

CAPÍTULO II



Tesis

Digitales UNMSM

**“LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y LA
JURISDICCIÓN EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”**

AUTOR

KATIA ESPINOZA CARRIÓN

2003

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL.

La afirmación de la subjetividad internacional del individuo constituye uno de los signos del Derecho Internacional de nuestros días. En efecto, la irrupción del ser humano en la esfera internacional se da básica y fundamentalmente para la defensa de sus derechos. En nuestros días, esta tarea es asumida como una de interés de la comunidad internacional y ya no, como en el Derecho Internacional clásico, como un asunto de jurisdicción interna de los Estados.

No se puede soslayar el hecho, de que los que cometen esas grandes violaciones a los derechos humanos, que motivaron que el individuo pueda reclamar en la esfera internacional, son en última instancia otros seres humanos. Por esta razón, una afirmación cabal de la subjetividad internacional del individuo amerita que éste pueda reclamar por las violaciones de sus derechos (la denominada responsabilidad activa) pero también que se le pueda reclamar en la esfera internacional cuando es él el violador de obligaciones internacionales (responsabilidad pasiva).⁴⁴ Ambas facetas de la responsabilidad internacional suponen que el ser humano es destinatario directo de derechos y obligaciones

⁴⁴ SALMON GARATE, Elizabeth y Giovanna GARCIA SAAVEDRA. Los Tribunales Internacionales que juzgan individuos. El caso de los Tribunales Ad Hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano. En: Derecho y Sociedad. N° 15. Año XI. Lima, 2000, p. 9.

derivados de normas internacionales.

La Corte estará en capacidad de imputar responsabilidad penal individual sobre personas que hayan cometido crímenes de la competencia de la Corte (artículo 25). El Estatuto no comprende personas legales como los Estados, compañías u otros. Los elementos materiales del crimen deben haberse cometido con intención y conocimiento, tal como se define en el Estatuto (artículo 30).

Así, la capacidad de la Corte Penal Internacional de juzgar personas naturales, no tiene actualmente límite alguno basado en la soberanía de los Estados; por el contrario, las calidades soberanas de un Estado no pueden ser alegadas por este con el propósito de rehuir compromisos en materia de Derechos Humanos o Derecho Internacional Humanitario.

Esto conduce a que la noción de persona natural, cuyos sujetos son pasibles de ser sometidos ante la Corte, sea lo suficientemente amplia como para incluir a personas relacionadas con el ejercicio del poder público. En efecto, si bien es exacto afirmar que toda persona es susceptible de ser internacionalmente responsable por crímenes que hubiese cometido, de conformidad con normas consagradas por el Derecho Internacional, y por ende, procesada y juzgada conforme a procedimientos claramente establecidos, resulta también exacto observar que la jurisdicción internacional se ha referido a individuos sobre los que podría eventualmente recaer la competencia de dichas cortes. Así, tenemos el caso de aquellos que desarrollan funciones oficiales, incluidos los gobernantes.⁴⁵

Una persona será penalmente responsable y podrá ser sancionada, citando el

⁴⁵ PARDO SEGOVIA, Fernando. La Corte Penal Internacional y su Competencia Ratione Personae, Ratione Loci y Ratione Temporis. En: La Corte Penal Internacional y Las Medidas para su Implementación en el Perú. Op. Cit., pp. 57-58.

artículo 25, si él o ella:

- a) Comete ese crimen por sí solo, con otro o por conducta de otro, sea éste uno penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de la comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - (i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - (ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública ha que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante par 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.

En ninguna disposición de este Estatuto se ha imputado responsabilidad a “*grupos de criminales*”,⁴⁶ sino que se ha individualizado la participación de las personas en la comisión de crímenes, no siendo suficiente la sola pertenencia a un grupo u organización acusada de cometer actos criminales para ser acusado

⁴⁶ PARDO SEGOVIA, Fernando. *Ib.*, p. 61.

ante los tribunales.

JOAQUÍN ALCAIDE⁴⁷ formula ciertas observaciones a la competencia *ratione personae* de la Corte Penal Internacional. Según ALCAIDE, la competencia personal de la Corte coincide con las jurisdicciones penales nacionales en el sentido en el que depura la responsabilidad penal de las personas naturales, de conformidad con los artículos 1 y 25 de su Estatuto. No obstante, que algunos matices del ámbito subjetivo de la jurisdicción de la Corte pueden hacerla diferir de las jurisdicciones penales nacionales; por ejemplo: la exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte, en aplicación del artículo 26; o la improcedencia del cargo oficial, de acuerdo con lo señalado en el artículo 27.

Resulta de interés anotar que, durante la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional, algunos Estados plantearon en las discusiones la posibilidad de que no solamente las personas naturales fueran responsables por la comisión de crímenes internacionales; sino también se pretendió imputar responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de actos contrarios a derecho. Así lo señaló el Proyecto presentado por el Comité Preparatorio el 14 de abril de 1998, en su artículo 23, inciso 6, señala: *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado en calidad de autores o cómplices de estos mismos crímenes.”*

Sin embargo, esta posición fue desestimada, en el sentido de que son las

⁴⁷ ALCAIDE, Joaquín. La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales. *Tiempos de Ingeniería Jurisdiccional*. En: *La Criminalización de la Barbarie. La Corte Penal Internacional*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000, pp. 394-395.

personas naturales las que actúan directamente en la comisión de los crímenes, y si para ello se han valido de alguna personería jurídica, correspondería a esta una sanción civil o administrativa, mas no una sanción penal. En este contexto, debe observarse que las personas jurídicas constituyen entidades abstractas, cuyas políticas y operaciones son llevadas a cabo por individuos. Por ello, deberá efectuarse un análisis más detenido entre lo que constituye la responsabilidad criminal de los individuos y la de las personas jurídicas.

Al respecto, la Corte Militar Internacional de Nuremberg⁴⁸ en su sentencia del 1 de octubre de 1946, señaló que: *“los crímenes de Derecho Internacional en modo alguno pueden considerarse perpetrados por entidades abstractas, sino por personas físicas, quienes, en ocasiones, actúan en nombre o por cuenta del Estado”*.

De lo anterior, se deriva con claridad que la competencia personal de la Corte Penal Internacional se fundamenta en el principio de responsabilidad penal individual referido en el artículo 25.1. De ahí que la responsabilidad internacional deba recaer no en los Estados, en tanto destinatarios directos de las normas internacionales, sino directamente en los individuos.⁴⁹ Por esta razón, la Corte Penal Internacional solo será competente para procesar a particulares.

⁴⁸ Sentencias del Tribunal de Nuremberg, ratificadas por las resoluciones 25 (I) y 96 (I) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁴⁹ MARQUEZ CARRASCO, María del Carmen. Alcances de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Jurisdicción Universal o Nexos Jurisdiccionales Aplicables. En: La Criminalización de la Barbarie. La Corte Penal Internacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000, p. 363.

2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS.

Todo orden jurídico prevé ciertas consecuencias ante el incumplimiento de sus normas desde que, como afirma VERDROSS⁵⁰: “*la negación de la responsabilidad reduciría a la nada el Derecho Internacional*”.

En este sentido, el Derecho Internacional demanda a los Estados el cumplimiento de una serie de obligaciones internacionales cuya infracción genera la responsabilidad internacional de éstos. En estos casos, y siempre que se verifique un vínculo de causalidad, entre el hecho ilícito (la acción u omisión imputable al Estado y contraria a lo que una obligación internacional exigía de él) y el daño (material o moral), se generará la obligación de reparar por parte del Estado infractor.

La víctima, por tanto, tiene el derecho de exigir reparación (desde que sufre el daño) y surge el correlativo deber jurídico de reparar a cargo del autor del hecho ilícito internacional (desde que se comete violación).

La práctica internacional de los Estados puede verse reflejada en el proceso de codificación del Derecho Internacional y en ese sentido, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad por Hechos Internacionalmente Ilícitos de los Estados,⁵¹ elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General, acopia y armoniza tanto las diferentes concepciones sobre la responsabilidad internacional, como la práctica contemporánea de los Estados en la materia.

⁵⁰ VERDROSS, Alfred. citado por ELIZABETH SALMON GARATE Y GIOVANNA GARCIA SAAVEDRA. Op. Cit., p.9.

⁵¹ Este proyecto de artículos no es un documento final. Por el momento, y durante el presente año estará en segunda lectura a cargo del relator James Crawford.

La responsabilidad de los Estados nace a partir de la realización de hechos ilícitos que vulneran el orden jurídico internacional, sin importar de que naturaleza sean las obligaciones, ya sea por actos u omisiones de los órganos del Estado. El Proyecto reconoce que: *“toda violación de una obligación internacional hacia otro Estado implica en cierto modo un perjuicio para ese otro Estado”*, por lo que la responsabilidad y su consecuente reparación nace del hecho ilícito en sí, no del daño material causado. Por lo anterior, *“Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste”*.

Los hechos ilícitos internacionales pueden ser entendidos como crímenes o delitos internacionales:

- a) Los crímenes internacionales son hechos que se consideran ilícitos, y con su reconocimiento se pretenden reprimir acciones u omisiones de los Estados que atenten en contra de aquellos intereses colectivos considerados como supremos de la humanidad. En este sentido, la doctrina⁵² ha afirmado que los crímenes internacionales derivan: *“del incumplimiento o violación de normas imperativas y de validez erga omnes, situadas mas allá del escenario contractual de los Estados.”*

A pesar de que la posición tradicional respecto de los crímenes internacionales se expresa a partir del Tribunal de Nuremberg, en donde se reconoce que dichos crímenes son cometidos por personas y no por entidades abstractas y que solamente por medio de sanciones a individuos que cometieron dichos crímenes las disposiciones de Derecho Internacional pueden ser implementadas, la

⁵² AGUIAR, Asdrúbal. Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado. Editorial Monte Avila. Primera Edición. Caracas, 1997, p. 122.

práctica internacional al respecto ha tenido un precario desarrollo.⁵³

En este sentido, los crímenes internacionales pueden derivar de actos que:⁵⁴

i) amenacen o efectivamente quebranten la paz y seguridad internacionales, tales como los actos de agresión; ii) violen gravemente “*una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento de la fuerza de una dominación colonial*”; iii) violen de manera “*grave y en gran escala... una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid*”; iv) violen de manera “*grave... una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación de la atmósfera o de los mares.*”

b) Los delitos internacionales,⁵⁵ son todas aquellas: “*violaciones simples o menos graves del Derecho Internacional... (que acarrear) responsabilidades para el Estado, pero la diferencia es que le establecen una carga frente a otro Estado dentro de la lógica de la reciprocidad*”.

La consecuencia que se desprende de la realización de un hecho ilícito, sea crimen o delito internacional, es el nacimiento de una nueva obligación de reparar a cargo de los Estados. Ya desde finales de los años veinte, la otrora

⁵³ Primer Informe sobre Responsabilidad Estatal, elaborado por James Crawford, relator especial de la Comisión de Derecho Internacional. Documento de Naciones Unidas. A/CN/4/490/Add.2. Mayo de 1998, p.2.

⁵⁴ Artículo 19.2 del Proyecto.

⁵⁵ Artículo 19.3 del Proyecto.

Corte Permanente de Justicia Internacional,⁵⁶ se pronunció al respecto en el caso de la Fábrica de Chorzow, en los términos siguientes: “*es un principio de derecho internacional... que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada.*”

A pesar de que no se ha logrado un consenso todavía en las formas de reparación que se incluirán en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Estatal Internacional por Hechos Ilícitos,⁵⁷ la doctrina ha sistematizado y clasificado los medios de reparación existentes en la práctica internacional en: a) medidas retributivas o aflictivas y b) medidas reparatorias.

- a) Las medidas retributivas o aflictivas para el Derecho Internacional contemporáneo, son aquellas que se conocen como contramedidas, las que a su vez pueden identificarse en forma de: i) retorsión o de ii) represalias.
 - i) La primera de ellas, es decir, la retorsión consiste en la realización de un acto lícito inamistoso por parte de un Estado en contra de otro “*con el cual se contesta otro hecho lícito pero igualmente inamistoso, y comprende de ordinario la ruptura de relaciones diplomáticas o comerciales entre los Estados, la restricción del tráfico turístico, la declaración de persona non grata de un representante diplomático, etc.*”
 - ii) Las represalias,⁵⁸ por su parte comprenden indistintamente formas pacíficas

⁵⁶ ASDRUBAL, Aguiar. Op. Cit., pp. 74-75.

⁵⁷ A/CN.4/490/ Y A/CN.4.490/Add.2 First Report on State responsibility, elaborado por James Crawford, relator especial, presentado a la Comisión de Derecho Internacional en su 50ava sesión, celebrada en Ginebra del 2º de abril al 12 de junio y en Nueva York del 27 de julio al 14 de agosto de 1998.

⁵⁸ AGUIAR, Asdrúbal. Op. Cit., p. 137.

(incautación de bienes de los nacionales de un Estado) o bélicas (bloqueo pacífico, incursión militar punitiva, ocupación de territorio por la fuerza, etc.) pero en todo caso se les reputa como ilícitos, que responden a otros correlativos, con dos propósitos básicos: obtener la reparación de un daño o inducir al responsable a no repetir su conducta ilícita.

- b) Las medidas reparatorias⁵⁹ por su lado, se sub clasifican a su vez en:
- i) La restitución en especie, que consiste en *“el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito”*, como por ejemplo: la reconstrucción de una embajada.
 - ii) La indemnización que es la obligación de cubrir todo daño y perjuicio material, es decir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.
 - iii) La satisfacción que es la obligación de llevar a cabo ciertos actos tendientes a reparar el daño moral, los cuáles pueden consistir en: ofrecimiento de disculpas, que es lo más adecuado para la reparación de daños no materiales; el pago de daños y perjuicios simbólicos o *“correspondientes a la gravedad”* de la vulneración de los derechos en cuestión; o bien la toma de medidas disciplinarias y/o penales en contra de los funcionarios públicos responsables del hecho ilícito.
 - iv) Las seguridades y garantías de no repetición, que consisten a manera de ejemplo: en la tipificación de ciertos comportamientos que prohíben y sancionen la realización de hechos ilícitos internacionales.

Para ASDRÚBAL AGUIAR,⁶⁰ ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la responsabilidad derivada de la realización de crímenes internacionales *“puede quedar comprometida, de manera alternativa o acumulada, en términos colectivos (v.gr. la responsabilidad del Estado) o*

⁵⁹ Ib., p.139.

⁶⁰ Ib., p.123.

individuales (v.gr. la responsabilidad de los criminales de guerra)...”. No obstante, reconoce que “... *en el estadio actual de evolución del derecho internacional, el régimen sancionatorio continua siendo colectivo y encuéntrase prácticamente reducido a los supuestos de ruptura de la paz y de la seguridad internacionales, según los cánones de la Carta de San Francisco”.*

Los Estados que cometan un hecho ilícito, como por ejemplo: violaciones a derechos fundamentales, se verán obligados a reparar los daños causados (en este ejemplo a las víctimas) a todos y cualquiera de los Estados Parte de un tratado multilateral reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; o bien, cuando se trata de violaciones a normas internacionales de jus cogens, como lo pueden ser a manera de ejemplo: la prohibición del apartheid o la práctica de la esclavitud, la obligación de reparar nacerá frente a cualquier Estado de la comunidad internacional.

Por lo tanto “*las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos, cuyo cumplimiento corresponde en primer término a los Estados y eventualmente, tanto a los individuos como a los denominados movimientos de liberación o grupos insurrectos en lo relativo a las violaciones del derecho internacional humanitario o la comisión de crímenes contra la humanidad, continúan estando sujetas a las reglas generales de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos.*”⁶¹ Por ello, las consecuencias ordinarias de la responsabilidad dentro de tal contexto son de índole esencialmente reparatorio, aun cuando adicione

⁶¹ GUEVARA, José Antonio. La Suplementariedad del Estatuto de Roma respecto de la Protección de los Derechos Humanos y de la Responsabilidad Internacional de los Estados. En: Justicia Penal Internacional. Op. Cit., p. 134.

tímidamente algunas fórmulas retributivas y de control de la legalidad vulnerada.

De conformidad con la Carta de la ONU y con su Estatuto, la Corte Internacional de Justicia es el órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas que tiene por objeto la resolución pacífica de controversias. A la Corte pueden acudir los Estados Partes de su Estatuto (o de la Carta que ipso facto son partes de él), y por razón del mismo, puede dictar sentencias que establezcan la Responsabilidad Internacional de los Estados por violaciones al Derecho Internacional, a la costumbre o a los tratados propiamente dichos.

La responsabilidad que se pretende definir con la Corte, es la estatal, por lo que aquella se encuentra tanto, material como formalmente imposibilitada para determinar la responsabilidad penal internacional de individuos por haber cometido alguno o algunos de los crímenes internacionales. En todo caso, la Corte Internacional de Justicia podría establecer responsabilidad internacional a algún Estado por no haber tomado medidas en aras de castigar a una persona que haya cometido un crimen internacional.⁶²

En realidad, el delito internacional no es un acto del Estado sino de un gobierno, de un partido político o de un grupo dirigente. Los crímenes de los nazis fueron ejecutados por un grupo de hombres como miembros de un partido que se había apoderado del Estado, en realidad, del pueblo alemán, la ideología de dicho partido determino la comisión de una serie de atrocidades.

La teoría de una responsabilidad penal del Estado disminuye considerablemente los efectos de prevención general que toda sanción penal debe producir. Todo criminal condenado como consecuencia de una previa responsabilidad del Estado, se considerará a sí mismo como un héroe y no como un delincuente. Se

⁶² Ib., p. 135.

identifican así al menos moral y psicológicamente dos responsabilidades: una de índole ficticia, la del Estado y una real, la del individuo.

El delincuente internacional debe ser sancionado no por haber servido a un Estado penalmente responsable, sino por haber cometido una serie de delitos contra la Humanidad. Lo que importa es establecer una relación y responsabilidad directa entre el hombre y sus semejantes: la Humanidad, y no una indirecta entre la Humanidad y el hombre a través de la ficción del Estado. El proceso de Nuremberg ha probado que se puede llegar a una efectiva responsabilidad internacional penal, sin necesidad de acudir a una responsabilidad penal del Estado.⁶³

3. JUZGAMIENTO DE JEFES DE GOBIERNO.

El artículo 27.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional precisa que este, será aplicado por igual a todos los hombres (sea Jefe de Estado, miembro del gobierno o del Parlamento, etc.), sin distinción alguna basada en el cargo oficial que estos desempeñen o hubiesen desempeñado.

La Corte no puede ser impedida de ejercer su competencia sobre funcionarios de un Estado Parte requerido por inmunidades o normas de procedimiento especiales que conlleven al cargo oficial con arreglo al derecho interno o al Derecho Internacional (artículo 27). De otro lado, los funcionarios de terceros Estados pueden beneficiarse de tales inmunidades en la medida que lo permite el Derecho Internacional (artículo 98); cuando tales funcionarios de terceros Estados estén implicados la Corte evaluará si el Estado requerido puede acatar el pedido sin actuar en forma incompatible con sus obligaciones referidas a los

⁶³ LOPEZ REY, Manuel. Jurisdicción Internacional Penal. En: Revista de Derecho Procesal. Año IX. T. II. Buenos Aires, 1951, pp. 88-89.

Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, el derecho consuetudinario y otras fuentes pertinentes antes de actuar.

La falta de inmunidad de conformidad con el artículo 27 tiene implicancias importantes tanto para la obligación de los Estados Partes a cooperar con la Corte, como en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte por las autoridades nacionales.⁶⁴

Según JOAQUÍN ALCAIDE,⁶⁵ la pertinencia o no de las inmunidades de jurisdicción en procesos substanciados ante los tribunales nacionales por los crímenes de que se trate no admite hoy día una respuesta indiscutible. Existen ciertos precedentes en la práctica internacional más reciente, como las decisiones de la Cámara de los Lores del 25 de noviembre de 1998 y del 24 de marzo de 1999, en el caso Pinochet; pero la distinción entre la situación de un antiguo Jefe de Estado y de un Jefe de Estado en funciones en el momento de la acusación proyecta dudas sobre esta cuestión. Debe destacarse también que la acusación contra el ex presidente Milosevic ha sido formulada ante un Tribunal Internacional cuyo Estatuto expresamente descarta la pertinencia del cargo oficial del inculpado. Por su parte, el Estatuto de Roma no parece descartar la invocación de la inmunidad ante las jurisdicciones penales nacionales, según lo señala el propio artículo 98.

4. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN RELACION A LAS ORDENES SUPERIORES.

4.1. ANTES DE NUREMBERG.- La cuestión de si se deben invocar las

⁶⁴ BROOMHALL, Bruce. La Corte Penal Internacional. Visión General y la Cooperación con los Estados. En: Corte Penal Internacional. Ratificación y Legislación Nacional de Actuación. Nouvelles Etudes Pénales. Italia, 1999, pp. 63-64.

⁶⁵ ALCAIDE, Joaquín. Op. Cit., pp. 394-395.

órdenes superiores como una forma de eximente en virtud del Derecho Internacional ha sido motivo de controversia desde el juicio de Peter Von Hagenbach⁶⁶ en el siglo XV, donde se refleja el conflicto entre las exigencias de la disciplina militar de que se obedezcan las órdenes y las exigencias de la justicia de que los crímenes no queden impunes.

OPPENHEIM,⁶⁷ en la primera edición de su obra ya clásica sobre Derecho Internacional publicada en 1906, afirmaba: *“En caso de que miembros de las fuerzas cometan violaciones ordenadas por sus jefes, no se castigará a dichos miembros, pues sólo los jefes son responsables, y en consecuencia, cuando a éstos los capture el enemigo, pueden ser castigados como criminales de guerra”*.

La cuestión surgió en los Juicios de Leipzig, tras la Primera Guerra Mundial, en el caso del Castillo de Llandovery,⁶⁸ el Tribunal Supremo de Leipzig, considerando una disposición similar del Código Penal Militar alemán, dictaminó lo siguiente:

“Sin embargo, el subordinado que obedezca una orden está sujeto a castigo si tenía conocimiento de que la orden del superior implicaba la violación del derecho civil o militar [...] Cabe ciertamente argüir en

⁶⁶ GREPPI, Edoardo. La Evolución de la Responsabilidad Penal en el Derecho Internacional. En: Revista Internacional de la Cruz Roja. Derecho Humanitario, Derecho Político y Acción. Selección de Artículos Segunda Parte. Comité Internacional de la Cruz Roja. N° 151. Septiembre de 1999, pp. 79 y ss.

⁶⁷ OPPENHEIM. citado por CHARLES GARRAWAY. Las Ordenes Superiores y la Corte Penal Internacional. Justicia Impartida o Justicia Denegada. En: Revista Internacional de la Cruz Roja. Derecho Humanitario, Derecho Político y Acción. Op. Cit., p. 246.

⁶⁸ The Llandovery Castle Case. citado por CHARLES GARRAWAY. Op. Cit., p. 246.

favor de los subordinados militares que no están en la obligación de cuestionar la orden de su oficial superior, y que pueden dar por sentada la legalidad de ésta. Pero no puede sostenerse tal certeza si todo el mundo, incluido el acusado sabe que la orden en cuestión es ilegal y no cabe la menor duda de ello”.

Pese a que este dictamen se apartaba de la firme posición asumida por OPPENHEIM en 1906, el propio tratado de OPPENHEIM no fue enmendado hasta 1940, época en que ya estaba en curso la Segunda Guerra Mundial.

En 1941, se estaba considerando la realización de enjuiciamientos tras la terminación de las hostilidades. Se dio un giro completo con el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se conformó una comisión para redactar las normas de procedimiento para los futuros enjuiciamientos de criminales de guerra y se creó un subcomité para examinar la cuestión de las órdenes superiores. Sobre ello, se dice en los informes:⁶⁹

“En general, los códigos de derecho de los respectivos países reconocen la validez de la justificación fundada en las ordenes superiores, si la orden la imparte un superior a un oficial inferior, en el ejercicio de sus funciones y dentro de su competencia normal, a condición de que la orden no sea manifiestamente ilegal. Se llegó a la conclusión de que cada caso ha de examinarse según su propia sustancia, y de que la justificación no constituye un eximente automático.”

Similar punto de vista adoptó el Comité Jurídico de la Comisión de las

⁶⁹ History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, 1948. citado por CHARLES GARRAWAY. Op. Cit., p. 247.

Naciones Unidas para la Investigación de los Crímenes de Guerra,⁷⁰ establecido en 1943. Sin embargo, esta posición no contó con el apoyo unánime y para 1945, la Comisión tuvo que aceptar que *“no considera que sea posible y provechoso proponer ningún principio o norma”*. Con todo, añadió que *“por sí mismo, el mero hecho de haber actuado obedeciendo órdenes de un superior no exime de responsabilidad a la persona que ha cometido un crimen de guerra”*.

El proyecto de Estados Unidos⁷¹ que fue incluido en el documento de trabajo para la Conferencia de Londres rezaba así: *“En cualquier juicio ante un Tribunal Militar Internacional, el hecho de que el acusado haya actuado siguiendo la orden de un superior o la aprobación de su gobierno no constituirá en sí mismo un eximente, pero puede tenerse en cuenta ya sea como eximente ya como atenuante del castigo, si el tribunal decide que así lo exige la justicia.”*

No obstante, hay que notar que esta propuesta fue formulada para un tribunal que estaba siendo conformado específicamente para enjuiciar a los principales criminales de guerra alemanes. Este argumento fue esgrimido en los debates sobre las órdenes superiores en la Conferencia de Londres, cuando el General Nikitchenko,⁷² representante de la Unión Soviética preguntó: *“Cuando se habla de criminales notorios, ¿sería verdaderamente apropiado aludir a que estaban cumpliendo una orden de un superior? No se trata en realidad de una cuestión de principio, pero yo me pregunto si de veras es*

⁷⁰ Ib., p. 248.

⁷¹ Informe de Robert H. Jackson. Representante de Estados Unidos en la Conferencia Internacional sobre Juicios Militares, 1949, pp. 22-24.

⁷² Ib., pp. 367-368.

necesario cuando se habla de criminales notorios.”

El debate terminó con el acuerdo de que invocar las órdenes superiores no debían constituir un “*eximente absoluto*”, pero que debía dejarse a la Corte la facultad de considerarlas como un atenuante. Se aprobó el artículo 8 tras haber eliminado toda referencia a las ordenes superiores como eximente absoluto o de cualquier otro tipo. Posteriormente en la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, se insertó una disposición similar, estipulada respecto de los juicios de los criminales de guerra alemanes de menor importancia.

4.2. NUREMBERG Y DESPUÉS DE NUREMBERG.- En Nuremberg mismo, los crímenes que se alegaban eran de tal magnitud que poco o nada importó la índole absoluta del rechazo a aceptar como eximente las órdenes superiores. Los Tribunales posteriores tuvieron en cambio mayor dificultad, procuraron resolver la cuestión tratándola como un asunto de intención, por ejemplo: en el Hostage Case (Estados Unidos contra Wilhelm Llist), el tribunal dictaminó lo siguiente:⁷³

“En nuestra opinión... si la ilicitud de la orden no era conocida por el inferior, y no se podría razonablemente esperar de él que la conociera, no existe el dolo –intención de obrar ilícitamente-, necesario para que se dé la comisión del delito, por lo que el inferior estará protegido.

Pero la regla general es que los miembros de las fuerzas armadas tienen la obligación de obedecer únicamente las órdenes lícitas de sus superiores y no pueden eludir su responsabilidad penal ni obedecer una orden que viola el derecho internacional y ultraja las nociones fundamentales de justicia.”

⁷³ Trials of War Criminals. Vol. XI, p. 1236. citado por CHARLES GARRAWAY. Op. Cit., p. 249.

En el caso Einsatzgruppen (Estados Unidos vs. Otto Ohlendorf), se consideró que las ordenes superiores eran una norma de coacción. En el caso del Alto Mando (High Comman Case, Estados Unidos vs. Wihelm Von Leeb), que trataba sobre las órdenes impartidas por mandos más altos, el Tribunal decidió lo siguiente:⁷⁴

“En virtud del derecho internacional humanitario, no podrá acusarse de participación criminal a los jefes militares en el terreno con responsabilidades militares de largo alcance por haber impartido órdenes cuya criminalidad no sea evidente o cuyo carácter criminal en virtud del derecho internacional no se haya demostrado que era conocido por ellos.”

Desde 1945 como se refleja en las sentencias de diversos Tribunales, la comunidad internacional ha luchado por encontrar una manera de reconciliar la estricta norma de Nuremberg con las realidades de la vida militar, se han examinado diferentes soluciones. La Comisión de Derecho Internacional, procurando compendiar los Principios de Derecho Internacional que se derivan del Tribunal de Nuremberg, propuso la prueba de determinar si *“era posible de hecho una elección moral”*, pero esto resulto inaceptable.

El texto del Proyecto Final de la Conferencia Diplomática⁷⁵ que elaboró los Protocolos de 1977 contenía un artículo, el 77, que rezaba así: *“El mero hecho de haber actuado obedeciendo una orden de una autoridad o de un superior no exime a la persona acusada de su responsabilidad penal, si*

⁷⁴ Ib., p.250.

⁷⁵ Official Record of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Vol. III, p. 331. citado por CHARLES GARRAWAY. Op. Cit., p. 250.

se determina que en las circunstancias del momento sabía o debería haber sabido que estaba cometiendo una infracción grave de los Convenios o de este Protocolo. No obstante, puede ser tenido en cuenta como atenuante de la pena.”

Aunque el texto fue aceptado por una mayoría, no alcanzó las dos terceras partes requeridas para su inclusión en el Protocolo, por lo que fue rechazado.⁷⁶ La opinión académica se dividió en dos grupos. El primero rechazó cualquier propuesta de considerar que puedan invocarse las ordenes superiores como eximente y el segundo aceptó este eximente si las órdenes no habían sido manifiestamente ilícitas. De esta manera la resolución de este difícil dilema quedó en manos de la Conferencia Diplomática sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional.

4.3. ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.- Habían transcurrido más de cincuenta años desde que la Conferencia de Londres elaboró el Estatuto de Nuremberg. La Conferencia de Roma no podía eludir la cuestión como se hizo en 1949; ni como resultado de la estructura del Estatuto de Roma, tratar que cualquier disposición quedase restringida a las violaciones graves. Por otra parte, no se estaba examinando el pasado, sobre crímenes ya cometidos, sino el futuro, sobre los conflictos aún no previstos.

Muchos en la Conferencia deseaban mantener la norma de Nuremberg,⁷⁷ citaban los Estatutos de los dos Tribunales Ad Hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda y sostenían que, por el tipo de criminales que juzgaría la Corte Penal

⁷⁶ Official Record of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Vol. VI, p. 308. citado por CHARLES GARRAWAY. Op. Cit., p. 251.

⁷⁷ GAETA, Paola. citado por CHARLES GARRAWAY. Op. Cit., p. 251.

Internacional, no sería pertinente cualquier cuestión relacionada con las órdenes superiores; otros se mostraron más cautelosos.⁷⁸

La decisión que se tomó de aprobar el artículo 33, constituyó en opinión de muchos, una solución sensata y práctica que podía aplicarse en todos los casos. En particular, se limitó a los crímenes de guerra, pues se reconoció que la conducta que equivaliese a genocidio o a crímenes contra la humanidad sería tan manifiestamente ilícita que, coherentemente con la norma de Nuremberg, se debía negar completamente la invocación de eximente.

La obediencia debida o jerárquica se da cuando una persona, realiza un acto ilícito cumpliendo órdenes recibidas de su superior jerárquico, en el mencionado artículo 33 de la Corte Penal Internacional, se hace referencia a una orden emitida por un gobierno o un superior, sea: *militar o civil*.

En la mayoría de las legislaciones, la obediencia debida constituye una causa de justificación, porque la ley quiere que una orden legítima de autoridad se cumpla, y quien la recibe debe acatarla; sería injusto y contradictorio que por actuar así respondiese penalmente. Lo que obliga no es propiamente la orden, sino la norma que le impone el deber de obediencia y esa circunstancia excluye el delito en cuanto al ejecutor, pero no en cuanto al autor de la orden, sobre quien recae la responsabilidad por el hecho punible. Aquí se da la realidad objetiva de una orden que hay que cumplir. Sólo incurriría en responsabilidad el ejecutor, cuando es de su conocimiento que el superior desea la realización de una acción punible, pues al inferior le puede estar prohibido examinar la oportunidad o justificación de la orden legítima, pero no la de negarse a

⁷⁸ Véase la propuesta original de los Estados Unidos, A/CONF.183/C.1/WGCP/L.2, de junio 16 de 1998.

participar en un hecho delictivo.⁷⁹

En el Estatuto se establece que la obediencia debida no es una causal de eximente de responsabilidad penal, salvo en los siguientes casos:

- a) Cuando la persona está obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate. Puesto que el sujeto actúe en virtud de la ley o de la naturaleza de la orden, el sujeto tiene un deber específico de actuar.
- b) No supiera que la orden era ilícita. En este supuesto la obediencia debida se convertiría en un problema de error sobre la licitud de la orden (el sujeto creerá estar obrando lícitamente). En esta exclusión de responsabilidad penal, el propio artículo 33 indica que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas, es decir, respecto a dichos crímenes no se puede alegar desconocimiento del derecho. Asimismo, esta eximente nos lleva al tema del error de derecho (artículo 32, inciso 2 del Estatuto), en el cual si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Sin embargo, el mismo Estatuto admite el error de derecho en caso de las órdenes superiores y disposiciones legales.
- c) Cuando la orden no fuera manifiestamente ilícita. En esta exención se hace referencia a la orden, entendida como la declaración de voluntad de una autoridad con carácter imperativo, dirigida a un subordinado, para exigirle una determinada conducta (hacer, no hacer, permitir). La orden debe provenir de un gobierno o un superior, militar o civil, lo importante es que sea una autoridad que sea competente para mandar y debe dirigirse a una persona que tenga obligación de obedecer.

El umbral de exigencia de la norma del artículo 33 es alto. Los tres requisitos

⁷⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. La Corte Penal Internacional y las Circunstancias Eximentes de Responsabilidad. En: La Corte Penal Internacional y las Medidas para su Implementación en el Perú. Op. Cit., p. 244.

del artículo 33, inciso 1, son acumulativos no disyuntivos. Para comenzar, el acusado debe estar obligado por ley a obedecer órdenes –no es suficiente el deber moral-. Las órdenes superiores no son más que eso, órdenes. En consecuencia, el funcionario del gobierno que siga instrucciones que equivalgan a crímenes de guerra no estará protegido, a menos que esté sujeto a alguna obligación legal. Según se infiere, no es suficiente el hecho de que pueda perder su trabajo si se niega a seguir las instrucciones; incluso si se supera el primer obstáculo, sólo se admite invocar las órdenes superiores como eximente si el acusado ignoraba que la orden era ilícita y si la orden no era manifiestamente ilícita.

Para el requisito de la obligatoriedad de la orden, importa que el subordinado tenga el derecho y el deber de averiguar si esa orden es legítima. En la doctrina⁸⁰ se discute a cerca de los criterios que deben regular ese derecho, dos opiniones se reparten el campo: *la Teoría de la Apariencia*, que considera suficiente y necesario que la orden no sea manifiestamente antijurídica –orden aparentemente conforme a Derecho-; y la *Teoría de la Nulidad*, que juzga suficiente y necesario que la orden no sea nula de pleno derecho. Según la primera teoría el carácter vinculante de la orden dependería del carácter manifiesto o no manifiesto de la misma, es decir, de su apariencia de legalidad. El Estatuto se inclina por esta teoría, es decir, acoge *el principio de la apariencia*. Al disponer que la orden no fuera manifiestamente ilícita, el examen debe ser sobre la legalidad de la orden, sin pasar más allá de la legalidad exterior de ella: no puede extenderse a su justicia, a su conveniencia, etc.

A este respecto, no hay certeza sobre en quien recae la carga de la prueba, en el artículo 67, inciso 1i, se estipula que el acusado o acusada tendrá derecho a

⁸⁰ Ib., p. 246.

“que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas”. Aunque según esto, al parecer, únicamente una carga probatoria puede recaer en el acusado, por consiguiente, podría argüirse que en este caso se coloca en el acusado una carga mucho más pesada que la meramente probatoria.⁸¹

Un examen de la lista de crímenes comprendidos en el artículo 8 del Estatuto revela que este eximente, si se da, será de un alcance sumamente limitado. La mayoría de estos crímenes son tan manifiestamente ilícitos que la cuestión nunca surgiría. No obstante, puede no necesariamente ser el caso para todos los crímenes ni para todos los rangos, basta un ejemplo: el artículo 8, inciso 2bxix, estipula que es una violación grave emplear *“balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no cubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones”*. Pocos soldados rasos son expertos en los efectos lesionadores de los diferentes tipos de munición y pocos podrían probablemente identificar las balas a las que se aplicaría esta prohibición; aunque para la comisión de este delito se requiere el elemento de intencionalidad. El artículo 30 estipula que *“salvo disposición en contrario”*, se requieren tanto la intención como el conocimiento de los elementos materiales del crimen. En el artículo se entiende que actúa intencionalmente quien:

- a) en relación con una conducta, se propone materializarla;
- b) en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Por su parte, se entiende por conocimiento: *la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los*

⁸¹ GARRAWAY, Charles. Op. Cit., p. 252.

acontecimientos. Si esta disposición requiere un conocimiento particular de la propensión de la bala en cuestión, la norma establecida es de una exigencia particularmente alta, pero parecería que lo esencial de este delito, según se desprende, de la Declaración de La Haya de 1899 relativa al Empleo de proyectiles Explosivos, reside en la distribución de estas balas y no en las actividades del soldado que actúa de buena fe con la munición que se le ha entregado, se reduciría a una cuestión de intencionalidad, imponer una prueba estricta de responsabilidad sería, al parecer, un poco severo.

Las disposiciones del artículo 30 sobre intencionalidad combinadas con los Elementos del Crimen resuelven estas cuestiones. El texto estipulado en este artículo proporciona un equilibrio satisfactorio entre los intereses de la justicia y las obligaciones del soldado. En sí mismo, no evita la impunidad pero, en los raros casos en que pueda invocarse, hace justicia al soldado que se encuentra en situación de asumir la responsabilidad por decisiones tomadas de buena fe, sobre la base de las órdenes impartidas por otros que tenían información -negada al acusado mismo- que hacía ilícita la orden.

Respecto de la persona que da la orden al inferior, debe tenerse en cuenta el artículo 28 del Estatuto, en el que se establece la responsabilidad de los jefes y otros superiores, según el cual el superior es penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieran sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre estos.

Un jefe militar es responsable por actos cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo como resultado de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas. Esto se aplica cuando el jefe conoce o debería saber que los crímenes se han cometido o se van a cometer, y cuando no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión o someter el asunto en investigación o enjuiciamiento. La responsabilidad de

superiores civiles es muy similar, tales superiores son responsables sólo de los crímenes de subordinados que el superior conocía o hizo caso omiso conscientemente de información que indicase claramente que los crímenes se habían cometido o iban a cometerse. Aunque tanto los jefes militares como civiles son responsables por lo que conocían, la responsabilidad de los últimos sólo es por lo que han dejado de lado conscientemente, más que por lo que debían haber conocido, lo cual les impone una carga ligeramente menor de responsabilidad.⁸²

5. CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL.

El artículo 31, inciso 1, de la Corte Penal Internacional denominado circunstancias eximentes de responsabilidad penal no reúne todas las causas que eximen de responsabilidad penal, como por ejemplo: la causal de error de hecho, artículo 32 del Estatuto de Roma; de obediencia debida o jerárquica, artículo 33 y de inimputabilidad, artículo 26.

El artículo 32 del Estatuto, establece como consecuencia del error de hecho la exención de responsabilidad penal si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen, es decir, si se elimina el dolo del sujeto. El Estatuto dispone varias defensas o circunstancias eximentes de responsabilidad penal, que tendrán un impacto considerable sobre el ámbito de responsabilidad penal de conformidad con el Estatuto. Las circunstancias eximentes de exclusión de responsabilidad son cuando la persona:

- 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 transgredir la ley;

⁸² BROOMHALL, Bruce. Op. Cit., p. 64.

- b) Estuviere en un estado de intoxicación que lo prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de 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 ocurriere;
- 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 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 bastara para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;
- d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituye un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves 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 hechas por otras personas; o
 - (ii) Estar constituidas por circunstancias ajenas a su control...

3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta a las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

5.1. ENFERMEDAD O DEFICIENCIA MENTAL.- El artículo 31, inciso 1a, hace referencia a las personas que sufren un trastorno general y persistente de las funciones psíquicas cuyas causas patológicas impiden la adaptación

lógica y activa a las leyes. Entre ellas podemos mencionar la oligofrenia profunda –idiotez, imbecilidad, debilidad mental, la paranoia, la esquizofrenia, la demencia senil, la demencia arterioesclerótica-, y todas aquellas que impliquen alteración ostensible de la personalidad y ejerzan influencias sobre la conducta realizada, como son los estados psicopáticos y psiconeuróticos.

Pero este estado o deficiencia mental es insuficiente por si solo para declarar la irresponsabilidad penal del individuo, es necesario que cause un determinado efecto psicológico: *que el individuo no sea capaz de autorregular su comportamiento de acuerdo con el contenido de la norma*, esto es, que la enfermedad o deficiencia mental le impida al individuo conocer o comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales) o determinar su actividad conforme a dicho conocimiento (facultades volitivas).

5.2. ESTADO DE INTOXICACION.- El artículo 31, inciso 1b, hace referencia al estado de intoxicación, este se diferencia fundamentalmente de la circunstancia eximente anterior, sobre la base, de la brevedad de su duración temporal. Este estado del que habla el Estatuto consiste en una perturbación profunda de la conciencia de sí mismo o del mundo exterior que afecta la inteligencia o la voluntad, e impide, por lo tanto, la comprensión de la delictuosidad del acto que se realiza o la dirección de las propias acciones al efectuarlo.

El estado de intoxicación no le es inherente a la amnesia, pero esta es un signo de su existencia. Científicamente la memoria del hecho no es incompatible con la falta de comprensión para autogobernar su comportamiento con arreglo a las expectativas de la norma jurídico penal de que se trate. Este estado debe haber existido en el momento de la conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, en grado suficiente para haberle impedido al individuo comprender lo injusto del hecho (falta de capacidad de comprensión) o de actuar según esta comprensión (falta de encauzamiento). Lo que excluye la

imputabilidad no es el hecho, por ejemplo, de haber actuado ebrio, sino el hecho de que el alcohol condujo al agente a un estado de grave alteración de la conciencia, que lo puso en una situación de incapacidad para comprender lo injusto del hecho o de actuar según esta comprensión.

Para eximirse por esta causal, no basta sólo el grado de conciencia, sino que se exige también, que se atienda a su origen, es decir, el estado de intoxicación no le debe ser imputable al autor. Desde este punto de vista, el estado de intoxicación puede ser preordenado, voluntario, culpable o inculpable.⁸³

Es preordenado cuando el sujeto ha querido llegar a ese estado para lograr una determinada finalidad delictiva. En esta hipótesis subsiste la imputabilidad del autor, y la imputación debe hacerse a título de dolo, ya que se trata de casos de acciones liberae in causa (acciones libres en la causa).

Es voluntario o culpable cuando el sujeto lo ha querido o ha llegado a ese estado por culpa, respectivamente, pero sin que, como en el primer caso, haya querido estar en el estado de intoxicación con una finalidad delictiva.

Es inculpable (fortuita o accidental) cuando el sujeto ha llegado a ella sin su voluntad y sin que se le pueda imputar culpa respecto de su producción.

En el Estatuto se indica que no procede la exención cuando el sujeto 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.

5.3. LEGITIMA DEFENSA.- En el artículo 31, inciso 1c, se establecen

⁸³ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Op. Cit., p. 249.

claramente dos supuestos diferenciados de Legítima Defensa:

- Primer Supuesto: Si bien el Estatuto no lo señala expresamente se debe entender que la situación de legítima defensa se funda en una agresión actual o inminente sobre un bien jurídico amenazado propio o de tercero. Esta agresión es el acontecimiento o acto de fuerza y también puesta en peligro de un bien protegido, proveniente de una conducta humana. Al respecto, se debe entender que la agresión debe ser real e ilegítima, es decir, el agredido no debe estar jurídicamente obligado a soportarla.

Habiéndose producido la agresión, se justifica la acción de defensa, la cual se funda en la necesidad racional de la defensa, en la falta de provocación por parte de quien se defiende y en la intención de defensa. La defensa a la que hace referencia el Estatuto se indica, debe ser necesaria y racional. La defensa es necesaria si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta. Que la defensa debe ser racional significa que debe ser razonable, aproximada, según las circunstancias del caso. Algunos autores atribuyen a este requisito un sentido de equivalencia matemática entre la naturaleza del ataque y la de la defensa. Esto no es exacto, pues hay que considerar el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión, esto es, la circunstancias del ataque, la naturaleza de la agresión, las distintas posibilidades de defensa del agredido, lo sorpresivo y violento de la agresión, la hora y lugar, la presencia actual o eventual de otras personas.⁸⁴ Finalmente, el Estatuto no hace referencia a otro elemento que siempre se toma en cuenta en la legítima defensa, que es el referente a la falta de provocación por parte de quien se defiende. Provocación se entiende, como el comportamiento del presunto defendido que induce o motiva la agresión.

⁸⁴ Ib., p. 242.

Tiene que tratarse de una provocación de cierto peso, esto es suficiente conforme al concreto medio social en que se da la conducta. Si ha existido provocación suficiente para causar la agresión, el provocador no puede invocar la legítima defensa.

- Segundo Supuesto: Esta segunda forma de legítima defensa se admite sólo en los supuesto de crímenes de guerra –casos que se precisa en el artículo 8 del Estatuto- y tiene como requisitos:

En primer lugar, que exista una agresión ilegítima, lo cual viene indicado al establecerse que tiene que darse “*un uso inminente e ilícito de la fuerza*”. Se precisa, que dicha agresión tiene que estar dirigida a un bien, que fuese esencial para la propia supervivencia o la de un tercero, o que se trate de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar.

En segundo lugar, frente a esta agresión, se permite un acto de defensa, es decir, una conducta dirigida a repeler o impedir dicho acto, siempre que se emplee un medio proporcional al grado de peligro que existe para la persona, un tercero o los bienes protegidos.

Asimismo, se resalta el hecho de que participar en una fuerza que realice una operación de defensa no es suficiente para constituir una circunstancia eximente de responsabilidad penal, puesto que se requiere necesariamente del primer requisito, es decir, de que exista una agresión dirigida a lesionar a la persona, tercero o bien esencial. Esta precisión, no era necesaria, pero de todos modos deja claro que, en crímenes de guerra no cualquier acto puede quedar comprendido en la presente eximente.⁸⁵

⁸⁵ Ib., p. 243.

5.4. MIEDO INSUPERABLE.- En esta eximente no se contempla la fuerza física que actúa sobre el cuerpo y excluye el comportamiento humano cuando es irresistible, sino la fuerte emoción producida por la perspectiva de un mal que deja al sujeto un margen de opción entre soportar un mal que lo amenaza o eludirlo realizando un acto punible. Por ende, estamos ante una circunstancia que genera un estado de perturbación anímica más o menos profunda, provocada por la previsión de ser víctima de un daño inminente contra su vida (muerte) o salud (lesiones corporales graves).⁸⁶

Las condiciones para aplicar esta eximente son:

- a) Que, el sujeto actuó u omitió compelido, impulsado, incitado, estimulado por la amenaza contra la vida o salud de él o de un tercero. Esta circunstancia parte de la contemplación de una situación motivacional, como lo es el miedo, esto es en la que falta al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal.
- b) Esta amenaza que genera el miedo tiene que ser insuperable. Es decir, hay que entenderlo como una fuerte emoción producida por la perspectiva de un mal, que deja al sujeto un margen de opción, entre soportar el mal que lo amenaza o eludirlo realizando un acto punible. No hay por qué restringir esta eximente sobre la base de que se trata de una causa de inimputabilidad, pues el miedo no tiene por qué llegar a consistir una alteración subjetiva cuyas vivencia prive al sujeto de su lucidez, o fuerza de voluntad, al modo de una especie de grave alteración de la conciencia; el miedo puede estar referido sólo a la motivación para actuar dejando a salvo las facultades del sujeto respecto de cómo actuar o sobre la conciencia de lo injusto. Miedo no ha de entenderse como terror. Basta que concurra un temor insuperable. Lo decisivo es el carácter insuperable o no de ese temor. Insuperable es lo que no se puede vencer, esto, es no poder en apreciación subjetiva, vencer lo que nos amenaza.

⁸⁶ Ib., p. 250.

- c) Que el mal sea igual o mayor. El miedo ha de ser de un mal igual o mayor que lo que el sujeto comete amparado por esta eximente. El mal que se trata de evitar debe ser igual o mayor, tomando en consideración el punto de vista del hombre medio o el del autor, y no desde un punto de vista de una proporcionalidad objetiva entre males. Si bien en el Estatuto el mal recae sobre bienes jurídicos fundamentales como la vida o la salud, con lo cual no existirá mayor problema respecto de este punto, lo decisivo es que le haya producido al sujeto un determinado estado emocional insuperable de un mal igual o mayor.

Asimismo, se indica en el dispositivo que el sujeto se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar la amenaza, con lo cual no se trata de decidir si la conducta amenazada esta justificada por haberse evitado un mal igual o mayor, sino de cuál hubiese sido la reacción del hombre en la situación del autor, pues se trata de enjuiciar al sujeto responsable.

5.5. CLÁUSULA GENERAL.- En el artículo 31, inciso 3, del Estatuto se establece una cláusula general en referencia a las eximentes de responsabilidad penal, al señalar que la Corte podrá tener en cuenta otra distinta a las indicadas en el Estatuto, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21 del Estatuto. El cual establece en referencia al derecho aplicable, que se puede emplear el derecho interno de los Estados que ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que dichos dispositivos no sean incompatibles con el Estatuto, ni con el Derecho Internacional, ni con las normas y estándares internacionalmente reconocidos. Por ende, se le atribuye a la Corte un considerable margen para invocar otras circunstancias eximentes.

5.6. MINORIA DE EDAD.- Sobre el particular, a diferencia de los Tribunales Ad Hoc, el Estatuto de la Corte Penal Internacional incluye una disposición expresa en su artículo 26 para el caso de menores de edad, respecto de los cuales la Corte se declara incompetente. De acuerdo con esta cláusula, el

tribunal no será competente respecto de las personas que fueron menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen. En este dispositivo, se hace referencia a lo que se denomina la minoría de edad, desde que el Derecho Penal comenzó a estructurarse, se consideró con razón que los menores de cierta edad debían ser sometidos a tratamiento jurídico especial cuando cometieran hechos punibles.

La psicología enseña que el patrocinio psíquico del niño y adolescente esta en proceso de estructuración y por lo mismo, no ha adquirido la madurez necesaria para una autodeterminación plena sobre la naturaleza y alcance de la propia conducta. Por lo tanto, el reto a asimilar el comportamiento de los menores al del adulto no equipara, en el plano jurídico, las consecuencias punitivas del hecho punible cometido. El simple hecho biológico de no haber cumplido la edad de 18 años fundamenta la exclusión de la responsabilidad penal, aun cuando el desarrollo de las capacidades intelectuales y volitivas del sujeto haga pensar que se trata de un individuo que puede comprender la significación ilícita de sus actos y obrar de acuerdo con esa comprensión se trata de: *una presunción iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario.⁸⁷

Al respecto, es ampliamente conocido que una de las más alarmantes tendencias en los conflictos armados contemporáneos, es el incremento del empleo de niños como soldados. Aunque muchos de estos niños cometen graves abusos, ellos son generalmente considerados como víctimas de los conflictos, pues son reclutados por su especial vulnerabilidad y maleabilidad, por su susceptibilidad al control psicológico y físico, al temor y la intimidación de sus jefes. Sobre este particular, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha tipificado en su artículo 8, inciso 2bxxvi, al reclutamiento y al alistamiento en las fuerzas armadas nacionales de niños menores de quince años o su utilización para la

⁸⁷ Ib., p. 247.

participación en las hostilidades como un crimen de guerra.⁸⁸

De acuerdo con un documento preparado por la UNICEF, con relación al establecimiento de la Corte Penal Internacional, actualmente los niños vienen siendo víctimas de manera creciente de actos de barbarie y crímenes atroces a manos de adultos, quienes también los utilizan como instrumentos para cometer atrocidades en función de sus intereses. En consecuencia, los niños necesitan ser protegidos contra todas las formas de violencia y trasgresión de sus derechos fundamentales. Así, existe la convicción de que los niños que acuden ante la Corte en calidad de víctimas, testigos o acusados, deberán ser tratados apropiadamente.

El Informe de Graca Machel⁸⁹ sobre el impacto de los conflictos armados en los niños, publicado en 1996, describe las experiencias traumáticas de los niños que han sido sustraídos de su entorno familiar, detenidos en campos militares y obligados a matar. De acuerdo con este informe, tales niños sufren regularmente de ansiedad por haber sido separados de sus familias, tienen problemas para dormir, dejan de jugar y sonreír, pierden el apetito y rechazaban cualquier contacto con las personas. El Informe también agrega que los más jóvenes tienen problemas de concentración en la escuela, algunos se tornan ansiosos o se deprimen, sienten desesperanza acerca de su futuro y desarrollan comportamiento agresivos. Con respecto a dichos problemas, el Children's Caucus⁹⁰ considera que la Corte Penal Internacional constituiría

⁸⁸ Comunicación de la Comisión Andina de Juristas al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, 25 de Mayo de 1998, p. 4.

⁸⁹ United Nations Department of Public Information. Bringing Justice to the Victims. Mayo, 1998. citado por FERNANDO PARDO SEGOVIA. Op. Cit., p. 63.

⁹⁰ United Nations Department of Public Information. Statement by Ms. Eva Boenders. Caucus on Children's Rights in the ICC. Junio 15, 1998, p. 1. citado por FERNANDO PARDO SEGOVIA. Op. Cit., p. 63.

un foro inapropiado para el juzgamiento y tratamiento de los menores de edad. En efecto, según dicha organización, la Corte, por su carácter punitivo, está fundamentalmente reñida con el propósito rehabilitatorio de la justicia juvenil. En este sentido, al asumir la responsabilidad de perseguir y tratar a los menores, la Corte tendría también que adoptar medidas sociales con relación al juicio, tratamiento y sentencia, de conformidad con los estándares internacionales existentes en materia de justicia juvenil.

La exclusión de la jurisdicción de la Corte de los menores que se encuentren por debajo de los dieciocho años no implica que los crímenes ejecutados por ellos no sean castigados ejemplarmente; tomando en consideración los principios de responsabilidad penal individual, la Corte podrá responsabilizar a los adultos que utilizaron a menores de edad para cometer crímenes. Más aun, si se determinara que tales adultos utilizaron deliberadamente a menores de edad para cometer crímenes o los utilizaron como víctimas.