Suponiendo que la misma situación de octubre de 2003 se presentara, habiéndose tipificado los crímenes de lesa humanidad, no se aplicarían los mismos sino el genocidio en su modalidad de masacre? Resultaría ello coherente con el desarrollo del derecho penal internacional? Ciertamente no, y parecería tornar insulsa la existencia de los crímenes de lesa humanidad.

⁷⁶ Ibid, párr. 216.

⁷⁷ Ibid, párrs. 217, 402.

⁷⁸ Ibid, párrs. 436, 402.

⁷⁹ Ibid, párr. 175.

⁸⁰ Report from OHCHR Fact-finding Mission to Kenya, 6-8 February 2008, 11.

Es oportuno, en consecuencia, reflexionar a tiempo de concretar la implementación, acerca de la posible colisión que podría tener la figura de genocidio en su modalidad de masacre, con los crímenes de lesa humanidad. De existir éstos últimos en la legislación penal interna –y obviando la discusión de la persecución penal nacional exclusivamente sobre la base del derecho internacional consuetudinario– resultaría innecesario mantener la misma, siendo más bien los crímenes de lesa humanidad evidentemente aplicables a situaciones similares. En efecto, siguiendo el énfasis probatorio que imprime la Corte Suprema con relación al elemento de la planificación y en atención a que las víctimas eran, esencialmente, población civil, podría concluirse en la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil en el que se produjeron homicidios, lesiones, torturas, etc.

En síntesis, cabe recomendar la reflexión sobre la inconsistencia de perpetuar la distorsión en la legislación interna de la naturaleza del crimen de genocidio del derecho internacional –que imprime la figura de masacre–, a tiempo de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, que tornaría innecesaria su aplicación y más bien conflictiva al entrar en colisión con los mismos. En efecto, siguiendo la definición que efectúa la Corte Suprema, como se mencionara, se entiende por genocidio en su modalidad de masacre: la matanza de tres o más personas que se encuentran en situación de indefensión. El último elemento descarta la aplicación de los crímenes de guerra, aunque no completamente. Piénsese por ejemplo, en el homicidio de personas que han depuesto las armas (*l'hors de combat*). Por otro lado, el nivel de planificación, sobre el que hace énfasis la Corte Suprema, es propio del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad. En todo caso, la figura de masacre – como resulta definida por la Corte Suprema– resulta aplicable al ejemplo de la cantina o, conforme a la actualidad, a situaciones similares a la matanza acaecida el pasado 20 de julio en la première de la última película de Batman en un cine en Denver en los EE.UU. (donde un joven de 24 años disparó a quemarropa, sin motivo aparente, dando muerte a 12 personas (y dejando heridas a más de 50) –que se encontraban naturalmente indefensas, toda vez que eran simples espectadores. ¿Debiera llamarse genocida a ese joven criminal? En apego al derecho internacional: no. Tampoco es necesario para realzar la gravedad del injusto que involucra dicha conducta y el consiguiente reproche social que amerita. En efecto, la alarma y el reproche social desatado, puede reputarse global –independientemente de la calificación técnico-jurídica que amerite posteriormente.

En consecuencia, se sugiere tipificar el crimen de genocidio:

- (i) incorporando el grupo racial, como uno de los grupos protegidos por el tipo en el derecho internacional;
- (ii) tipificando sólo el desplazamiento de niños (y no de adultos) de un grupo a otro;
- (iii) estableciendo una tipificación en singular, que permita perseguir el tipo aun en el supuesto de existir una sola víctima;
- (iv) sustituyendo la pena actual por la pena máxima del ordenamiento penal interno y ampliando las agravantes en los supuestos que los sujetos activos sean militares o policías;
- (v) tipificando la instigación pública y directa a cometer genocidio (art. 25(3)(e) del ECPI);
- (vi) eliminando la figura de masacre –la misma que podría tipificarse de manera autónoma, recogiendo los elementos constitutivos señalados por la Corte Suprema, de considerarse necesario en atención a la realidad social.

2.2 Tipificación de los crímenes de lesa humanidad

De concretarse la implementación a través de los Códigos, corresponde recomendar que la tipificación de conductas que pueden constituir tanto delitos ordinarios como crímenes de lesa humanidad –dependiendo de si su comisión es parte de un ataque generalizado o sistemático (contra la población civil)⁸¹– se desarrolle en consonancia. Es decir, resultaría ilógico y contraproducente que, por ejemplo, la «desaparición forzada de personas» presente una tipificación distinta en su faceta de delito esporádico o aislado, que como crimen de lesa humanidad. Lo propio ocurre con la «tortura», la «esclavitud» y otros tipos en los que la diferenciación viene dada por el elemento contextual de su comisión y la consiguiente gradación de la pena.

⁸¹ Cabe considerar la crítica que se realiza a la falta de necesidad del componente de ‘población civil’ y su carácter consuetudinario, véase Ambos, nota *infra* 113, pp. 11-2.

2.2.1 ¿El narcotráfico como delito de lesa humanidad?

Uno de los aspectos que resalta de la jurisprudencia en el ámbito nacional es el referido al caso del narcotráfico – o delitos relacionados con el narcotráfico, que han sido catalogados como delitos de lesa humanidad en ciertas sentencias de la Corte Suprema de Justicia (de aquí en adelante: ‘CSJ’), derivando de dicha calificación el atributo de la imprescriptibilidad.⁸² Dicha apreciación se ha vertido en conexión con acciones penales seguidas por la Fiscalía por el delito de tráfico de sustancias controladas (artículo 48 de la Ley 1008), en las que el procesado solicitó la extinción de la acción penal, en razón del plazo transcurrido,⁸³ tutela denegada por la CSJ bajo la consideración que al ser tales delitos de lesa humanidad resultan imprescriptibles.⁸⁴

Más adelante, el 2010 emerge una nueva solicitud de tutela constitucional en un contexto similar, i.e. la solicitud de extinción de la acción penal en razón del transcurso del tiempo (violación del principio de plazo razonable) y la alegada violación de otras garantías judiciales (en conexión con delitos relacionados con el narcotráfico).⁸⁵ Cabe resaltar que el pronunciamiento del TC en este caso, difiere en cuanto al racional adoptado en las sentencias anteriores. Aquí la CSJ opta por no pronunciarse con relación a la apreciación que los delitos de narcotráfico sean considerados delitos de lesa humanidad, entendiendo que dicha apreciación no constituyó la *ratio decidendi* de la sentencia que motivara el recurso de amparo constitucional.⁸⁶ El TS subraya la formulación literal del auto supremo impugnado que, después de afirmar que no existieron actos dilatorios por parte del órgano judicial ni del Ministerio Público, textualmente expresara: “[...] más aún tomando en cuenta que los delitos de narcotráfico por la afectación del bien constitucional y jurídicamente protegido son

⁸² CSJ, Autos Supremos No. 190, de 14 de junio de 2006, segundo considerando, tercer párrafo; No. 189, de 14 de junio de 2006, único considerando, tercer párrafo; No. 101, de 29 de marzo de 2006, tercer considerando, tercer párrafo; No. 191, de 14 de junio de 2006, tercer considerando, tercer párrafo; No. 195, de 14 de junio de 2006, tercer considerando, tercer párrafo. En, E. Santalla Vargas, ‘Informe sobre Bolivia’, en Ambos et al (eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional* (2008), Konrad Adenauer: Montevideo, 67, 84-6.

⁸³ CSJ, Auto Supremo No. 179, de 13 de junio de 2006, tercer considerando, cuarto párrafo.

⁸⁴ CSJ, ibídem, quinto párrafo.

⁸⁵ TC, Sentencia Constitucional 0419/2010-R, de 28 de junio de 2010 (Expediente: 2006-15068-31-RAC).

⁸⁶ CSJ, Auto Supremo, 365-E, de 19 de septiembre de 2006.

imprescriptibles”,⁸⁷ enfatizando que aún en el supuesto de no haberse formulado dicha consideración, se hubiera arribado a la misma conclusión, i.e. no haber lugar a la extinción de la acción penal, en virtud a la consideración de inexistencia de actos dilatorios. Aún más, el TC parecería apartarse de la categorización de los delitos de narcotráfico como delitos de lesa humanidad, al expresar: “[...] la mención al *supuesto* carácter imprescriptible de los delitos de narcotráfico no tiene relevancia constitucional [...]”.⁸⁸

Otro de los fundamentos sobre los que el TC se basa para no pronunciarse respecto de la asimilación de los delitos en cuestión como delitos de lesa humanidad que efectuara la CSJ, es la inexistencia de un error o defecto procedimental con afectación al debido proceso y/o derecho a la defensa. A saber, el hecho que el argumento en cuestión no revista afectación constitucional resultando, en consecuencia, no sólo innecesario sino un pronunciamiento que recae fuera de su competencia en lo que respecta a la revisión de sentencias (judiciales) en recurso de amparo constitucional.⁸⁹

Puede advertirse la cautela de la sentencia constitucional de 28 de junio de 2010, que evitó sumarse a la tendencia de considerar el delito de narcotráfico como delito de lesa humanidad. Lamentablemente, dicha posición no fue seguida, cuando con carácter más reciente, la sentencia constitucional de 7 de noviembre de 2011, reasume la crítica posición de las sentencias de 2006. Es decir, considerar que no ha lugar la extinción de la acción penal por el tiempo transcurrido en el proceso al tratarse de delitos de lesa humanidad respecto de los cuales no opera el instituto de la prescripción; derivando la categorización de delitos de lesa humanidad del artículo 145 la Ley 1008 (Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas),⁹⁰ que califica al narcotráfico como un delito “transnacional de lesa humanidad” y contrario al derecho internacional. Sin embargo, cabe observar que el mencionado artículo versa sobre coordinación y cooperación internacional.

⁸⁷ TC, Sentencia Constitucional, nota *supra* 85, parte III. Fundamentos jurídicos del fallo.

⁸⁸ TC, *ibid* (el resaltado es propio).

⁸⁹ TC, *ibid*.

⁹⁰ De 19 de julio de 1988.

Curiosamente, una tendencia judicial similar respecto a asimilar los delitos de narcotráfico con los crímenes de lesa humanidad se encuentra en la línea jurisprudencial venezolana. Ya desde el 2000, la Sala Constitucional de Venezuela desarrolló la doctrina del tráfico ilícito de drogas como delito de lesa humanidad, que fue recogida por algunas de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, erigiéndose una línea jurisprudencial que sostiene el criterio que los delitos previstos en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (similar a la Ley boliviana 1008) son de lesa humanidad, resultando aplicable el artículo 7(1)(k) del ECPI; a saber “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Dicha doctrina ha servido ‘[...] para negar derechos en la fase de ejecución de penas y desnaturalizar las medidas cautelares sustitutivas de prisión preventiva [...]’, generando crítica en el sentido de violentar garantías y principios del debido proceso en un Estado de derecho.⁹¹ La calificación misma de los delitos de narcotráfico como crímenes de lesa humanidad fue también objeto de crítica, considerándose que éstos no revisten el elemento contextual propio de los crímenes de lesa humanidad.⁹² Así,

[...] la interpretación que realiza el TSJ del artículo 29 de la Constitución de la República, de que estos los “conceptúa expresamente”, además de ser totalmente errada, deviene en una hermenéutica que se vale, tal y como lo sostiene Martínez, de una manipulación por parte de quienes tienen el poder de interpretación (referencia omitida); ni siquiera en los casos del literal k), como se afirma en la sentencia de la Sala Constitucional del 12 de septiembre de 2001, en razón de que los actos inhumanos a que se refiere el mencionado literal, deben realizarse como parte de un ataque [...].⁹³

Crítica similar se formuló en el caso boliviano:

[...] si bien el término *crímenes de lesa humanidad* ha sido definido de distintas maneras desde la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y el ECPI, en ninguno de los casos se consideró al narcotráfico como un crimen de lesa humanidad y difícilmente podría considerarse *per se* dentro del ámbito de

⁹¹ J. Malaguera Rojas y F. Ferreira de Abreu, ‘Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Delito de Tráfico de Drogas Ilícitas. Análisis de la Doctrina de la Sala Constitucional y la Sala Penal del T.S.J.’, *Revista Cenipec, enero-diciembre* (2004), 93 p. 97.

⁹² Malaguera Rojas y Ferreira de Abreu, *ibid*, p. 117.

⁹³ *Ibid*, p. 118.

aplicación de la cláusula residual del artículo 7(1)(k) del ECPI, al diferir su *naturaleza* respecto de los otros actos enumerados en el artículo 7(1).⁹⁴

El tema es por demás relevante a tiempo de considerar la implementación de los *core crimes* del derecho internacional. En efecto, ¿corresponde, en mérito a la jurisprudencia de la Corte Suprema, tipificar en el marco de los crímenes de lesa humanidad a los delitos de narcotráfico? A continuación se esbozan los argumentos en pro y contra desarrollados a nivel internacional, toda vez que tanto el terrorismo como el narcotráfico fueron propuestos infructuosamente por algunos estados para su inclusión en el catálogo de crímenes que contempla el ECPI, a tiempo del desarrollo de la Conferencia de Roma de 1998 (que dio lugar a la adopción del ECPI),⁹⁵ y más recientemente constituyeron propuestas de enmienda al artículo 5 del ECPI,⁹⁶ las mismas que no fueron incluidas en la agenda tratada en la Primera Conferencia de Revisión del ECPI (realizada en Kampala en junio de 2010).

La Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, estableció la criminalidad del tráfico ilícito de sustancias controladas y conductas relacionadas. La Convención estableció la obligación de tipificación en el derecho interno de los Estados partes, de las distintas conductas que prohíbe en su artículo 3(1), sin atribuir un carácter internacional a dichas ofensas –ni menos el carácter de crímenes de lesa humanidad–; es más, el párrafo 8 del mencionado artículo, emplaza a los Estados Partes a establecer un plazo de prescripción prolongado para el inicio del proceso penal por cualquiera de los delitos que establece la Convención. Esto evidencia la imposibilidad de inferir ninguna intención de la Convención respecto a otorgar a los delitos en cuestión un carácter internacional y, menos aún, de lesa humanidad. Dicho carácter ha sido argumentado en

⁹⁴ Santalla Vargas, nota *supra* 22, p. 85 (con referencias adicionales).

⁹⁵ Los Estados que apoyaron dicha inclusión fueron Argentina, Algeria, Barbados, Dominica, India, Jamaica, Libia, Macedonia, Madagascar, Nigeria, Sri Lanka, Tajikistan, Trinidad y Tobago, Tailandia y Turquía, pero en última instancia no contaron con el apoyo de los EE.UU. ni de otras potencias, véase N. Boister, ‘Treaty Crimes, International Criminal Court?’, 12(3) *New Criminal Law Review*, 341 p. 344, con referencias adicionales.

⁹⁶ Trinidad y Tobago propusieron el narcotráfico como nuevo crimen de competencia de la CPI. La propuesta implicó modificar el artículo 5 con un nuevo literal (e) que enumeraba las conductas constitutivas del crimen de tráfico internacional de drogas. Por su parte, los Países Bajos propusieron incorporar el crimen de terrorismo. Véase, ‘*Amendments to be Considered at the Ninth Session of the Assembly*’, ICC Newsletter, ICC-ASP-NL-03/10, p. 6. Véase también, Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA/Ser.G./CP/CAJP-2811/10rev.1, de 30 de marzo de 2010, Informe - Sesión de Trabajo sobre la Corte Penal Internacional, de 27 de enero de 2010.

atención a la gravedad de los efectos que generan dichas conductas para los individuos y sociedades en general. Dada la magnitud del tráfico ilícito de sustancias controladas y la capacidad y voluntad en general de los estados para efectivizar la represión penal de estos delitos, se argumentó la conveniencia de otorgar competencia *ratione materiae* a la CPI con relación a los mismos.⁹⁷ Para algunos, dicha posibilidad existe con relación a su asimilación con los crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, la opinión mayoritaria es contraria a ello, en atención a que este tipo de delitos no comparten la naturaleza esencial de los crímenes de lesa humanidad, la misma que se identifica por el elemento contextual (su realización en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque).⁹⁸ En esta línea se ha mencionado que los narcotraficantes actúan con la intención de obtener réditos económicos, no con la intención de dañar a la población civil; por otro lado, la naturaleza de la violación a los derechos humanos fundamentales que causan no es comparable a la de los crímenes de lesa humanidad.⁹⁹ Al respecto, cabe considerar que los delitos de narcotráfico, tales como el tráfico y producción no dañan de manera directa los derechos humanos, constituyendo más bien delitos cuyo injusto deriva de la violación a los actos prohibidos por la ley. Es decir, la conducta no es reprochable moralmente en sí misma, sino que su prohibición responde a razones de política gubernamental (en principio, puede considerarse que a efectos de prevenir el consumo y la nociva y perversa adicción, los Estados criminalizan la producción y comercialización).¹⁰⁰ En gran parte, la violencia asociada al tráfico de drogas, es producto de su prohibición. Vale decir, no es inherente a la comercialización de las drogas *per se*, sino que está asociada a la prohibición de los productos comercializados. Así, el crimen organizado puede considerarse una consecuencia de la demanda de bienes y servicios

⁹⁷ Considerando pertinente ampliar la competencia *ratione materiae* de la CPI para incluir a los delitos contra el narcotráfico véase, por ejemplo, M. McConville, 'A Global War on Drugs: Why the United States Should Support the Prosecution of Drug Traffickers in the International Criminal Court', 37 *American Criminal Law Review* (2000), 75-102.

⁹⁸ H. L. Kiefer, 'Just Say No: the Case Against Expanding the ICC's Jurisdiction to Include Drug Trafficking', 31 *Loyola University Chicago International Law Review* (2009), 157 en pp. 165-8.

⁹⁹ Kiefer, *ibid.*, p. 171.

¹⁰⁰ J.D. Michels, 'Keeping Dealers off the Docket: the Perils of Prosecuting Serious Drug-Related Offences at the International Criminal Court', 21 *Florida Journal of International Law* (2009), 449, p. 452 y 454.

ilícitos.¹⁰¹ A diferencia de los *core crimes*, no se trata de conductas moralmente reprochables *per se* o *malum in se* en atención a la violencia que generan, sino legalmente prohibidas.¹⁰²

En otro orden de ideas, la fuente de su aplicación radica en los tratados, a diferencia de los *core crimes* cuyo origen está adicionalmente enraizado en la costumbre internacional.¹⁰³ En todo caso, aun en el supuesto de considerarse que existe una práctica generalizada con relación a su represión penal, el elemento de la *opinio juris* de la costumbre internacional parecería ser inexistente, toda vez que la criminalización de la amplitud de conductas que establece la Convención de Viena de 1988 no parece encontrar otra fuente jurídica, distinta a la obligación convencional.¹⁰⁴ Si bien el empleo de recursos económicos es significativo en la globalizada lucha contra el narcotráfico,

[I]a comunidad internacional, en su conjunto, tendría que demostrar un mayor grado de convicción que al presente, con relación a que estos delitos afectan gravemente sus intereses y conmocionan su conciencia colectiva. [...]¹⁰⁵

Lo anterior, refleja escuetamente la disparidad de posiciones y de argumentos que se han esbozado a efectos de abogar a favor y en contra del carácter internacional de los delitos de narcotráfico. Esto conduce a considerar los fundamentos que, en términos genéricos, rigen el proceso de criminalización en el ámbito del derecho internacional. Vale decir, cuáles son las bases doctrinales que sustentan que una determinada conducta sea considerada un crimen contra el derecho internacional,¹⁰⁶ i.e. *core crimes*.¹⁰⁷ Aquí cabe efectuar la diferenciación con los denominados crímenes transnacionales, es decir aquéllos que afectan a uno o más estados;

¹⁰¹ Michels, *ibid.*, p. 453, con referencias adicionales.

¹⁰² Michels, *ibid.*

¹⁰³ A. Schloenhardt, 'Transnational Organised Crime and the International Criminal Court Developments and Debates', 24 *The University of Queensland Law Journal* (2005), 93 p. 116.

¹⁰⁴ Schloenhardt, *ibid.* p. 117, con referencias adicionales.

¹⁰⁵ Boister, en cita de Schloenhardt, *ibid.* p. 118. Cabe notar que el autor es proclive a la inclusión de estos delitos en la jurisdicción de la CPI.

¹⁰⁶ Esta pregunta es abordada, en atención también a los delitos de narcotráfico, por B.M. Yarnold, 'Doctrinal Basis for the International Criminalization Process', 8 *Temple International and Comparative Law Journal* (1994),

¹⁰⁷ Se entiende por esta categoría a los crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y de agresión.

en tanto que los *delicto jus gentium*, se caracterizan esencialmente por constituir una amenaza a la paz mundial y provocar conmoción en la comunidad internacional en su conjunto.¹⁰⁸

Conforme a una parte de la doctrina, si bien millones de personas resultan adversamente afectadas por el uso de sustancias controladas, se considera que los delitos de narcotráfico, no representan una amenaza a la paz mundial ni provocan una conmoción en la comunidad internacional.¹⁰⁹ Por otro lado, tampoco presentarían un elemento de carácter transnacional, toda vez que su prohibición internacional no sólo está relacionada con el tráfico internacional de drogas sino que también involucra actos de carácter netamente doméstico como el cultivo, producción, venta, distribución y procesamiento de sustancias controladas. En consecuencia, parecería que la única justificación para su criminalización es la necesidad internacional.¹¹⁰ Así, tanto el narcotráfico como el terrorismo, son más bien denominados *treaty crimes* (crímenes de tratados), toda vez que su criminalización en los ordenamientos internos es producto de obligaciones convencionales. En esa línea, el Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional, efectuaba la distinción entre los *core crimes* y los crímenes convencionales, entre los que se encontraba el tráfico internacional de drogas.¹¹¹ Pero más allá del tipo de fuente aplicable a los delitos en cuestión, el aspecto relevante parece ser si de la fuente identificable es posible (o no) derivar de manera directa la responsabilidad penal individual que establece el derecho internacional,¹¹² siendo distinta la creación de una obligación de criminalización en el derecho interno –cual es el caso de los delitos de narcotráfico.

Por otro lado, el carácter consuetudinario de la definición (internacional) de los crímenes de lesa humanidad presenta una larga data. En efecto, se considera que

[...] la Carta de Nuremberg no constituyó una base legislativa para el desarrollo de un nuevo delito, sino que simplemente articuló un crimen que ya estaba integrado en la estructura del

¹⁰⁸ Yarnold, nota *supra* 106, 90-103.

¹⁰⁹ D. Pickard, 'When Does Crime Become a Threat to International Peace and Security?', 12 *Fla. J. Int'l L. I.* (1998), 5, citado por N. Boister, 'Treaty Crimes, International Criminal Court?', 12(3) *New Criminal Law Review* (2009), 341 p. 346.

¹¹⁰ Yarnold, nota *supra* 106, 103.

¹¹¹ Malaguera Rojas y Ferreira de Abreu, nota *supra* 91, p. 118, citando a Schabas.

¹¹² Boister, nota *supra* 105, p. 350 con referencias adicionales.

derecho internacional consuetudinario (referencia omitida). Esto se evidencia por lo menos en tres instrumentos: la “Cláusula Martens” de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 (referencia omitida), en referencia a las “leyes de humanidad”; la [...] Declaración Conjunta del 28 de mayo de 1915, que censura los “crímenes contra la humanidad y la civilización” (referencia omitida), así como el informe de 1919 de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra, que sostiene la responsabilidad penal individual por “violaciones a las leyes de humanidad” (referencia omitida).¹¹³

El reconocimiento del carácter consuetudinario, no implica desconocer la vaguedad de la definición ni las contradicciones que parece presentar.¹¹⁴ En todo caso, este carácter está relacionado a la *raison d’être* de los crímenes de lesa humanidad que

[...] intentan proporcionar una protección penal en contra de la transgresión a las leyes más básicas para la protección de nuestra individualidad como seres políticos y nuestra sociabilidad como miembros [...] de las comunidades políticas. [...], el concepto subyacente de los crímenes de lesa humanidad es convincente, ya que explica la esencia de los crímenes de lesa humanidad sin invocar un mero análisis positivo y, además, evita excesos al criminalizar violaciones sólo de los derechos humanos más fundamentales. Desde una perspectiva metodológica tal enfoque es convincente, ya que deja claro que la búsqueda de una construcción correcta y racional de la ley (“ley de derecho”) debe tener prioridad sobre las consideraciones de política pura.¹¹⁵

En razón a todo lo anteriormente expuesto, es recomendable *no* incorporar los delitos de narcotráfico en el catálogo de los crímenes de lesa humanidad, cuya tipificación responde a la necesidad de implementación del ECPI. En este entendido, cabe considerar que en mérito al principio de separación de poderes, el Poder u Órgano Legislativo no está directamente vinculado por la interpretación judicial interna, excepto en los casos de consultas de constitucionalidad de proyectos de ley (artículo 202(7) CPE).¹¹⁶

¹¹³ K. Ambos, ‘Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional’, 17 *Revista General de Derecho Penal* (2012), 1 pp. 2-3 (con referencias adicionales). Texto originalmente publicado como ‘Crimes Against Humanity and the International Criminal Court’, en L.N. Sadat (ed.), *Forging a Convention on Crimes Against Humanity* (2011), Cambridge University Press.

¹¹⁴ Ambos, *ibid.*, p. 3.

¹¹⁵ Ambos, *ibid.*, pp. 5-6.

¹¹⁶ CPE, Art. 202(7): ‘Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: (7) Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio’.