

**EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL:
¿DEBE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DISTINGUIR ENTRE CAUSAS DE
JUSTIFICACIÓN Y EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD? ¹**

DEFENCES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: SHOULD THE INTERNATIONAL
CRIMINAL COURT DISTINGUISH BETWEEN JUSTIFICATION AND EXCUSES?

*Christopher A. SERVÍN RODRÍGUEZ**

Resumen: La codificación del Derecho Internacional Penal inicialmente se enfocó en la responsabilidad internacional penal del individuo, dejando de lado a las eximentes de este tipo de responsabilidad. Sin embargo, éstas fueron desarrolladas jurisprudencialmente por los tribunales internacionales establecidos con anterioridad a la Corte Penal Internacional; con la creación del Estatuto de Roma, finalmente algunas de ellas fueron codificadas. En los sistemas jurídicos domésticos con tradición Romano-Germánica, las eximentes de responsabilidad tradicionalmente han sido diferenciadas en causas de justificación y excluyentes de culpabilidad. Sin embargo, esta distinción no suele estar contemplada en los sistemas jurídicos del *Common Law*, y por influencia de ello, el Estatuto de Roma no distingue entre causas de justificación y excluyentes de culpabilidad. No obstante, el artículo 21.1 del Estatuto de Roma faculta a la Corte Penal Internacional para poder adoptar dicha distinción, a través de su jurisprudencia. El presente estudio desarrolla diferentes argumentos que destacan las ventajas prácticas que implicaría la adopción de este criterio por la Corte Penal Internacional, y propone una clasificación de las circunstancias eximentes de responsabilidad, contempladas en el Estatuto de Roma, en causas de justificación y excluyentes de responsabilidad

Palabras Clave: Derecho Internacional Penal, responsabilidad internacional penal, eximentes de responsabilidad penal, Corte Penal Internacional.

Abstract: The codification of International Criminal Law initially focused on the individual criminal responsibility, leaving aside the grounds of excluding this kind of liability. However, they were developed jurisprudentially by the international tribunals established before the International Criminal Court; with the creation of the Rome Statute, finally some of them were codified. In legal domestic systems with a Civil Law tradition, the grounds of excluding criminal responsibility have been traditionally differentiated into justifications and excuses. However, this distinction is not usually contemplated in Common Law legal systems, and as a result of this, the Rome Statute does not distinguish between justification and excuses. However, Article 21.1 of the Rome Statute allows the International Criminal Court to adopt this distinction, through its jurisprudence. The study develops different arguments which highlight the practical advantages of the adoption of this criterion by the International Criminal Court would imply, and propose a classification of

¹ Artículo recibido el 26 de diciembre de 2020 y aprobado para su publicación el 3 de noviembre de 2020.

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Derecho Penal Internacional y Práctica Forense Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, (México); miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT; Director del Departamento de Litigio Internacional del Observatorio Veracruzano de Derechos Humanos; ex-Secretario de Estudio y Cuenta de la Quinta Sala Penal y de la Sala de Responsabilidad Juvenil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, México; profesor visitante y miembro investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (USA); Doctorado en Paz, Conflictos y Democracia por la Universidad de Granada (España); Maestro en Organizaciones Internacionales, Derecho Internacional Penal y Prevención del Crimen por la Universidad de Turín y el Instituto de Investigación de Naciones Unidas sobre Crimen Transnacional y Justicia (Italia); Maestro en Jurisdicción Penal Internacional por la Universidad de Andalucía (España); Maestría en Derecho Penal y Juicio Oral por la Universidad de las Naciones (México); Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana (México). E mail: alexis_servin24@hotmail.com “*A Diana, por apoyarme siempre y ser la mejor hermana que pude tener*”.

the grounds for excluding criminal responsibility, contemplated in the Rome Statute, in justification and excuses.

Key words: International Criminal Law, international criminal liability, grounds for excluding criminal responsibility, International Criminal Court.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El presente análisis parte del reconocimiento que hace el Derecho Internacional Público de la subjetividad pasiva del individuo y su corolario en la identificación de la responsabilidad internacional penal del individuo como punta de lanza del Derecho internacional penal, para posteriormente señalar que los esfuerzos iniciales del desarrollo de este último cuerpo normativo se centraron en la desarticulación de la Doctrina del Acto de Estado como impedimento principal del juzgamiento de los responsables de los crímenes internacionales, cuestión que conllevó a dejar en un aparente olvido la codificación de las eximentes de responsabilidad penal, en particular, y a regular de manera asténica el derecho de defensa, en general. Seguidamente, tras la implementación de una examinación histórica, este estudio demuestra, desde un punto de vista cuantitativo, que más jurisprudencialmente que de forma normativa, el Derecho internacional penal ha reconocido y regulado los supuestos que un acusado puede invocar a su favor como causas de exclusión de responsabilidad penal y, ulteriormente, señala cuáles son éstos y propone una clasificación de los mismos en torno a la naturaleza internacional o nacional de la norma que los fundamenta. Posteriormente, se centra en la clásica distinción que los sistemas jurídicos con tradición Romano-Germánico (en adelante *civil law*) hace de las eximentes de responsabilidad como causas de justificación y excluyentes de culpabilidad, para luego desarrollar argumentos jurídicos que sustenten la posible adopción de este criterio, a través de la vía jurisprudencia, por la Corte Penal Internacional. Finalmente, partiendo de las eximentes de responsabilidad contempladas en el Estatuto de Roma, se propone una clasificación de las mismas en causas de justificación y en excluyentes de culpabilidad.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL INDIVIDUO Y SUS EXIMENTES EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL: ANÁLISIS DE SU FUNDAMENTO Y CLASIFICACIÓN.

El Derecho Internacional clásico consideraba al individuo como un simple objeto, debido a la prevalencia de la subjetividad internacional del Estado, pues éste era catalogado no sólo como sujeto pleno de derecho internacional sino como sujeto único². Esto no significa que el individuo fuese totalmente ajeno para el ordenamiento jurídico internacional, pues desde el siglo XIX se adoptaron tratados destinados a su protección³, con lo cual comenzó a germinar la concepción de que el individuo era digno de protección en la esfera internacional. Bajo esta conceptualización se ha experimentado en las últimas décadas importantes transformaciones a favor del reconocimiento de subjetividad en el individuo por el derecho internacional; en palabras de SALCEDO: “...desde la primera Guerra Mundial el Derecho Internacional

² El Derecho Internacional de corte tradicional se caracterizaba por estar cimentado en una sociedad internacional, estructurada puramente con entidades estatales, que tenía como función principal regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, al respecto véase CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Sentencia Lotus (Francia vs. Turquía), Serie A, N° 10, septiembre de 1927, p. 18.

³ El más significativo, a pesar de no ser un tratado de derecho humanos en estricto sentido, fue generado en 1945, al adoptarse la Carta de las Naciones Unidas, pues dicho tratado proclamó por primera vez el valor y dignidad de la persona humana en la esfera internacional; a partir de ese momento el individuo dejó de ser un objeto y comenzó a transformarse en sujeto protegido por el ordenamiento jurídico internacional. Para una visión más amplia del tema véase Díez DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 252 y ss.; PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp.187-225.

presencia una importante evolución atribuible a tres fenómenos que actúan en interacción: un proceso de institucionalización, un proceso de socialización, un proceso de humanización...”⁴ Hoy día y como consecuencia del proceso de humanización que ha experimentado el derecho internacional contemporáneo, especialmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se admite que, si bien la persona humana no es un sujeto normal de las relaciones regidas por el Derecho internacional, sí se le reconoce subjetividad, aunque de alcance limitada, dentro de este derecho, debido a que las normas jurídicas internacionales atribuyen a la persona derechos y obligaciones⁵.

Al hablar de esta subjetividad propio resulta mencionar las dos teorías jurídicas que explican su existencia. Por un lado, hayamos la teoría pura del derecho⁶ y, por otro, la teoría de la responsabilidad⁷. La primera, sostiene que un individuo es sujeto de derecho cuando una norma del orden jurídico prevé una conducta suya como contenido de un derecho o de una obligación jurídica. Por su parte, la segunda teoría considera sujeto de derecho internacional a todo aquél que se halla al menos en una de las dos situaciones siguientes: a) ser titular de un derecho y poder hacerlo valer mediante reclamación internacional; b) ser titular de un deber jurídico y tener la capacidad de cometer un delito internacional⁸.

A pesar de la disidencia plasmada por dichas teorías, ambas reconocen la existencia de subjetividad activa y pasiva del individuo; siendo activa cuando el ente individual puede reclamar un derecho (derechos subjetivos públicos) ante jurisdicciones internacionales, y se está en presencia de subjetividad pasiva, cuando un individuo con capacidad de obrar, viola normas de Derecho internacional cometiendo crímenes de este ámbito en sentido propio, lo cual habilita la posibilidad de que los tribunales de otro Estado o tribunales penales internacionales ejerzan su correspondiente jurisdicción, pudiendo incoar sanciones en su contra⁹. Este reconocimiento de la capacidad delictiva por parte del individuo es justamente lo que marcó las nuevas tendencias del derecho internacional contemporáneo¹⁰, gestando el Derecho penal internacional o internacional penal¹¹, mismo, que a su vez, afirma la existencia de responsabilidad internacional penal del individuo como uno de sus postulados rectores y que, junto con la protección de los derechos humanos en la esfera internacional, constituye un pilar de lo que hoy es considerado el estado de derecho internacional¹².

⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A., “Droit International et Souveraineté des Etats”, *Recueil des Cours de L’académie de Droit International de La Haye*, 1996-I, pp. 35 y ss.

⁵ En este sentido consúltese CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Sentencia Barcelona Traction, Light and Power Company (Bélgica vs. España 2ª Fase), Reports 1970, pp. 32-33.

⁶ KELSEN, H., “Théorie du Droit International Public”, *Recueil des Cours de L’académie de Droit Internationale de la Haye*, Tomo 84, 1953, pp. 66 y ss., pp. 85 y ss.

⁷ Véase WENGLER, W., La Noción de Sujeto de Derecho Internacional Público Examinado bajo el Aspecto de Algunos Fenómenos Políticos Actuales, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 4, n° 1, 2 y 3, 1951, pp. 831- 859.

⁸ RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Madrid, 2001, pp. 25-30.

⁹ SERVÍN RODRÍGUEZ, C. A., “La Internacionalización de la Responsabilidad Penal del Individuo: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare como Suplemento de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales”, en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Derecho Penal. Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, II Proceso Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2004, pp. 229-249.

¹⁰ Un destacado análisis sobre la distinción entre Derecho internacional clásico y el Derecho internacional contemporáneo puede consultarse en: PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Op. Cit.*, pp. 59-63.

¹¹ En torno al profundo debate académico sobre el nombre que debe recibir esta área del derecho, es decir, ¿Derecho Penal Internacional o Derecho Internacional Penal?, consúltese: GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional. Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 23-27.

¹² Sobre el Estado de Derecho Internacional y su relación con la protección de los derechos humanos y/o la responsabilidad penal del individuo en la esfera internacional consúltese: VILLEGAS DELGADO, C. A., “El Estado de Derecho en el Ámbito Internacional y el Imperio de la Ley en las Relaciones Internacionales: Tendencias, Retos y Desafíos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 33, 2017, pp. 1-43; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “Recensión de Humanización, Democracia y Estado de Derecho en el Ordenamiento Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, n° 1, 2015, pp. 364-367; VILLEGAS DELGADO, C. A., “La Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional”, Thomson Reuters Aranzandi, Navarra, España, 2013; CORELL, H., “A Challenge to the United Nations and the World: Developing the Rule of Law”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18, n° 2, 2004,

En este sentido aunque el Derecho internacional penal tiene orígenes muy remotos, en atención a que sus postulados más primigenios yacen en el Convenio de Ginebra de 1864¹³, lo cierto es que los juicios de Núremberg constituyen lo que puede ser considerado el certificado de nacimiento de dicha área del Derecho¹⁴, pues éstos marcan el final del predominio de la Doctrina del Acto de Estado, defendida vigorosamente por Hans Kelsen¹⁵, que sostenía que ningún Estado tenía jurisdicción sobre los actos de otro Estado y, por tanto, cuando un individuo actuando como órgano de Estado violaba normas de Derecho internacional, dicho acto delictivo debía atribuirse sólo al Estado y no al individuo en sí, lo cual impedía su juzgamiento ante los tribunales de un Estado extranjero o ante un Tribunal común implementado por varios Estados extranjeros y, por ende, no podía ser hallado personalmente responsable por ese delito, salvo que el Estado, para el cual el individuo actuó como órgano de Estado, otorgara su consentimiento para tal efecto.

En torno a la Doctrina del Acto de Estado el Tribunal Militar Internacional de Núremberg sostuvo:

*“Se ha argumentado que el derecho internacional concierne a las acciones de los Estados soberanos y que no provee sanción alguna para los individuos; y además, que cuando el acto de que se trate sea un acto de Estado, quienes lo llevan a cabo no son penalmente responsables, porque están protegidos por la Doctrina del Acto de Estado. En opinión de este Tribunal, ambos argumentos deben ser rechazados. El derecho internacional impone deberes y responsabilidades tanto a los individuos como a los Estados.”*¹⁶

Así, el Tribunal sentó las bases para el reconocimiento de la responsabilidad penal del individuo, señalando que:

*“Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo sancionando a los individuos que cometieron tales crímenes, las normas del derecho internacional pueden ser ejecutadas”*¹⁷

Ahora bien, aunque en los orígenes del Derecho internacional penal la defensa del acusado jugó un papel marginal en la práctica de los tribunales internacionales y nacionales, pues su principal reto se centró en hallar las bases jurídicas para sustentar la responsabilidad internacional penal del individuo¹⁸, lo cierto es que la superación de la citada visión Kelseniana no significa que el Derecho internacional penal proclame nugatorio el derecho de defensa de un acusado, por el contrario, este derecho históricamente ha reconocido y regulado los supuestos que un acusado puede invocar a su favor, a fin de eximir su responsabilidad penal, aunque

pp. 391-402; VILLEGAS DELGADO, C. A., “Desafíos Actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, Derechos Humanos y Legalidad Ante la Amenaza Terrorista”, en: *Itinerarios Constitucionales para un Mundo Convulso*, Dykinson. Madrid, 2016, pp. 271-291.

¹³ SERVÍN RODRÍGUEZ, C. A., *El Artículo 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Renuncia a la Inmunidad y Consentimiento a la Entrega. Los Acuerdos Bilaterales de E.E.U.U.: ¿Una Celada que Limita la Competencia de la Corte y Pone en Riesgo su Efectividad?*, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2014, p. 12.

¹⁴ SERVÍN RODRÍGUEZ, C. A., *Más Allá de la Impunidad: Incorporando la Paz en las Funciones de la Corte Penal Internacional*, Universidad de Granada. Instituto de la Paz y los Conflictos. Granada, 2016, pp. 29-38, en particular, p. 33.

¹⁵ KELSEN, H., “Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law”, *Jewish Yearbook of International Law*, 1948, pp. 226-239; KELSEN, H., “Will the Judgment in the Hague Trial Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *International Law Quarterly*, vol. I, 1947, p. 153- 171; KELSENS, H., “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals”, *California Law Review*, vol. 31, Issue 5, 1943, pp. 530-571; KELSEN, H., “The Rule Against Ex Post Facto and the Prosecution of the Axis War Criminals”, *The Judge Advocate Journal*, vol. II, n° 3, 1994, pp. 8-12.

¹⁶ TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÚREMBERG, Juicio a los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Núremberg, 14 de noviembre 1945 a 1° de Octubre de 1946, publicado en Núremberg, Alemania, 1947, p. 220.

¹⁷ *Ibidem*, p. 223.

¹⁸ SERVÍN RODRÍGUEZ, C. A., *La Paz: ¿Un Objetivo de la Corte Penal Internacional?*, Porrúa, Ciudad de México, 2013, pp. 4 y Ss.

desde una visión cuantitativa ello ha sido desarrollado más jurisprudencialmente que de forma normativa.

Así, en la elaboración de los primeros Proyectos del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, implementados por la Comisión de Derecho Internacional, que principalmente fueron desarrollados por *ius* internacionalistas, prácticamente no se contemplaban causas que excluyeran la responsabilidad penal¹⁹. En este sentido, el Proyecto de Código de 1954 reconoció la existencia de la legítima defensa sólo en conexión con los crímenes contra la paz²⁰. Posteriormente, el Proyecto de Código de 1991, particularmente su artículo 14, consideró la posible admisión de eximentes de responsabilidad y de circunstancias atenuantes de la pena, conforme a los principios generales del derecho²¹. Finalmente, el Proyecto de Código de 1996 adoptó los mismos criterios del Proyecto anterior, aunque en dispositivos diversos (artículos 14 y 15)²². Sin embargo, resulta relevante apreciar que en su deliberación, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional que redactó el Proyecto de Código de 1996, determinaron como posibles eximentes de responsabilidad: la legítima defensa, la coacción, el error de hecho, y (de manera limitada) la necesidad militar, apuntando que, en todo caso, estas eximentes de responsabilidad requerían la existencia de un serio e inminente peligro, causado por una tercera persona o por eventos naturales, y que la reacción del actor fuese proporcional a dicho peligro²³. Asimismo, algunos de los miembros de la Comisión apuntaron que para la procedencia de la coacción, la naturaleza de la exigencia demandada debía ser absoluta²⁴, y que el estado de necesidad era completamente irrelevante²⁵, añadiendo que la causa de fuerza mayor excluía el *actus reus*, debido a la falta de una conducta positiva²⁶.

Por su parte, en el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional Permanente de 1994, también elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, apenas se incluyó una corta disposición relacionada con el “Derecho Aplicable”²⁷. En atención a ello, un grupo de *ius* penalistas desarrollaron un Proyecto alternativo de Estatuto durante 1995 y 1996, el cual contenía principios generales de derecho penal, incluidos los relacionados con las excluyentes de responsabilidad penal²⁸. Varias de estas propuestas fueron incluidas en el Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional de 1996²⁹, y después de varias sesiones, el Comité elaboró el proyecto final del artículo 31 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual, en 1998, fue sometido a la Conferencia de Plenipotenciarios en Roma³⁰. Como consecuencia de lo anterior, las primeras eximentes de responsabilidad que

¹⁹ ESER, A., “The Need for a General Part”, en BASSIOUNI, M. C., (Ed.), *Commentaries on the International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Érès, Toulouse, 1993, p. 43.

²⁰ NACIONES UNIDAS, Documento A/RES/897/(IX), Resolución de la Asamblea General sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 54ª Sesión Plenaria, 4 de diciembre de 1954, artículo 2.1.

²¹ NACIONES UNIDAS, Documento A/46/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en su 43 Período de Sesiones, 29 de abril a 19 de Julio de 1991, pp. 213 a 270.

²² NACIONES UNIDAS, Documento A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 1), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, vol. II (Segunda Parte), pp.17 a 80.

²³ AMBOS, K., “Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 1003-1048.

²⁴ *Ibidem.*, p. 1016.

²⁵ *Idem.*

²⁶ NACIONES UNIDAS, Documento A/CN.4/404*, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad [Tema 5 del Programa], Quinto Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad por el Sr. Daudou Thiam, Relator Especial, 17 de marzo de 1987, p. 7.

²⁷ NACIONES UNIDAS, Documento A/49/10 (F), Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, artículo 33, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 46º Período de Sesiones, celebrado del 2 de mayo al 22 de Julio de 1994.

²⁸ AMBOS, K., “Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint”, *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 519-544.

²⁹ *Idem.*

³⁰ NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/2/Add.1, Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, artículo 31, Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 14 de abril de 1998.

se plantearon durante los Juicios de Núremberg tuvieron que ser reguladas por medio de la jurisprudencia emitida por dicho Foro y, posteriormente, por la misma vía, éstas fueron ampliadas y analizadas con mayor profundidad por los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como por los Tribunales híbridos o mixtos como el de Sierra Leona o Líbano, pues tampoco en ninguno de los Estatutos de dichos Tribunales se contemplaron las eximentes de responsabilidad. Conforme a lo anterior, en Derecho internacional penal se hallan como eximentes de responsabilidad: la necesidad militar³¹, la obediencia de órdenes

³¹ Sin duda la regulación de la necesidad militar como eximente de responsabilidad ha evolucionado, tal como también lo ha hecho, en general, el Derecho Internacional Penal. Así, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, ésta fue regulada como una excepción a la regla de no atacar civiles o propiedades civiles, la cual se actualizaba cuando ello fuese necesario para asegurar una ventaja militar. Al respecto el artículo 23, inciso g, del Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 18 de octubre de 1907, señala: “...Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, está particularmente prohibido: [...] (g) Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra...” (La traducción es propia). Por su parte, el artículo II, fracción I, inciso (b) de la Ley No 10 del Consejo de Control Aliado, de 20 de diciembre de 1945, establecía: “...Cada uno de los siguientes actos es reconocido como un crimen: [...] (b) Crímenes de Guerra. Atrocidades u ofensas contra personas o bienes que constituyan violaciones a las leyes o usos de la guerra, incluidos, entre otros, el asesinato, los malos tratos o la deportación de población civil del territorio ocupado para obligarla a realizar trabajos forzados o para cualquier otro fin, el asesinato o el maltrato de personas prisioneras de guerra o personas en el mar, la privación de la vida de rehenes, el saqueo de propiedad pública o privada, la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o la devastación no justificada por necesidad militar...” (La traducción es propia). Finalizada la Segunda Guerra Mundial diversas resoluciones de distintos tribunales sostuvieron que tales tácticas eran, en la práctica, admisibles en ciertos casos, esto es, cuando las mismas eran llevadas a cabo en circunstancias excepcionales y exclusivamente por legítimas razones militares, por lo que, las mismas resoluciones condenaban severamente el recurso a medidas de devastación arbitrarias, excesivas o que no estuvieran garantizadas por operaciones militares, tal como se constata en: PICTET, J. S. (Ed.), *Comentarios a la IV Convención de Ginebra relativa a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1958, p. 302.

Con posterioridad a ello, el Tribunal Internacional Penal para la antigua-Yugoslavia, inicialmente, adoptó el criterio jurisprudencial creado por los Tribunales post-Segunda Guerra Mundial, al señalar que: “...Atacar civiles o propiedades civiles es un crimen cuando no se encuentra justificado por la necesidad militar...” (La traducción es propia), véase: TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA-YUGOSLAVIA, Fiscal vs Tihomir Blaskic, (IT-95-14-T), sentencia de juicio de 3 de marzo de 2000, párr. 180. Este criterio posteriormente fue reiterado por dicho Tribunal al resolver el caso Kordic & Cerdez, afirmando que: “...En breve, los ataques que se encuentran prohibidos son aquellos dirigidos deliberadamente contra civiles u objetivos civiles en el curso de un conflicto armado y no se encuentran justificados por una necesidad militar...” (La traducción es propia), consúltese: TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA-YUGOSLAVIA, Fiscal vs Kordic & Cerdez, (IT-95-14/2), sentencia de juicio 26 de febrero de 2001, párr. 328. Sin embargo, el citado Tribunal al resolver el caso Galic se alejó del criterio adoptado en los casos Blaskic y Kordic, señalando que: “...el artículo 51(2), del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, establece en términos claros que los civiles y la población civil como tales no deben ser objeto de ataques. Éste no menciona ninguna excepción. Particularmente, éste no contempla la derogación de dicha regla a través de invocar la necesidad militar...” (La traducción es propia), véase: TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA-YUGOSLAVIA, Fiscal vs Stanislav Galic, (IT-98-29-T), sentencia de 5 de diciembre de 2003, párr. 44. Consecuentemente, a raíz de estas últimas resoluciones quedaron jurisprudencialmente prohibidos los ataques directamente dirigidos contra civiles y propiedades civiles y, con ello, la necesidad militar pasó a regularse en términos de considerar si la afectación causada a civiles o bienes civiles en ataques indiscriminados (esto es, un ataque dirigido sin distinción contra civiles (y/u objetivos civiles) y militares (y/u objetivos militares) podría ser excusada por la ventaja militar obtenida con dicho ataque. En este sentido, en el párrafo 58 de la sentencia antes citada, el Tribunal señaló que: “...determinar si un ataque es proporcionado requiere una determinación en cuanto a si una persona razonablemente bien informada en las circunstancias del perpetrador real, haciendo un uso razonable de la información disponible para él o ella, podría haber esperado excesivas bajas civiles como resultado del ataque...” (La traducción es propia).

superiores³², las represalias legales (que incluyen el empleo de armas prohibidas, como

³² En los juicios de Núremberg y en las subsecuentes codificaciones de la materia (sin incluir al Estatuto de Roma de 1998) se consideró que la obediencia de órdenes superiores no excluía de responsabilidad penal a quienes cometieron crímenes internacionales, pues ésta sólo era considerada una atenuante de la pena. Así, el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, disponía: “...El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero ello podrá considerarse una atenuante de la pena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige...” (La traducción es propia). Por su parte, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de 19 de Enero de 1946, establecía que: “...Ni la posición oficial, en cualquier momento, de un acusado, ni el hecho de que un acusado actúe de conformidad con una orden de su gobierno o de un superior será, en sí mismo, suficiente para liberar a dicho acusado de la responsabilidad de cualquier delito del que esté acusado, pero tales circunstancias pueden considerarse en la mitigación de la pena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige...” (La traducción es propia). El IV Principio de Núremberg señala: “...El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción...” (La traducción es propia). *Vid.* NACIONES UNIDAS, Documento A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1950, vol. II, pp. 374-378. El artículo 7(4) del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Antigua-Yugoslavia y el artículo 6(4) del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda, en similares términos señalan que: “...El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad...” Sin embargo, a propuesta de la delegación de Estados Unidos, una versión más sofisticada de las órdenes superiores sería incluida en el artículo 33 del Estatuto de Roma como una excluyente de responsabilidad; dicho artículo estipula: “...1. *Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.* 2. *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas...*”

respuesta a graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario)³³, el *tu-quoque*³⁴, y la minoría de 18 años edad por parte del inculpado³⁵, la incapacidad mental (enfermedad o

³³ Ambos conceptualiza a las represalias como: "...aquellas medidas coercitivas que normalmente son contrarias al derecho internacional pero pueden ser consideradas legalmente permisibles si éstas son adoptadas como último recurso y como una respuesta adecuada a una previa violación del derecho internacional..." (La traducción es propia). AMBOS, K., "Defences in International Criminal Law", en BROWN, B., (Ed.) *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2011, pp. 299-329, en particular, p. 325. Ahora bien, a pesar de que las represalias se encuentran prohibidas por el artículo 20 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, de 8 de Junio de 1977, en los términos siguientes: "...Se prohíben las represalias contra las personas y los bienes protegidos por el presente Título...", lo cierto es que el Protocolo Adicional I no ha sido ratificado por todas las principales potencias militares del globo, destacando en este sentido la ausencia de: Estados Unidos, India, Israel y Turquía, de ahí que resulte cuestionable que la prohibición de las represalias contenida en el citado Protocolo I pueda ser considerada una costumbre internacional; por lo que, existe la posibilidad de que esta eximente de responsabilidad pueda ser aplicada por la Corte Penal Internacional, a la luz del artículo 31.3. del Estatuto de Roma, el cual señala: "...En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21...", máxime que las represalias están permitidas, bajo ciertas condiciones, por los manuales militares y normatividades internas de un considerable número Estados, entre los que se encuentran: Australia, Bélgica, Benín, Canadá, República Centro Africana, Chad, Croacia, Ecuador, Francia, Alemania, Hungría, Indonesia, Kenia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Perú, Sudáfrica, España, Togo, Ucrania, Reino Unido, Estados Unidos, e Italia. Vid. INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Practice Relating to Rule 145. Reprisals*, en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule145_sectionb, (sitio consultado por última ocasión el 22 de Febrero de 2018). Luego entonces, resulta relevante advertir que el TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA-YUGOSLAVIA, al resolver el caso Fiscal vs Kupreskic y otros, (IT-95-16-T), sentencia de 14 de Enero de 2000, párr. 528, determinó que las represalias, como eximente de responsabilidad, están sujetas al cumplimiento de ciertas exigencias, a saber: "...(a) el principio por el cual éstas deben ser el último recurso en tratar de imponer al adversario el cumplimiento de las normas internacionales (lo que implica, entre otras cosas, que sólo pueden ejercerse después de que se haya dado una advertencia previa que no haya provocado la interrupción de los crímenes cometidos por el adversario); (b) la obligación de tomar precauciones especiales antes de implementarlas (pueden tomarse sólo después de que se haya tomado una decisión al más alto nivel político o militar, en otras palabras, no pueden ser decididas por los comandantes locales); (c) El principio de proporcionalidad (que implica no sólo que las represalias no deben ser excesivas en comparación con el acto de guerra ilegal que les precede, sino también que deben detenerse tan pronto como se haya suspendido ese acto ilegal); y (d) consideraciones elementales de humanidad..." (La traducción es propia).

³⁴ El *tu-quoque* ("tú también") tradicionalmente ha mantenido el propósito de excluir la responsabilidad internacional penal por la comisión de crímenes de guerra, bajo el argumento de que el adversario en un conflicto armado ha cometido crímenes similares a los cometidos por el acusado; sin embargo, también ha sido empleado para socavar la legitimidad política de los tribunales e, incluso, para preservar la historia desde la perspectiva de los perdedores de los conflictos armados. De esta manera, a lo largo de los juicios de Núremberg y de Tokio, y en varios de los juicios incoados con posterioridad, el *tu-quoque* fue empleado para sostener que los juicios sólo se centraron en los bandos perdedores de la guerra, pese a que los ganadores de la guerra habían cometido crímenes similares a los perpetrados por los acusados. La alusión al lanzamiento de las bombas atómicas sobre población civil en Hiroshima y Nagasaki y, las consecuencias catastróficas de ello, sin que tales actos fuesen juzgados y sancionados, fue cuestionado arduamente en los juicios de postguerra. Vid. WOLFGANG, K., *Doble Standards: International Criminal Law and the West*, TOAEP, Bruselas, 2015, p. 14. No obstante, el *tu-quoque*, como excluyente de responsabilidad, frecuentemente ha sido rechazado por los tribunales, bajo el argumento de que la reciprocidad de los crímenes internacionales es irrelevante para el derecho internacional, en tanto éstos violentan normas de *ius cogens* y obligaciones de carácter *erga omnes*. Bajo esta idea, el TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA-YUGOSLAVIA, en el caso Fiscal vs Kupreskic y otros, *Op. Cit.*, párrs. 518 y 520, estipuló que el *tu-quoque* es inconsistente con "...la naturaleza absoluta de la mayoría de las obligaciones impuestas por las normas del derecho internacional humanitario [...] En tanto dichas normas prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, las mismas son normas de *ius cogens* y, por tanto, poseen un carácter inderogable y primordial; el reconocimiento del principio del *tu-quoque* no sólo afectaría la eficacia del derecho internacional penal, sino haría irrelevante el carácter obligatorio de importantes normas [...] Así, el principio del *tu-quoque* no puede constituir una defensa válida en lo absoluto..." (La traducción es propia). Contemporáneamente, el *tu-quoque* fue argumentado ante la Corte Penal Internacional, en el caso Lubanga, en relación al cargo de reclutamiento de niños soldados, pero éste no procedió. Al respecto, véase CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal vs Thomas Lubanga Dyilo, Decisión sobre la Solicitud del Fiscal de una Orden de Revelación del Material del *Tu Quoque* conforme a la Regla 77, Doc. N°ICC-01/04-01/06, 2 de octubre de 2009, párr. 24. En el caso Bemba y otros, en el cual Bemba fue acusado de otorgar incentivos económicos a sus testigos, la defensa tuvo éxito al solicitar la revelación de ciertos pagos que también el Fiscal hizo a sus testigos y, con ello, la eximente de responsabilidad basada en el *tu-quoque* fue admitida sólo para este cargo, aunque ello no implica que éste vaya a ser admitido por la Corte respecto a los crímenes internacionales de su competencia. Vid. CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal vs Bemba y otros, Decisión sobre la Solicitud de la Defensa de Revelación de Información Concerniente a Catorce Testigos, Doc. N°ICC-01/05-01/13, 24 de agosto de 2015, párr. 19. Sin embargo, YEE sostiene que el *tu-quoque* en la actualidad aún puede ser empleado exitosamente, no como una eximente de responsabilidad, pero sí como una eximente de sanción, argumentando que dicho enfoque fue sostenido por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg en el juicio incoado en contra de los Almirantes Donitz y Raeder, quienes fueron considerados culpables de participar en una guerra submarina sin restricciones, pero no fueron sancionados por dicho crimen, debido a que fue planteado ante el Tribunal que almirantes británicos y la fuerza naval estadounidense desplegaron conductas similares. Vid. SIENHO, Y., "The Tu Quoque Arguments as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment", *Chinese Journal of International Law*, vol. 3, Tema 1, 1 de Enero de 2004, pp. 87-134.

³⁵ La minoría de 18 años edad de un acusado ante la Corte Penal Internacional sólo impide que dicho Tribunal ejerza su jurisdicción y, por tanto, en estricto sentido es un argumento defensivo de índole procesal y no sustantivo, por lo que no constituye una eximente de responsabilidad en Derecho Internacional Penal, pues cabe la posibilidad de que el inculpado sea juzgado por tribunales nacionales (cuando la legislación interna de un determinado Estado lo permita) o por otro tribunal internacional con competencia para ello.



deficiencia mental)³⁶, el estado de intoxicación³⁷, la legítima defensa³⁸, el desistimiento de ejecutar la conducta o impedir que ésta se lleve a cabo³⁹, la coartada⁴⁰, el consentimiento de la víctima⁴¹, así como el error de hecho⁴², el error de derecho⁴³, la coacción y el estado de necesidad⁴⁴.

³⁶ La enfermedad o deficiencia mental, que se halla normada a través del artículo 31, inciso “a” del Estatuto de Roma, al disponer que: “...**Artículo 31. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.** Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una enfermedad o 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...”

³⁷ El estado de intoxicación se contempla en el numeral 31, inciso “b”, del Estatuto de Roma, al señalarse que: “...**Artículo 31. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.** Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: [...] a) 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, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera...”

³⁸ La legítima defensa se encuentra regulada a la luz del artículo 31, inciso “c”, del Estatuto de Roma, el cual señala que: “...**Artículo 31. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.** Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: [...] c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado...”

³⁹ El artículo 25(3), inciso “f”, del Estatuto de Roma regula esta eximente de responsabilidad, estableciendo que: “...**Artículo 25. Responsabilidad penal individual** [...] 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...] f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo...”

⁴⁰ La coartada se basa en demostrar que el acusado se encontró en lugar distinto, durante la misma secuela de tiempo, de aquel donde se cometió el delito que se le imputa. Al respecto, consúltese: BURKE, T.; TURTLE, J., “Alibi Evidence in Criminal Law Investigations and Trial: Psychological and Legal Factors”, *Canadian Journal of Police and Security Service*, vol. 1, No 3, 2003, pp. 193-200. Por sus características, la coartada no tiene cabida en la distinción entre causas de justificación y excluyentes de culpabilidad. *Vid.* O’REILLY, A., “Affirmative Defenses in International Criminal Proceedings”, en ROHAN, COLLEEN y ZYBERI, GENTIAN (Eds.) *Defense Perspectives on International Criminal Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2017, pp. 475-518, en particular, p. 502. Acordes con lo anterior, el TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA-YUGOSLAVIA, en el caso Fiscal vs Delalic y otros, (IT-95-21-A), sentencia de 20 de febrero de 2001, párr. 581, estipuló que: “...Si un acusado plantea una coartada, simplemente ésta negando que estaba en condiciones de cometer el delito que se le imputa [y, por tal motivo, la coartada] no es una defensa en sentido estricto. Al plantear esta cuestión, el acusado no hace más que requerir que la Fiscalía elimine la posibilidad razonable de que la coartada sea cierta...” (La traducción es propia y el corchete es añadido). Por su parte, el TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, al resolver el caso Fiscal vs Ndirabware, (ICTR-99-54-T), sentencia de 20 de diciembre de 2012, párr. 46, señaló que: “...Un acusado no tiene la carga de probar su coartada más allá de toda duda razonable. Por el contrario, simplemente debe presentar evidencia tendiente a demostrar que él no estaba presente en el momento del presunto delito, o en todo caso, debe presentar evidencia que pueda generar una duda razonable respecto a la acusación formulada por el Fiscal. Si la coartada es razonablemente cierta, ésta debe ser aceptada...” (La traducción es propia). La coartada ha sido una de las defensas más recurridas en Derecho Internacional Penal; tan sólo ante los Tribunal *ad hoc*, la misma fue planteada en más de catorce casos. Sin embargo, en muy contadas ocasiones el planteamiento de una coartada ha tenido éxito, debido al alto nivel de especificidad (relacionada con la ubicación del acusado en momentos particulares) que ha sido exigido por los tribunales. Al respecto, consúltese O’REILLY, A., *Op. Cit.*, p. 504. La ausencia de la regulación de la coartada en el artículo 31 del Estatuto de Roma es notable; no obstante, es muy probable que la misma sea planteada ante la Corte Penal Internacional a la luz de la cláusula residual señalada en el artículo 31(3) de dicho Estatuto.

⁴¹ El consentimiento de la víctima sólo puede eximir de responsabilidad penal cuando ésta pueda disponer de manera exclusiva del bien jurídico que protege la norma que tipifica el delito, por tanto, si dicha norma protege un bien jurídico de interés colectivo, el mero consentimiento de la víctima no puede eximir de responsabilidad penal al autor del delito, pues se trata de un bien jurídico del cual no puede disponer de forma exclusiva la víctima, pues éste pertenece a entidades colectivas como los Estados o las sociedades. Consecuentemente, si los crímenes internacionales afectan intereses colectivos como la paz y la seguridad internacionales, el consentimiento de una sola persona que fue afectada de manera directa por un crimen de dicha naturaleza, *prima facie*, no puede eximir de la responsabilidad penal al autor de tal conducta ilícita, incluso, en el caso de crímenes cuya descripción típica exige para su materialización la ausencia del consentimiento de la víctima, como los delitos de carácter sexual o aquellos relacionados con la privación de la libertad. *Vid.*, AMBOS, K., “Defences in International Criminal Law”, *Op. Cit.*, p. 328. Sumado a ello, resulta difícil de establecer que en una atmósfera de conflicto armado (en donde generalmente ocurren los crímenes internacionales) pueda generarse el legítimo consentimiento de una persona por padecer un crimen internacional, debido a que las circunstancias inherentes a un conflicto armado pueden generar por sí mismas coerción sobre dicha persona o viciar su consentimiento. Bajo esta idea, el TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA, en el caso Fiscal vs Jean-Paul Akayesu, (ICTR-96-4-T), sentencia de 2 de septiembre de 1998, párr. 688, consideró que: “...el incidente

Ahora bien, aunque se debe reconocer la importancia que reviste la labor jurisprudencial realizada por los tribunales internacionales y los esfuerzos de codificación implementados por la Organización de las Naciones Unidas, lo cierto es que el Estatuto de Roma constituye la primera legislación vigente en Derecho internacional penal que regula con cierta amplitud y certeza jurídica las eximentes de responsabilidad penal.

Acordes con lo anterior, es posible advertir que el Derecho internacional penal consuetudinario muestra la existencia de varios argumentos que se pueden invocar a favor de un acusado, a fin de eximirlo de responsabilidad penal. Éstos pueden clasificarse en atención a la naturaleza local o internacional de la norma que los fundamenta. Así, por una parte, se encuentran los “argumentos defensistas con fundamento de Derecho internacional” como la necesidad militar, la obediencia de órdenes superiores, las represalias legales, el *tu-quoque*, y la minoría de 18 años edad por parte del inculpado. Por otro lado, se hallan los “argumentos defensistas con fundamento de Derecho penal” como la incapacidad mental, el estado de intoxicación, la legítima defensa, la coacción, el estado de necesidad, el desistimiento de ejecutar la conducta o impedir que ésta se lleve a cabo, la coartada, el consentimiento de la víctima, así como el error de hecho y el error de derecho; estos últimos argumentos se caracterizan por tener su origen en el derecho interno, estar contemplados de manera general en los principales sistemas jurídicos de mundo, y (salvo los argumentos relativos al consentimiento de la víctima y la coartada) por haber sido recientemente cristalizados en el Estatuto de Roma bajo el nombre de “eximentes de responsabilidad”.

En este sentido, las eximentes de responsabilidad que no han sido expresamente incluidas en el Estatuto de Roma, podrán ser tomadas en cuenta por la Corte Penal Internacional, de conformidad con la interpretación conjunta de los artículos 31(3) y 21 del Estatuto de Roma, siempre que éstas se desprendan del derecho aplicable por la Corte, en el que se encuentran los principios generales del derecho que deriven del derecho interno de los

descrito por el testigo KK en el cual el Acusado ordenó a la milicia Interahamwe desnudar a una estudiante y obligarla a realizar ejercicios gimnásticos en el patio público de la oficina comunal, frente a una multitud de personas, constituye violencia sexual. El tribunal destaca que en este contexto las circunstancias coercitivas [requeridas para la acreditación de los delitos de carácter sexual] no requieren ser acreditadas a través de la imposición de la fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción causadas por el miedo o la desesperación pueden constituir coerción, y la coerción puede ser inherente a ciertas circunstancias, tales como las que imperan en el conflicto armado...” (El corchete es añadido y la traducción es propia). Posteriormente, el citado Tribunal determinó que: “... en la mayoría de los casos en los cuales se imputan crímenes internacionales, incluidos el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, de manera casi universal se generan circunstancias de coerción...” (La traducción es propia). *Vid.*, TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA, caso Fiscal vs Muhimana, (ICTR-95-1B-T), sentencia de 28 de Abril de 2005, párr. 546.

⁴² El error de hecho se contempla en el artículo 32(1) del Estatuto de Roma, el cual manifiesta: “...**Artículo 32. Error de hecho** [...] 1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen...”

⁴³ El error de derecho se encuentra plasmado en el artículo 32(2) del Estatuto de Roma, al señalar que: “...**Artículo 32.** [...] **Error de derecho** 2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto...”

⁴⁴ La coacción y el estado de necesidad fueron plasmados de manera fusionada en el artículo 31, inciso “d”, del Estatuto de Roma, el cual manifiesta: “...**Artículo 31. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.** Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: [...] a) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control...”

sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen de que se trate, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto de Roma, el derecho internacional, ni con las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

Finalmente, también es posible advertir los “argumentos defensistas prohibidos expresamente por el Estatuto de Roma”, entre los que están: el cargo oficial y las inmunidades con arreglo al derecho interno o al Derecho internacional (artículos 27.1 y 27.2 del Estatuto de Roma).

III. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL: ¿DEBE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DISTINGUIR JURISPRUDENCIALMENTE ENTRE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD?

Más allá de la evidente distinción entre las estrategias de defensa basadas en aspectos sustantivos y las relativas a cuestiones procesales, así como aquellas concernientes a la mitigación de la pena, la mayoría de los sistemas jurídicos del globo, particularmente los pertenecientes al *civil law*, distinguen entre dos categorías de argumentos defensistas de orden sustantivo: las causas de justificación y las causas de exclusión de culpabilidad.

Esta distinción muy probablemente atiende a que la mayoría de los sistemas con tradición de *civil law* construyen la acreditación de los actos delictivos por medio de un estándar probatorio muy estricto, que obliga a la corroboración de tres elementos esenciales del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. La tipicidad implica que para que una conducta pueda ser considerada como delito, la misma debe estar previamente positivada a manera de hipótesis normativa en la ley penal y, posteriormente, debe realizarse la adecuación de un hecho cometido con la citada hipótesis⁴⁵. Por su parte, la antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico, y que por tanto, no puede ser permitido (justificado) bajo ninguna razón, ya sea de tipo política, social o jurídica⁴⁶. Finalmente, la culpabilidad o capacidad de culpa se basa en que el autor de la infracción penal posea todas las facultades mínimas requeridas para poder ser obligado en sus actos por el ordenamiento normativo o bien que no le resulte racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó (a fin de excluir su culpa), en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho⁴⁷.

Las causas de justificación excluyen la responsabilidad penal de una persona que cometió un acto que satisface todos los elementos de la descripción típica de un delito, pues constituyen preceptos permisivos que autorizan la realización de un hecho, en principio, prohibido (*actus reus*); éstas combaten la antijuridicidad del acto cometido; un ejemplo de ello lo constituye la legítima defensa⁴⁸.

Para CASSESE las causas de justificación responden a que la sociedad y el sistema jurídico creado por ella, prefiere un resultado que sea más benéfico que perjudicial, pues señala que cuando una persona priva de la vida a otra, bajo el empleo de la legítima defensa, la muerte

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 251-303.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Un destacado análisis de las causas de justificación en Derecho Internacional Penal puede encontrarse en: SCALIOTTI, M., “Defences before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility - Part 1” *International Criminal Law Review*, vol. 111, 2001, pp. 111-118.

del atacante es considerada como algo menos negativo que la muerte de la persona que fue atacada ilícitamente⁴⁹. Sin embargo, la citada visión es del tipo monista, pues pretende reducir todas las causas de justificación a un principio único: la preferencia social de un resultado más benéfico que perjudicial; las teorías monistas que intentan fundamentar las causas de justificación (entre las que se hallan: el empleo de medios adecuados para un fin lícito, el resultado de más beneficio que perjuicio, y de ponderación de bienes) actualmente han sido abandonadas por utilizar conceptos imprecisos e incapaces de explicar por sí mismos la naturaleza de todas las causas de justificación en particular, debido a que cada una de ellas responde a ideas sociales, políticas y económicas diferentes o a la combinación de varias de éstas. La doctrina dominante actualmente atiende a varios principios generales reguladores, comunes a diversos grupos de causas de justificación de la misma especie o similares en su punto de partida, y las clasifica luego en función de estos principios. Así, las causas de justificación se suelen clasificar según predomine en ellas el principio de la ausencia de interés o el principio del interés preponderante⁵⁰. En las primeras, el hecho queda justificado porque el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica renuncia a la protección jurídica en el caso concreto (caso del consentimiento de la víctima). En las segundas, el hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor valor (verbigracia, la necesidad militar). Sin embargo, tales principios no son los únicos que fundamentan todas las causas de justificación, pues paralelos a ellos corren los principios de “preminencia del Derecho”, “proporcionalidad”, y de “necesidad”, entre otros⁵¹. Por consiguiente, cada causa de justificación en particular debe analizarse de manera individual para desvelar su deontología, pues como se ha demostrado no existe un fundamento único de todas las causas de justificación.

Por su parte, las causas de exclusión de la culpa son disposiciones que, a pesar de aceptar la antijuridicidad del hecho perpetrado, evitan la culpabilidad de quien lo ejecutó, por considerar que dicha persona, al momento de llevar a cabo la conducta típica y antijurídica, no puede ser considerada culpable de la misma, porque es incapaz de reconocer la ilicitud de su conducta, debido a que no goza de las facultades mínimas requeridas para ser guiado en sus actos por los mandatos normativos, o bien porque no puede exigírsele una conducta diversa a la que llevó a cabo⁵², por lo tanto, en las causas de exclusión de la culpa el elemento mental (*mens rea*) de los crímenes internacionales no puede existir⁵³.

Tal como ocurre en las causas de justificación, la deontología de las todas causas de exclusión de la culpa tampoco responde a un único principio. En este sentido, FLETCHER sostiene que: una buena teoría de las causas que excluyen la culpa debe explicar por qué algunas circunstancias son consideradas excluyentes, mientras otras no lo son⁵⁴.

Así, en forma concreta se puede decir que la diferencia entre las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpa estriba, de manera general, en que las últimas se centran en el inculpado, mientras las primeras se enfocan a la conducta desplegada por aquél. Ello implica que las causas de justificación excluyen de toda responsabilidad penal al hecho cometido por el inculpado, no por alguna característica o atributo del inculpado, sino porque su conducta, que *prima facie* es ilícita (*actus reus*), se encuentra *per se* justificada por la norma. En cambio, las causas de exclusión de la culpa eliminan la responsabilidad penal del acusado,

⁴⁹ CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 255.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M., *Op. Cit.*, pp. 309-310.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Sobre las causas de exclusión de la culpa en Derecho Internacional Penal consúltese: CRYER, R., *et al*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3ª edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2014, pp. 398-399.

⁵³ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *Op. Cit.*, p. 256.

⁵⁴ FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, p. 799.

debido a que algunas características que posee éste, impiden sostener de manera firme la existencia del elemento mental (*mens rea*) del crimen, o bien, porque no pueda exigírsele al sujeto activo del delito una conducta diversa a la que llevó a cabo.

Ahora bien, es indispensable apuntar que la distinción entre causas de justificación y exclusión de la culpa no es acogida por todos los sistemas penales del mundo. El caso más importante en este sentido lo constituyen los Estados que mantienen el sistema jurídico anglosajón (en adelante *common law*), en donde sólo se emplea de manera amplia y genérica el concepto de “defensa”⁵⁵. En este sentido, el concepto de defensa anglosajón incluye cualquier argumento sustantivo como procesal que impida el enjuiciamiento o la sanción del acusado. La ausencia de una distinción entre las causas de justificación y las de exclusión de la culpa en el *common law* ha sido atribuida al poco interés que se tiene sobre el tema, debido a que el sistema anglo-americano de justicia penal emplea la figura jurídica del “jurado”, en donde de manera taxativa se examina si el acusado es culpable o inocente⁵⁶. Esta idea también parece haber sido sostenida por los redactores del Código Penal Modelo Estadounidense de 1962, pues los mismos hicieron explícito su escepticismo respecto a la existencia de líneas distintivas entre causas de justificación y de exclusión de la culpa, añadiendo que aun cuando existan las mismas, el resultado de crear dicha distinción arrojaría mayores perjuicios que beneficios, pues ello incrementaría la complejidad del sistema⁵⁷.

Por su parte, el Estatuto de Roma esencialmente sigue la tradición del *common law* y, por ende, aunque contempla diversas causas de justificación y de exclusión de la culpa, no distingue ni sugiere ninguna forma de clasificación de las mismas. Sin embargo, gran parte de la doctrina más autorizada sobre el tema, particularmente la proveniente de países con tradición de *civil law*, es coincidente en afirmar que la distinción aludida debe ser tomada en consideración, a través de la vía jurisprudencial, por la Corte Penal Internacional a la hora de interpretar disposiciones relevantes del Estatuto, los Elementos del Crimen, y sus Reglas de Procedimiento y Prueba, así como las normas y principios de Derecho internacional, en particular, las derivadas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, e incluso, los principios generales del derecho que deriven del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen competencia de la Corte⁵⁸.

Para AMBOS esta distinción resulta especialmente necesaria en tratándose de la “coacción” y la “legítima defensa” relacionada con el asesinato de personas inocentes⁵⁹.

De manera coincidente, CASSESE señala tres específicas consecuencias prácticas que arrojaría la aplicación de la distinción aludida en el Derecho Internacional Penal de carácter sustantivo:

1.La participación (inducción, cooperación o complicidad) también estará justificada cuando el acto del autor se encuentre justificado, sencillamente porque la conducta principal no es antijurídica. Sin embargo, cuando un acusado hace valer exitosamente una causa de exclusión de la culpa, un partícipe puede ser responsable del crimen excluido. Este podría ser el caso de un oficial militar quien, sabiendo que su superior ha ordenado fusilar sin previo juicio a

⁵⁵ SLIEDREGT, E., *Defences in International Criminal Law*, ensayo presentado en la Conferencia intitulada “Convergence of Criminal Justice Systems: Building Bridges Bridging the Gap”, The International Society for The Reform of Criminal Law, 25 de Agosto de 2003, p. 2.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, Washington D.C., 1985, pp. 2-4.

⁵⁸ *Vid.* ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 17 de Julio de 1998, artículo 21.1.

⁵⁹ AMBOS, K., “Defences in International Criminal Law”, *Op. Cit.*, pp. 301-317.

un grupo de espías (lo cual constituye una conducta ilícita a la luz del Derecho Internacional Humanitario) provee vehículos para transportar a los espías al lugar de ejecución; ubicación en donde otro oficial militar dirige el fusilamiento sin saber que la orden de ejecución es ilícita (por creer que los prisioneros han sido juzgados y sentenciados, por la vía castrense, a pena de muerte). Ante esta situación, el primer oficial podría ser juzgado y sancionado por la comisión de un crimen de guerra, mientras el segundo oficial, que dirigió el fusilamiento, puede argumentar el “error de hecho”, como causa que excluye la culpabilidad⁶⁰.

2. La legítima defensa desplegada estará autorizada (siempre que cumpla con los requisitos esenciales de ésta) pese a que la conducta delictiva que se repete pueda generar una causa de exclusión de la culpa. Por ejemplo, una persona que se percata de estar a punto de ser privada de la vida por otra que se encuentra involuntariamente intoxicada, se encuentra perfectamente justificada para dispararle y repeler proporcionalmente la agresión que está a punto de sufrir, a la luz de la legítima defensa. En contraste, la legítima defensa alegada por la víctima de un crimen no está permitida cuando dicha conducta ilícita se encuentra salvaguardada por una causa de justificación; cuestión que podría ejemplificarse con el caso de un prisionero de guerra, quien trata de escapar (actualizando con ello una conducta prohibida por el Derecho Internacional Humanitario), y asesina a un guardia que estaba a punto de dispararle, a fin de prevenir que escapara. Así, el prisionero de guerra se encuentra impedido para argumentar la legítima defensa, en tanto el guardia estaba a punto de realizar una conducta justificada jurídicamente⁶¹.

3. Las causas de exclusión de la culpa no eliminan la posibilidad de la imposición de una condena al pago de la reparación del daño causado a las víctimas, debido a que la conducta desplegada se considera típica y antijurídica y, por tanto, ilícita, aunque su perpetrador no sea culpable por razones de su estado mental o de que no pueda exigírsele una conducta distinta a la que llevó a cabo. Contrastantemente, las causas de justificación eliminan la posibilidad de una condena a la reparación del daño, en tanto la conducta desplegada, aunque típica, no es antijurídica y, por ende, no se considera ilícita. Este podría ser el caso de una persona que sufre una enfermedad mental y comete un asesinato; ella no será sancionada a través de la privación de la libertad, debido a una excluyente de la culpa, pero sí podrá ser condenada al pago de la reparación del daño causado a las víctimas o sus causahabientes⁶².

En torno a ello, cabe destacar que el artículo 75 del Estatuto de Roma regula la reparación a las víctimas, y en sus párrafos 2, 3 y 4 alude al “condenado”, lo cual presupone que la reparación del daño sólo procede en el caso de que el acusado sea encontrado culpable del crimen imputado y haya sido “condenado”. Ello parece indicar que el artículo 75 *prima facie* ignora la posibilidad de obligar a reparar el daño en el caso de que la Corte determine que el acusado, a pesar de haber cometido un determinado crimen, no es culpable y, por ende, no es condenado, ante la acreditación de una causa de exclusión de la culpa (como podría ser el estado de intoxicación involuntaria). Esta problemática podría solventarse, tras la interpretación que hiciera la Corte del citado artículo 75, a la luz de implementar una diferenciación sistemática entre las causas de justificación y de exclusión de la culpa.

⁶⁰ CASSESE, A., “Justification and Excuses in International Criminal Law”, en CASSESE, A., GAETA, P. Y JONES, J., *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 951-956.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Idem*.

Adicionalmente, podemos advertir otras tres prácticas consecuencias de orden sustantivo derivadas de la diferenciación entre causas de justificación y de exclusión de la culpa en Derecho Internacional Penal.

La primera, es que la existencia de una causa de justificación exige de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez demostrada la existencia de la antijuridicidad. Así, por ejemplo, la culpabilidad de un militar, que participó en el desarrollo de un conflicto armado interno, el cual es acusado de cometer un crimen de guerra por privar de la vida a un civil, sólo podrá analizarse por un tribunal, siempre que en dicho foro se haya demostrado previamente la antijuridicidad de la conducta desplegada por el acusado y, por tanto, se haya descartado cualquier causa de justificación de aquella.

La segunda, estriba en que el ámbito de las causas de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien que se permite atacar. Por tanto, toda extralimitación o exceso en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será antijurídico. En cambio, las causas de exclusión de la culpa no están limitadas de ninguna manera y, por tanto, no cabe la extralimitación por razón de su ejercicio o por razón de los bienes que lesiona la conducta ilícita. Así, el guardia militar que dispara en la pierna a un prisionero de guerra que intenta escapar de su celda se encuentra justificado para realizar tal conducta, en tanto ello sea la única forma de impedir que escape y, por ende, si existía la posibilidad de que el militar le diera alcance y detuviera prisionero con un simple golpe en las piernas, habrá exceso en la causa de justificación y la misma será antijurídica. En cambio, un militar que durante un conflicto armado dirige un ataque contra población civil (que no participa en las hostilidades) y, posteriormente, ataca una misión de asistencia humanitaria de la Cruz Roja Internacional, privando de la vida a decenas de personas, podrá ser excluido de toda culpa, a pesar de haber lesionado distintos bienes jurídicamente protegidos, sí se demuestra que al momento de cometer los crímenes de guerra citados padecía una enfermedad mental.

La tercera, versa sobre la distinta regulación que como causa de justificación o de exclusión de la culpa hacen los sistemas penales del *common law* y los del *civil law* respecto a la legítima defensa por error fáctico y el exceso en la legítima defensa, tal como se expone a continuación.

El derecho a la legítima defensa es reconocido tanto en el *civil law* como en el *common law*. Ambos sistemas disponen, de manera general, que una persona ejerce la legítima defensa frente a una conducta ilícita que de manera inminente amenaza un bien jurídico protegido (por ejemplo, la vida, la integridad personal y la propiedad) cuando ésta despliega una reacción proporcional para repeler la conducta inicial, siempre que aquella no tenga otra opción de evitar dicha conducta ilícita, y mantenga la intención de actuar, precisamente, en legítima defensa.

Sin embargo, aunque ambos sistemas otorgan, de manera general, un similar tratamiento a la legítima defensa, a la hora de regular, de manera específica, la legítima defensa por error fáctico y el exceso en la legítima defensa, difieren en aspectos significativos que implican consecuencias de suma trascendencia para las partes en el proceso. En torno a ello, FLETCHER y OHLIN apuntan que “...los elementos jurídicos de la legítima defensa toman diferentes connotaciones dependiendo de la concepción filosófica que se otorgue a su regulación...”⁶³.

⁶³ FLETCHER G. y OHLIN J., *Defending Humanity: When Forces is Justified and Why*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 55.

Así, los sistemas jurídicos pertenecientes al *common law* tradicionalmente han apostado por regular de manera unificada, como causa de justificación, a la legítima defensa (en estricto sentido), al empleo de la legítima defensa por error fáctico, y al exceso en la legítima defensa.

De esta forma, la regla tradicional del *common law* que considera como causa de justificación tanto a la “legítima” defensa por error fáctico, como a la legítima defensa, arroja como consecuencia que la persona contra la cual otra emplea la fuerza, bajo la legítima defensa generada por un error fáctico, conlleva a que la primera tenga que tolerar la agresión causada por la segunda, bajo una supuesta conducta defensiva, debido a que la norma penal justifica totalmente dicha conducta, e incluso, ignora la posibilidad de que le sea reparado el daño causado, aunque la primera persona no haya hecho nada ilícito, pues su conducta no se encuentra prohibida por la norma penal. En otras palabras, este tratamiento igualitario de la legítima defensa y del exceso en la legítima defensa hecho tradicionalmente por el *common law*, conlleva a que una persona deba padecer todas las consecuencias que implica el uso de la fuerza empleada en su contra por otra persona, incluida la privación de la vida, solamente porque esta última equivocadamente creyó (genuina o razonablemente) estar en la necesidad de defenderse de dicha persona.

Ejemplo de ello lo es el Ley Británica de Inmigración y Justicia Penal de 2008, que en su artículo 76.4, inciso b) señala:

“(1). Esta sección se aplica cuando en un proceso por un delito

a) se plantea un problema en cuanto a si una persona acusada de un delito (“D”) tiene derecho a contar con una defensa dentro de la subsección (2), y

b) se plantea la pregunta si el grado de fuerza utilizado por D en contra de una persona (“V”) era razonable en las circunstancias concretas.

(2) Las defensas son:

(a) la defensa de derecho común de la legítima defensa; y

(b) las defensas previstas por el artículo 3 (1) de la Ley Penal de 1967 (c. 58) o la sección 3 (1) de la Ley Penal (Irlanda del Norte) 1967 (c. 18 -NI-) (uso de la fuerza en prevención de un delito o para llevar a cabo un arresto).

(3) A fin de determinar si el grado de fuerza utilizado por D era razonable en atención a las circunstancias concretas, se deberán tomar en consideración las circunstancias que D creyó que existían, y los incisos (4) a (8) también aplican en relación a esta determinación.

(4) Si D afirma haber mantenido una creencia particular en cuanto a la existencia de cualquier circunstancia fáctica: La razonabilidad o no de esa creencia resulta relevante para determinar si D genuinamente la tuvo; pero

(a) Si está determinado que D genuinamente la mantuvo, D tiene derecho a confiar en ella para los efectos de la subsección (3), sin importar o no:

- (i) *Si estaba equivocado, o*
- (ii) *(Estando equivocado) si era razonable que una persona incurriera en dicho error.*⁶⁴

Por otra parte, el hecho de que los sistemas penales del *common law* han considerado tradicionalmente al exceso en la legítima defensa como una causa de justificación (al igual que a la legítima defensa), genera que la persona que se defendió de manera excesiva o desproporcional, en relación con el daño que implica la amenaza que le causa peligro, no quede amparada por la norma penal y deba ser considerada responsable por la comisión de un delito doloso⁶⁵.

En cambio, los sistemas penales pertenecientes al *civil law*, en su mayoría, han optado por hacer una diferenciación entre la legítima defensa, como causa de justificación, y el empleo de la legítima defensa por error de hecho, y el exceso en la legítima defensa, como una causa de exclusión o reducción de la culpa.

Esta diferenciación permite que la conducta desplegada por una persona que, debido a un error fáctico, equívocamente cree que será atacada por otra y, por ende, ejerce el uso de la fuerza en contra de aquella, con la intención de defenderse, sea considerada como un causa que, aunque no excluye totalmente su culpa, sí la degrada o disminuye, en tanto su actuar puede configurar lo que es considerado un “error de hecho” que actualiza una “legítima defensa incompleta o imperfecta”, la cual arroja como consecuencia sólo la imputación de un delito de índole imprudencial o culposo⁶⁶, con lo cual la persona contra la que se ejerce equivocadamente la legítima defensa no tiene que tolerar las consecuencias de dicho actuar, pues ésta conducta (al no ser considerada una causa de justificación del delito, sino una causa de exclusión de la culpa) siempre podrá ser sancionable penalmente y, por consiguiente, podrá ser merecedora de una condena a la reparación del daño, e incluso, de una de carácter privativo de libertad que, dependiendo de la gravedad del daño causado y de la importancia del bien jurídico trastocado, podrá ser sustituida por otra menos grave, como la sanción pecuniaria, el trabajo a favor de la víctima o comunidad, y el tratamiento en libertad o semilibertad, entre otras.

Respecto al exceso en la legítima defensa, cuando los sistemas penales del *civil law* la contemplan como una causa de exclusión o de reducción de la culpa, genera que, por ejemplo, a la luz del Código Penal Alemán, la persona que, “por confusión, miedo o terror”, se defendió de forma excesiva o desproporcional de una agresión inminente, no sea responsable penalmente⁶⁷; y que, por ejemplo a la luz de la legislación mexicana, sólo pueda ser imputada por la comisión del ilícito culposo o imprudencial (y no doloso); ello responde a que, aun considerando que el delito existió, la culpabilidad de quien lo cometió se considera excluida o atenuada en razón del estado psicológico de perturbación, miedo o terror bajo cual el actuó⁶⁸.

⁶⁴ PARLAMENTO DE REINO UNIDO, Ley de Justicia Penal e Inmigración 2008, 08 de mayo de 2008, capítulo 4, artículo 76 (4) (b).

⁶⁵ DRESSER, J., *et al*, *Understanding Criminal Law*, LexisNexis, Nueva Jersey, 2006, p. 249.

⁶⁶ KREBS, B., “Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, n° 3, 2013, pp. 382-410, en particular p. 395.

⁶⁷ Dicho artículo dispone: “...33. Exceso en la legítima defensa. Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión temor o miedo, entonces no será castigado...” (La traducción es propia). PARLAMENTO DE ALEMANIA, Código Penal Alemán, promulgado en el 13 de noviembre de 1998, artículo 33.

⁶⁸ Constancia de ello otorga el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (de México), emitida en la Quinta Época, con número de registro 293243, consultable en el Seminario Judicial de la Federación, Tomo CXXIX, p. 369, de rubro y texto siguientes: “LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA. En contraste a la legítima defensa, el exceso en la misma es antijurídico; y aun cuando la legítima defensa no puede darse contra la legítima defensa, se reconoce en cambio, frente al exceso en la legítima defensa. Sólo cuando el autor se ha excedido en los límites de la legítima defensa, en estado de

Las consecuencias antes apuntas (ocasionadas por considerar tradicionalmente como causas de justificación tanto a la legítima defensa, como a la legítima defensa por error fáctico y al exceso en la legítima defensa), y muy posiblemente una fuerte influencia generada por los sistemas penales del *civil law*, han conllevado a que en la actualidad las legislaciones penales del *common law* tiendan a abandonar dicha regla de corte clásico, y empiecen a adoptar la “teoría de la legítima defensa imperfecta” en casos de legítima defensa por error fáctico, que, como ya se dijo, deriva de considerar a esta última como una causa de exclusión de la culpa⁶⁹. Sin embargo, respecto a la regulación del exceso en la legítima defensa, las legislaciones penales del *common law* parecen aun seguir empleando la visión habitual de considerarla como causa de justificación.

En este sentido, las consecuencias que arroja considerar como causa de justificación tanto a la legítima defensa, como a la legítima defensa por error fáctico, y al exceso en la legítima defensa, constituyen una razón más por la cual puede resultar de suma importancia llevar a cabo la distinción entre causas de justificación y de exclusión de la culpa en Derecho Internacional Penal, a través del ejercicio jurisprudencial que de ello pueda hacer la Corte Penal Internacional.

IV. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE LAS EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA.

Partiendo de la relevancia que podría tener para el Derecho Internacional Penal la adopción de la distinción entre causas de justificación y de excluyentes de culpabilidad que ha sido formulada por los sistemas jurídicos del *civil law*, a continuación, se clasifican, a la luz de dicha distinción, las eximentes de responsabilidad contempladas en los artículos 25, 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma.

Como **causas de justificación** se advierten en el Estatuto de Roma las siguientes: i) el desistimiento de ejecutar la conducta o impedir que ésta se lleve a cabo (artículo 25, inciso “f”), ii) la legítima defensa (artículo 31, inciso “c”), iii) el error de hecho (artículo 32.1), iv) el error de derecho (artículo 32.2), v) el cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales (artículos 33.1 y 33.2).

perturbación, miedo o terror, reconoce la ley el efecto como causa, de que la acción no se considere ya como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del que actúa. Así es punible el llamado exceso extensivo, "pretexto de legítima defensa, esto es, una lesión en estado de perturbación, miedo o terror cuando objetivamente no existe, o no existe ya una situación de legítima defensa", como ocurre en el caso de la lesión causada al que huye después de consumado el ataque. Ahora bien, conforme a la legislación mexicana, se considera que hay exceso en la defensa y el mal que se causa, se convierte en delito de culpa, para los efectos de la penalidad aplicable: 1o. Cuando no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; 2o. Cuando el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa. Dicho exceso es grave o leve, y para calificarlo deberá tomarse en consideración, no sólo el hecho material, sino también el grado de agitación y de sobresalto del agredido; la hora, sitio y lugar de la agresión; la edad, sexo, constitución física y demás circunstancias del agresor y del agredido; el número de los que atacaron y de los que se defendieron, y las armas empleadas en el ataque y en la defensa. Esto no quiere decir, que por el hecho de que el homicidio perpetrado en exceso en la legítima defensa deba punirse con arreglo a la penalidad que corresponde al delito por imprudencia, que el homicidio habido participe de los elementos del delito culposo, sino sólo que el legislador hizo reenvío a éste, sólo por la levedad de la pena. El exceso en la defensa, puede ser excusable o culpable. El que se ha excedido de los límites impuestos por la ley, o por la necesidad, es responsable del hecho con la disminución establecida en la legislación positiva. El exceso doloso o culpable, descarta la defensa legítima, y el hecho debe reputarse como intencional y no como de culpa. El exceso excusable, comprende el cálculo negligente, la imprudencia, etc. El exceso doloso comprende la venganza, la ira. Así para considerarse la defensa como delito de culpa y estimarse si hubo o no necesidad racional del medio empleado, debe atenderse el estado de ánimo del agente por consideraciones de psicología social y psicología individual; es necesario que se ejecute el hecho seguido de un acto de provocación, y que la provocación sea injusta."

⁶⁹ DRESSER, J., et al, *Op. Cit.*, p. 239.

Por su parte, en el Estatuto de Roma se encuentran como **causas de exclusión de la culpa** las siguientes: i) la enfermedad o deficiencia mental (artículo 31, inciso “a”), y ii) el estado de intoxicación (numeral 31, inciso “b”).

Finalmente, resulta necesario señalar que la coacción y el estado de necesidad generalmente son ubicados, en los sistemas jurídicos internos de los Estados pertenecientes al *civil law*, como dos distintas eximentes de responsabilidad, otorgándosele a la coacción el tratamiento de una causa de justificación y, por su parte, al estado de necesidad, el de una excluyente de culpabilidad⁷⁰. Sin embargo, a pesar de ello, en ninguno de los proyectos de códigos que fueron elaborados por la Comisión de Derecho Internacional y aún menos en el Estatuto de Roma se llevó a cabo dicha distinción. Por consiguiente, tanto la coacción como el estado de necesidad fueron plasmados de manera fusionada en el artículo 31, inciso “d”, del Estatuto de Roma.

Conforme a lo anterior, se debe reconocer que no en todos los casos y/o situaciones sujetas a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional resultará relevante la distinción entre causas de justificación y de exclusión de la culpa. Sin embargo, en aquellos en que se planteen situaciones como las que aquí han sido analizadas, podrá ser de suma importancia el desarrollo jurisprudencial de dicha distinción. Además, ello significaría la aplicación del derecho de defensa contemplado en el Estatuto de Roma bajo una visión más incluyente de los diferentes sistemas jurídicos del mundo y no bajo una en la que predomine el sistema del *common law*.

V. CONCLUSIONES.

El Derecho Internacional Penal en sus orígenes se centró en la fundamentación jurídica de la responsabilidad internacional penal del individuo, y para ello se valió de argumentos derivados del Derecho Internacional Público y, posteriormente, motivado por el componente de Derecho penal que lo integra, desarrolló, primero, de forma jurisprudencial y, después, de forma normativa la regulación del derecho de defensa del inculcado, en particular, lo relativo a las eximentes de responsabilidad penal, hasta lograr su cristalización en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, no todas las eximentes de responsabilidad penal existentes en Derecho Internacional Penal derivan, en estricto sentido, del Derecho penal, pues algunas de ellas como la necesidad militar, la obediencia de órdenes superiores, y el *tu quoque* fueron forjadas estrictamente a la luz de éste joven *corpus iuris*. Además, tampoco todas las eximentes aceptadas por el Derecho Internacional Penal consuetudinario han sido incorporadas en el Estatuto de Roma, por ejemplo, la coartada, al tiempo que otras han sido expresamente prohibidas, como el cargo oficial o las inmunidades, por lo que aún no está dicho todo en este tema.

En torno a ello, aún falta por ver si la Corte Penal Internacional adoptará, por la vía jurisprudencial, la clásica distinción entre causas de justificación y excluyentes de culpabilidad que ha sido detalladamente formulada en los sistemas del *civil law* y tradicionalmente excluida en los sistemas jurídicos del *common law*; existen razones suficientes, como las aquí analizadas, para que ello pueda ocurrir.

⁷⁰ FLETCHER, G., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 138 y ss.