

SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER A. "La legítima defensa en Derecho Internacional Penal: análisis de sus elementos con particular referencia a los crímenes de guerra", *Nuevo Foro Penal*, 92, (2019).

La legítima defensa en Derecho Internacional Penal: análisis de sus elementos con particular referencia a los crímenes de guerra

Self-defense in International Criminal Law: analysis of its elements with particular reference to war crimes

CHRISTOPHER A. SERVÍN RODRÍGUEZ^{1*}

Fecha de Recepción: 29/01/2019 - Fecha de aceptación: 06/06/2019

DOI: 10.17230/nfp.15.92.6

Resumen

La presente investigación analiza los elementos de la legítima defensa en Derecho internacional penal, con particular referencia a los crímenes de guerra. Bajo este objetivo, es examinado el artículo 31.1, inciso C, del Estatuto de Roma, para demostrar que la legítima defensa en relación con los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la agresión protege a la persona que la ejerce y a una tercera persona, pero en relación

1 * Catedrático de Derecho Internacional Público, 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); Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana (México).

Domicilio: Calle Tlacotalpan N° 27, Colonia Salud, Xalapa, Veracruz, México, Código Postal 91070. Correo electrónico: alexis_servin24@hotmail.com. Teléfono: 00 52 1 22 88 54 73 08

"Con especial cariño para mi gran amiga de vida: Karla Gutiérrez".

con los crímenes de guerra, su protección también abarca, sin ningún precedente, ciertos bienes. No obstante, ello podría ser contrario al Derecho internacional humanitario.

Abstract

The present investigation analyzes the elements of self-defense in International Criminal Law with particular reference to war crimes. In that regard, article 31.1, subsection C, of the Rome Statute is examined to demonstrate that self-defense in relation with crimes against humanity, genocide and aggression protects the person who exercise it and a third person, but in relation with war crimes, its protection also covers, without precedent, property. Nevertheless, this could be contrary to International Humanitarian Law.

Palabras clave

Derecho internacional penal, legítima defensa, eximentes de responsabilidad penal, responsabilidad internacional penal, Corte Penal Internacional.

Keywords

International Criminal Law, self-defense, grounds for excluding criminal responsibility, international criminal liability, International Criminal Court.

Sumario

1. Aspectos introductorios; 2. La responsabilidad del individuo y sus eximentes en el Derecho Internacional Penal: análisis de su fundamento y clasificación; 3. Eximentes de Responsabilidad: ¿resulta relevante que la CPI distinga jurisprudencialmente entre causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad?; 4. La legítima defensa en el derecho internacional consuetudinario y su cristalización en el estatuto de roma; 5. Legítima defensa en derecho internacional público, derecho internacional humanitario y derecho internacional penal: determinación de su relación y diferenciación; 6. Los elementos de la legítima defensa a la luz del estatuto de roma: análisis particular de su aplicación en los crímenes de guerra; 6.1. Un inminente e ilícito uso de la fuerza; 6.2. La puesta en peligro de bienes específicos legalmente protegidos; 6.3. Que la persona actúe razonablemente; 6.4. En forma proporcional al grado de peligro ocasionado; 6.5. Que ésta crea que ha sido atacada (elemento subjetivo); 7. Conclusiones; 8. Bibliografía; 9. Legisgrafía y jurisprudencia

1. Aspectos Introdutorios

A partir de la década de los noventa, dos áreas del derecho internacional se han desarrollado amplia y velozmente: el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional penal. El primero se desarrolló sobre la base de conceptos como el debido proceso legal y los derechos humanos tanto del acusado como de la víctima, mientras el segundo, en sus orígenes, se enfocó a crear y consolidar la noción de la responsabilidad internacional penal de la persona por la comisión de crímenes que atentan contra toda la Comunidad de Estados, en su conjunto, como el genocidio, los crímenes de *lesa humanidad*, los crímenes de guerra y la agresión. A raíz de la estrecha relación que guardan estas áreas del derecho internacional, ha surgido la necesidad de hallar un equilibrio entre los objetivos de enjuiciar y sancionar a los responsables de los crímenes internacionales y de garantizarles una defensa adecuada durante el desarrollo de un juicio en el que se respete el derecho al debido proceso legal, ello bajo el objetivo último de garantizar que la justicia internacional no se convierta en un mecanismo de venganza. Un ejemplo del logro de ese equilibrio lo es la regulación, en el Derecho internacional penal, de los argumentos defensistas que pueden ser invocados por un acusado de cometer crímenes internacionales, a fin de eximir su responsabilidad penal, entre los que se encuentra la legítima defensa; figura jurídica que legitima a un individuo a actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero, y en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o para garantizar una misión militar. Consecuentemente, el presente análisis aparte del reconocimiento que hace el Derecho internacional público de la subjetividad pasiva del individuo y su corolario en la identificación de la responsabilidad penal internacional 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 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 del derecho de defensa, en general. Seguidamente, tras la implementación de una examinación histórica, este estudio demuestra que desde un punto de vista cuantitativo, 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 su 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 tradicional distinción que el *civil law* hace de las eximentes de responsabilidad como causas de justificación y excluyentes de culpabilidad, bajo la finalidad de, primero, distinguir cuáles son las causas de justificación y las excluyentes de la culpa contempladas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y después, generar argumentos jurídicos que incentiven a la adopción de este criterio, a través de la vía jurisprudencia, por la Corte Penal Internacional. Luego, se aborda el reconocimiento que de la legítima defensa ha hecho el Derecho internacional penal consuetudinario, así como la existencia de loables, pero ineficaces esfuerzos en torno a su codificación en el seno la Organización de las Naciones Unidas, y la dificultad que implicó su final cristalización en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Después, el presente estudio distingue la regulación de la legítima defensa en tres distintas pero relacionadas e, incluso, mutuamente complementarias, áreas del derecho: el Derecho internacional público, el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional penal. Finalmente, la presente investigación se enfoca al análisis de los elementos que integran la legítima defensa a la luz del Derecho internacional penal, con particular referencia a los crímenes de guerra, para lo cual se emplea la regulación que de ésta hace el artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma, a fin de sustentar que la legítima defensa, por cuanto hace a los crímenes de lesa humanidad, al genocidio y a la agresión, abarca la protección de la persona que la ejerce, como la de un tercero, pero en tratándose de crímenes de guerra, la regulación de la legítima defensa, se extiende sin precedentes a la salvaguarda de bienes esenciales para realizar una misión militar, lo que puede resultar contrario a las normas del Derecho internacional humanitario.

2. La Responsabilidad del Individuo y sus Eximentes en el 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

2 El Derecho internacional 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, No. 10, septiembre de 1927, p. 18.

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. 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 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

3 El más significativo fue dado en 1945 al adoptarse la Carta de las Naciones Unidas que proclamó el valor y dignidad de la persona humana, 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, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª Edición, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 252 y ss.; Pastor Ridruejo, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª Edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp.187-225.

4 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "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, No. 1, 2 y 3, 1951, pp. 831- 859.

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 públicas) 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 penal internacional del individuo como uno de sus postulados rectores.

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 1864¹², lo cierto es que los juicios de Núremberg constituyen lo que puede ser considerado el certificado de nacimiento de dicha área del Derecho¹³, pues éstos marcan el final del predominio de la Doctrina del Acto de Estado, defendida vigorosamente por Hans Kelsen¹⁴, que sostenía que ningún Estado tenía jurisdicción

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

9 SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER, "La Internacionalización de la Responsabilidad Penal del Individuo: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare como Suplemento de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales", en GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *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, JUAN ANTONIO, *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, 1999, Madrid, pp. 23-27.

12 SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER, *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.

13 SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER, *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.

14 KELSEN, H., "Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law", *Jewish*

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 tanto, no debía 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 Internacional Militar 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.¹⁵

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 ejecutadas¹⁶

Ahora bien, aunque en los orígenes del Derecho penal internacional 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

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, 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, No. 3, 1994, pp. 8-12.

15 Juicio a los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Núremberg, 14 de Noviembre 1945 a 1º de Octubre de 1946, publicado en Núremberg, Alemania, 1947, p. 220.

16 *Ibidem*, p. 223.

la responsabilidad penal internacional del individuo¹⁷, lo cierto es que la superación de la citada visión Kelseniana no significa que el Derecho penal internacional 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 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 penal¹⁸. En este sentido, el Proyecto de Código de 1954 reconoció la existencia de la legítima defensa sólo en conexión con los crímenes contra la paz¹⁹. 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 derecho²⁰. Finalmente, el Proyecto de Código de 1996 adoptó los mismos criterios del Proyecto anterior, aunque en dispositivos diversos (artículos 14 y 15)²¹. 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

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

18 ESER, ALBIN, "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.

19 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.

20 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, páginas 213 a 270.

21 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), páginas 17 a 80.

proporcional a dicho peligro²². Asimismo, algunos de miembros de la Comisión apuntaron que para la procedencia de la coacción, la naturaleza de la exigencia demandada debía ser absoluta²³, y que el estado de necesidad era completamente irrelevante²⁴, añadiendo que la causa de fuerza mayor excluía el *actus reus*, debido a la falta de una conducta positiva²⁵.

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"²⁶. 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 penal. Varias de estas propuestas fueron incluidas en el Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional de 1996²⁷, 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 Roma²⁸.

Como consecuencia de lo anterior, las primeras eximentes de responsabilidad que se plantearon durante los Juicios de Núremberg tuvieron que ser regulados por medio de la jurisprudencia emitida por dicho Foro, y posteriormente, por la misma

22 AMBOS, K., "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", en CASSESE, ANTONIO, GAETA, PAOLA Y JONES, JOHN, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 1003-1048.

23 *Ibidem.*, p. 1016.

24 *Idem.*

25 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, página 7.

26 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 Periodo de Sesiones, celebrado del 2 de mayo al 22 de julio de 1994.

27 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, en particular consúltese pp. 519- 521.

28 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.

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.

Ahora bien, aunque se debe reconocer la importancia que reviste la labor jurisprudencial realizada por los tribunales 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 penal internacional que regula con cierta amplitud y certeza jurídica las eximentes de responsabilidad penal.

Acordes con lo anterior, es posible advertir que el Derecho penal internacional consuetudinario muestra la existencia de varios argumentos que se pueden invocar a favor de un acusado, a fin de eximirlo de su 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 defensasistas con fundamento de derecho internacional” como la necesidad militar, la obediencia de órdenes superiores, el castigo o sanción legal de civiles o combatientes enemigos que previamente fueron juzgados y encontrados culpables por crímenes de guerra u otros crímenes intencionales (tales como los crímenes contra la humanidad), las represalias legales (que incluyen el empleo de armas prohibidas, como respuesta a graves violaciones del Derecho internacional humanitario), el *tu quoque*, y la minoría de 18 años edad por parte del inculpado²⁹. Por otro lado, se hallan los “argumentos defensasistas con fundamento de derecho penal” como la incapacidad mental (enfermedad o deficiencia), el estado de intoxicación, la legítima defensa, la coacción, el estado de necesidad, el miedo grave o temor fundado, la causa de fuerza mayor, 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, el estado de necesidad, la coartada, el miedo grave o temor fundado, y la

29 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 defensasista de índole procesal y no sustantivo, por lo que no constituye una eximente de responsabilidad en Derecho Penal Internacional, 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.

causa de fuerza mayor) por haber sido recientemente cristalizados en el Estatuto de Roma bajo el nombre de “eximentes de responsabilidad”.

Sumado a ello, también es posible advertir los “argumentos defensasistas 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).

3. Eximentes de Responsabilidad: ¿Resulta Relevante que la CPI distinga jurisprudencialmente entre Causas de Justificación y de Exclusión de la 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 penales del globo, particularmente aquellos que mantienen una tradición jurídica romano-germánica (*civil law*), distinguen entre dos categorías de argumentos defensasistas de orden sustantivo: las causas de justificación y las causas de exclusión de la 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 hipótesis. 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 jurídica. 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 derecho.

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 defensa³⁰.

Para Cassese las causas de justificación responden a que la sociedad y el sistema jurídico creado por ella, prefiere un resultado que resulte 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 del atacante es considerada como algo menos negativo que la muerte de la persona que fue atacada ilícitamente³¹. 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 cuanto utilizan conceptos imprecisos, 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. Como bien apuntan Muñoz Conde y García Arán, 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 preponderante³². 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, aunque dicha causa de justificación en Derecho penal internacional es debatible en tanto los derechos humanos que lesionan los crímenes internacionales constituyen norma de *ius cogens*, y, por tanto, éstos deben respetarse incluso aunque sus titulares no estén de acuerdo). 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

30 Un destacado análisis de las causas de justificación en Derecho penal internacional puede encontrarse en: SCALIOTTI, MASSIMO, "Defences before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility - Part 1" *International Criminal Law Review*, Vol. 111, 2001, pp. 111-118.

31 CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2 ed., Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 255.

32 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 309-310.

principios de “preminencia del Derecho”, “proporcionalidad”, y de “necesidad”, entre otros³³. 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 cabo³⁴, por lo tanto, en las causas de exclusión de la culpa el elemento mental (*mens rea*) de los crímenes internacionales no puede existir³⁵.

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 son³⁶.

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

Ahora bien, es indispensable apuntar que la distinción entre causas de

33 *Idem*.

34 Sobre las causas de exclusión de la culpa en Derecho penal internacional consúltese: CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON, DARRYL Y WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3ª ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2014, pp. 398-399.

35 CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Cit., p. 256.

36 FLETCHER, GEORGE, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2000, p. 799.

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 penal anglosajón (*common law*), en donde sólo se emplea de manera amplia y genérica el concepto de “defensa”³⁷. 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 inocente³⁸. 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 sistema³⁹.

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 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 Corte⁴⁰.

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

37 Van SLIEDREGT, ELIES, *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.

38 *Idem*.

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

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

inocentes⁴¹.

De manera coincidente, Cassese señala tres específicas consecuencias prácticas que arroja la distinción aludida en el Derecho penal internacional 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 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 culpabilidad⁴².

2. La legítima defensa desplegada estará autorizada (siempre que cumpla con los requisitos esenciales de ésta) pese a que la conducta delictiva que se repele 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

41 AMBOS, KAI, “Defences in International Criminal Law”, en BROWN, B., (Ed) *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2011, pp. 299-329.

42 Cassese, Antonio, “Justification and Excuses in International Criminal Law”, en CASSESE, ANTONIO, GAETA, PAOLA Y JONES, JOHN, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 951-956.

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 jurídicamente⁴³.

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 una excluyente de culpabilidad. 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 causahabientes⁴⁴.

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 sistemática diferenciación entre las causas de justificación y de exclusión de la culpa.

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 penal internacional.

La primera, es que la existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez demostrada la existencia de la antijuridicidad. Así, la culpabilidad de

43 *Idem.*

44 *Idem.*

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 exlimitación 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 exlimitación 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 tanto, 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, por tanto, la misma será antijurídica. En cambio, un militar que durante un conflicto armado primero 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 de índole anglosajón (*common law*) y del corte romano-germánico (*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 su regulación”⁴⁵.

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), el empleo de la legítima defensa por error fáctico, y el 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 hecho por el *common law*, implica que una persona deba padecer todas las consecuencias que implica el uso de la fuerza empleada por otra, incluida la privación de la vida, solamente porque esta última equivocadamente creyó (genuina o razonablemente) estar en la necesidad de defenderse.

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

45 FLETCHER, GEORGE Y OHLIN JENS, *Defending Humanity: When Forces is Justified and Why*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 55.

-NI-) (uso de la fuerza en prevención de un delito o para llevar a cabo un arresto).

3. (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 la existencia de cualquier circunstancia fáctica:

a. La razonabilidad o no de esa creencia resulta relevante para determinar si D genuinamente la tuvo; pero

b. 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.⁴⁶

Por otra parte, cuando en los sistemas penales del *common law* también tradicionalmente ha considerado al exceso en la legítima defensa como una causa de justificación (al igual que a la legítima defensa), se 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 doloso⁴⁷.

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, permiten que la conducta despegada por una persona que, debido a un error fáctico, equívocamente cree que será atacada por otra y, por tanto, ejerce el uso de la fuerza en contra de otra, 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

46 Criminal Justice and Immigration Act 2008, chapter 4, art. 76 (4) (b).

47 DRESSLER, JOSHUA, *Understanding Criminal Law*, LexisNexis, Nueva Jersey, 2006, p. 249.

cual arroja como consecuencia sólo la imputación de un delito de índole imprudencial o culposo⁴⁸, 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 ende, 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 penalmente⁴⁹; 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 actuó⁵⁰.

48 KREBS, BEATRICE, “Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, No. 3, 2013, pp. 382-410, en particular p. 395.

49 CÓDIGO PENAL ALEMÁN, promulgado en el 13 de noviembre de 1998, artículo 33.

50 Constancia de ello otorga el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida en la Quinta Época, con número de registro 293243, consultable en el Seminario Judicial de la Federación, Tomo CXXIX, página 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 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*

Las consecuencias antes apuntadas (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 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 culpa⁵¹. Sin embargo, respecto a la regulación del exceso en la legítima defensa, las legislaciones penales de *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 penal internacional, a través del ejercicio jurisprudencial que de ello pueda hacer Corte Penal Internacional.

En conclusión, tomando en consideración la relevancia de la distinción entre causas de justificación y de exclusión de la responsabilidad, resulta necesario darnos a la labor de clasificar, en causas de justificación y de exclusión de la culpa, a las eximentes de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma. Así, como causas de justificación se advierten: la legítima defensa (art. 31, inciso "c"), el error de hecho o error de derecho (art. 32.1 y 32.2), el cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales (art. 33.1 y 33.2), el desistimiento de ejecutar la conducta o impedir que ésta se lleve a cabo (25, inciso "f"). Por su parte,

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."

51 DRESSER, J., *et al*, Cit., p. 239.

se contemplan como causas de exclusión de la culpa: la enfermedad o deficiencia mental (art. 31, inciso "a"), el estado de intoxicación (art. 31, inciso "b"), y la coacción (art. 31, inciso "d").

Finalmente, se debe reconocer que no en todos los juicios de orden penal internacional resultará relevante la distinción entre causas de justificación y de exclusión de la culpa. Sin embargo, en aquellos casos en que se planteen situaciones como las antes comentadas, 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 incluyente de los diferentes sistemas jurídicos del mundo, y no bajo una en la que predomine el sistema del *common law*.

4. La Legítima Defensa en el Derecho Internacional Consuetudinario y su Cristalización en el Estatuto de Roma

Con independencia de la tradición jurídica de que se trate (*civil law* o *common law*), el derecho penal frecuentemente reconoce la legítima defensa como un argumento a favor del inculpado que excluye su responsabilidad penal, tras autorizar a la víctima de un delito a protegerse a sí mismo; protección que, frecuentemente, también se ha hecho extensiva respecto a otras personas⁵² y a ciertos bienes, como la propiedad⁵³. Dicho argumento ha sido acogido por los principales sistemas jurídicos del mundo, e incluso, ha sido considerado como un derecho humano del inculpado⁵⁴. Tal ha sido la importancia reconocida a la legítima defensa, que ésta se encuentra reconocida constitucionalmente por un significativo número de Estados como: Antigua y Barbuda, Las Bahamas, Barbados, Belice, Chipre, Granada, República Cooperativa de Guyana, Jamaica, Malta, Nigeria, Estado Independiente de Samoa, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, República de Zimbabue, Eslovaquia, e Inglaterra, entre otros⁵⁵.

La consideración de la legítima defensa como derecho humano es controversial⁵⁶.

52 FLETCHER, GEORGE, *Rethinking Criminal Law*, Op Cit., p. 868.

53 CARPENTER, CATHERINE, "Of the Enemy Within, The Castle Doctrine, and Self-Defense", *Marquette Law Review*, Vol. 86, No. 4, 2003, pp. 653-700.

54 KOPEL, DAVID, GALLANT, PAUL Y EISEN JOANNE, "The Human Right of Self-Defense", *Brigham Young University Journal of Public Law*, Vol. 22, 2007, pp. 43-178.

55 *Ibidem*, pp. 138-139.

56 NACIONES UNIDAS, Documento A/HRC/Sub.1/58/27 (July 27, 2006), *Prevention of Human Rights*

Sin embargo, esta noción se encuentra incorporada en tratados de derechos humanos de gran relevancia, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en su artículo 2 dispone:

Artículo 2 Derecho a la vida.

1. El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionadamente, salvo en la ejecución de una condena a la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. *La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:*

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.⁵⁷

En el ámbito del derecho internacional, el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas contempla a la legítima defensa como un “derecho inmanente” de los Estados en caso de un ataque armado en contra un miembro de las Naciones Unidas⁵⁸.

Explicando el citado artículo 51, Dinstain señala “La noción jurídica de legítima defensa tiene sus orígenes en las relaciones interpersonales, y está consagrada en los sistemas jurídicos domésticos desde tiempos inmemorables.”⁵⁹

Por su parte, el artículo 38 de la Carta de San Francisco determina como fuente subsidiaria de derecho internacional a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En torno a ello, y sin reflexionar respecto a lo anacrónico que puede ser el término “naciones civilizadas”, hoy en día la legítima defensa (personal) se encuentra reconocida prácticamente por todas las

Violations Committed with Small Arms and Light Weapons, Human Rights Council, Sub-Committee on the Promotion and Protection of Human Rights, visible en: <http://www.geneva-forum.org/Reports/20060823.pdf>. (consultado el 21 de Junio de 2018).

57 CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14, Completado por el Protocolo Adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13, Vilna, 2002.

58 CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, San Francisco, 26 de julio 1945, artículo 51.

59 DINSTAIN, YORAM, *War, Aggression, and Self-Defense*, 5ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 181.

jurisdicciones del mundo⁶⁰, y por lo tanto, puede ser considerada un principio general de derecho (reconocido por las naciones -“civilizadas”-), elevado a rango de fuente de derecho internacional, que a su vez constituye derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, conforme al artículo 21.1, inciso (b).

Aunque se encuentra contemplada en prácticamente todos los sistemas jurídicos del mundo, y por ende, constituye un principio general de derecho, la legítima defensa en la práctica de los tribunales encargados de juzgar crímenes internacionales hasta ahora ha jugado un papel poco destacado, debido a que la mayoría de los argumentos defensoristas, en este tipo de foros, tradicionalmente se han enfocado a tratar de demostrar la no acreditación de alguno(s) de los elementos de los crímenes imputados. Sin embargo, el principio a la legítima defensa ha sido reconocido en un número significativo de casos.

Así, en los inicios de este *corpus iuris*, el Tribunal Internacional Militar de Tokio señaló: “Cualquier ley, internacional o municipal que prohíba el recurso a la fuerza, esta necesariamente limitada por el derecho a la legítima defensa”⁶¹

Por su parte, el Tribunal Militar Estadounidense establecido en Núremberg emitió un *obiter dictum* relacionado con el elemento subjetivo de la legítima defensa, en el que señaló:

El efecto del argumento alegado será determinado no por un estándar objetivo, sino por uno subjetivo [...] En el caso de la legítima defensa el sólo hecho de que un peligro estaba presente, no es suficiente. Tiene que haber una creencia real de buena fe, por parte del individuo que alega la legítima defensa, respecto a la existencia de ese peligro.⁶²

Más recientemente, el Tribunal Internacional Penal para la AntiguaYugoslavia, confirmó que:

el principio de la legítima defensa, establecido en el artículo 31, párrafo 1, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional refleja disposiciones normativas que se encuentran en la mayoría de los códigos penales nacionales y puede ser considerado como la cristalización de una regla de

60 WALLERSTEIN, SHLOMIT, “Justifying the Right to Self-Defense: A Theory of Forced Consequences”, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, pp. 999-1035.

61 TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR PARA EL LEJANO ESTE, *Caso Hirota y Otros*, 1948, párrafos 356 a 364.

62 TRIBUNAL MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS, Caso No. 58, *Alfried Felix Alwyn Krupp y Otros*, 17 de noviembre de 1947 a 30 de junio de 1948, Núremberg, p. 148.

derecho internacional consuetudinario.⁶³

En 1954, con la elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de ese año, se reconoció la existencia de la legítima defensa como eximente de responsabilidad sólo en conexión con el crimen contra la paz⁶⁴. Sin embargo, en los Proyectos de Código de 1991 y 1996 la referencia expresa a la legítima defensa se sustituyó por una alusión genérica a la posible admisión de eximentes de responsabilidad que constituyeran principios generales del derecho⁶⁵. En este sentido, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional, durante la elaboración del Proyecto de Código de 1996 disertaron que la legítima defensa no era admisible, debido a la naturaleza de los crímenes en cuestión, mientras que el relator especial Daudou Thiam propuso su admisión sólo en casos de agresión, señalando que ésta podía ser invocada por los dirigentes de un Estado, respecto de los actos que han ordenado o emprendido en respuesta a una agresión de que ha sido objeto el Estado⁶⁶.

Paralelamente, en 1991 la Comisión de Derecho Internacional presentó un Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, el cual fue sometido a la Asamblea General en 1994⁶⁷. Posteriormente, la Asamblea General designó a un Comité *ad hoc*⁶⁸ que presentó en 1995 un informe en el cual, por primera vez, se consideraron de manera conjunta las disposiciones relativas a la creación y a la jurisdicción de una corte penal internacional, así como a la definición de los crímenes internacionales⁶⁹. Una vez presentado dicho informe, un último Comité Preparatorio fue creado por la Asamblea General bajo el mandato de revisar el informe anterior, a fin de crear un ulterior Proyecto de Estatuto que sirviera de base para la Conferencia

63 TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, III Sala de Juicio de Primera Instancia, Caso No. IT-95-14/2-T, *Kordić y Čerkez*, 26 de febrero de 2001, p. 133, párrafo 451.

64 NACIONES UNIDAS, Documento A/RES/897/(IX), *Cit.*, artículo 2.1.

65 NACIONES UNIDAS, Documento A/46/10, *Cit.*, páginas 213 a 270; NACIONES UNIDAS, Documento A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 1), *Cit.*, páginas 17 a 80.

66 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, página 7.

67 NACIONES UNIDAS, Documento A/49/10 (F), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994, Vol. II, pp. 42-91.

68 NACIONES UNIDAS, Documento A/RES/49/53, Resolución de la Asamblea General sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 874ª Sesión Plenaria, 9 de diciembre de 1994.

69 NACIONES UNIDAS, Documento A/RES/50/46, Resolución de la Asamblea General sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 87ª Sesión Plenaria, 11 de diciembre de 1995.

de Plenipotenciarios que se convocaría más tarde en 1997, a fin de dar vida a la Corte Penal Internacional; dicho proyecto final fue presentado en 1996⁷⁰.

De esta forma, la legítima defensa fue incluida en el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1996. Sin embargo, su conceptualización y hasta su último contenido normativo fue arduamente controvertido, debido a las diferencias conceptuales que de ella hacen los distintos sistemas jurídicos⁷¹.

Así, el aspecto más difícil de la regulación de la legítima defensa, hecha por el artículo 31.1, párrafo, inciso (c), del Estatuto de Roma, fue determinar si la defensa de un bien permite la exclusión de la responsabilidad penal. Además, algunos miembros del Comité insistieron en que ello era posible, mientras otros apuntaron que esto nunca debía ser permitido. Varios intentos fueron hechos a fin de limitar o reducir el significado genérico de la palabra “bien”, pero ninguna calificativa fue aceptada. La palabra “esencial”, que inicialmente fue admitida, debió ser calificada tras generar su referencia a un objetivo. Así, la frase “esencial para la supervivencia de personas” fue relativamente aceptada en tanto alude a la defensa de personas. Sin embargo, existieron fuertes objeciones en relación a la frase “esencial” en el caso de “realizar una misión militar”, que fue añadida bajo la propuesta formulada por Estados Unidos en junio de 1998⁷². En torno a ello, se argumentó que era inconcebible permitir la defensa de un bien para justificar el genocidio y los crímenes contra la humanidad. Ello llevó a sugerir que la aplicación de dicha disposición podía limitarse, a través de hacerla permisiva sólo para los crímenes de guerra. Así, la última frase del párrafo 1, inciso (c), del artículo 31.1, que originalmente fue insertado como nota al pie, eventualmente se convirtió en el elemento final el sumamente complicado compromiso normativo⁷³.

Al respecto, Cassese arduamente esgrime que si bien el artículo 31, párrafo 1, del Estatuto de Roma codifica una regla de derecho internacional consuetudinario, y también agrega una cláusula que es ajena a este derecho, bajo la cual puede

70 NACIONES UNIDAS, Documento A/RES/51/207, Resolución de la Asamblea General sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 88ª Sesión Plenaria, 17 de diciembre de 1996.

71 Lee, Roy, *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 206.

72 El inciso (b), párrafo primero, de la propuesta estadounidense apunta: “*Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero, o en defensa de un bien, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, de una forma proporcionada al grado de peligro para la persona o los bienes protegidos*”. NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/C.1/WGGP/L.2, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 16 de junio de 1998.

73 *Ibidem*, p. 208.

argumentarse la legítima defensa, en tratándose de crímenes de guerra, para defender un bien que sea esencial para realizar una misión militar⁷⁴.

De esta forma, la versión final del artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma que fue aprobado el 17 de julio de 1998, dispone:

1. 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) [...]

b) [...]

c) Actuar 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;⁷⁵

5. Legítima Defensa en Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal: determinación de su relación y diferenciación

Previo al análisis de los elementos que integran la legítima defensa, a la luz de la cristalización de este principio en el artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma, resulta necesario distinguir el papel que juega la legítima defensa en tres distintas pero relacionadas y, incluso, mutuamente complementarias, áreas del derecho: el Derecho internacional público, el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional penal. Esta distinción debe hacerse en tres aspectos.

El primer aspecto implica comprender que la legítima defensa puede aplicarse en dos niveles; en un nivel macro, relacionado con los Estados, y en un nivel micro, relativo a los seres humanos.

Así, partiendo de que los crímenes internacionales, particularmente los crímenes de guerra, son cometidos por individuos frecuentemente en el marco de

74 CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Cit., p. 261.

75 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Cit.*, artículo 31.1, inciso (c).

un conflicto armado entre Estados o (guerra), se debe tener presente que el Derecho internacional público contemporáneo confía a la Organización de las Naciones Unidas, y otras organizaciones de carácter regional, la adopción de medidas, incluso de carácter coercitivo, para restablecer la paz si ésta fuera transgredida, y por tanto, con carácter de *ius cogens* ha proscrito el uso o amenaza de la fuerza por los Estados y ha institucionalizado el derecho a la guerra (*ius ad bellum*)⁷⁶. De esta forma, el artículo 2, párrafo cuarto, de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe a los Estados el uso y amenaza de la fuerza (en sus relaciones internacionales). Sin embargo, el artículo 51 de la propia Carta contempla a la legítima defensa individual o colectiva (frente a un ataque armado) como una excepción a dicha norma⁷⁷. Por lo tanto, puede concluirse que el Derecho internacional público regula la legítima defensa sólo en “nivel macro”, la cual puede ejercerse de manera “individual”, por un sólo Estado, o de forma “colectiva” por varios Estados (en apoyo del Estado atacado).

Por su parte, toda vez que el Derecho penal internacional regula el comportamiento humano en torno a los crímenes internacionales competencia de la Corte, es posible advertir que la regulación que de la legítima defensa hace éste cuerpo normativo, a la luz del artículo 31.1, inciso (c) del Estatuto de Roma, debe ser realizada exclusivamente a “nivel micro”, es decir, de manera “personal”.

Ahora bien, partiendo de que el Derecho internacional público permite el empleo de la legítima defensa, resulta necesario dilucidar ¿si la acreditación de ésta a nivel macro, ya sea “individual” o “colectiva”, apareja implicaciones respecto a la acreditación de la legítima defensa “personal” (a nivel micro) que es regulada por el derecho penal internacional? La respuesta a dicho planteamiento fue otorgada, primero, por jurisprudencia reiterada emitida por tribunales internacionales, y posteriormente, por el derecho penal internacional codificado.

Así, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, al resolver el caso *Kordić y Čerkez*, señaló que: “las misiones militares desplegadas en legítima defensa no otorgan una justificación por graves violaciones al derecho internacional

76 Al respecto consúltese: PASTOR RIDRUEJO, JUAN ANTONIO, *Cit.*, pp. 613-625.

77 Aparte de la legítima defensa, el Derecho internacional público contemporáneo contempla dos adicionales excepciones a la prohibición al uso o amenaza de la fuerza: a) las medidas de seguridad colectiva que la ONU puede tomar, como órgano de la Comunidad Internacional, con respecto a un Estado que represente una amenaza para la paz y la seguridad internacionales; medidas que se encuentran estipuladas en el capítulo VII de la Carta de San Francisco, y b) el derecho a recurrir a la fuerza en caso de guerra de liberación nacional. *Vid.* SWINARSKI, CHRISTOPHER, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ginebra, 1984, p. 10.

humanitario”⁷⁸

Por su parte, el Tribunal Especial para Sierra Leona hizo alusión a la noción de una “guerra justa”, en la sentencia de primera instancia pronunciada en el caso *Fuerza Civil Defensiva*, apuntando que:

aunque la comisión de esos crímenes trasciende límites aceptables, lo cierto es que éstos se cometieron en defensa de una causa que es papablemente justa y defendible, como lo es actuar en defensa de la constitucionalidad mediante la participación en una lucha o pelea que se orienta hacia la restauración del Gobierno democráticamente electo del Presidente Kabbah, y sin duda, tale circunstancia constituye una circunstancia atenuante a favor de las dos personas acusadas⁷⁹

No obstante, la Sala de Apelación del citado Tribunal, revocó el criterio anterior, señalando que:

cualquier consideración de que Fofana y Kondewa actuaron bajo una causa justa [...] no debe ser considerada como una defensa contra su responsabilidad penal [...] Fofana y Kondewa también han argumentado que el motivo [por el que cometieron los crímenes] debe ser considerado un factor atenuante. [Sin embargo] La Sala de Apelaciones no ha encontrado ningún caso resuelto por un tribunal penal internacional en el que tal argumento haya sido aceptado.⁸⁰

Asimismo, la codificación hasta ahora más importante del derecho penal internacional, es decir, el Estatuto de Roma, de forma expresa manifiesta en la última parte del artículo 31.1, inciso (c), que: “...El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal...”⁸¹

Por lo tanto, aun cuando un beligerante haya participado en una operación armada “individual” o “colectiva”, que esté justificada a la luz del artículo 51 de la Carta de San Francisco, por haberse desplegado bajo el derecho a la legítima

78 TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, III Sala de Juicio de Primera Instancia, Caso No. IT-95-14/2-T, *Kordić y Čerkez*, 26 de Febrero de 2001, p. 133, párrafo 452, (la traducción es propia).

79 TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, I Sala de Juicio, Caso No. SCSL-04-14-T, *Moinina Fofana y Allieu Kondewa*, 9 de octubre de 2007, p. 30, párrafo 86.

80 TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelación, Caso No. SCSL-04-14-A, *Moinina Fofana y Allieu Kondewa*, 28 de mayo de 2008, párrafo 523 y 525.

81 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Cit.*, artículo 31.1, inciso (c).

defensa Estatal, ello *per se* no es motivo suficiente para considerar que dicho beligerante se encuentra protegido por una legítima defensa “personal” en derecho penal internacional, frente a la comisión de un crimen internacional que aquél haya cometido, pues para tal efecto, en todo caso, se deben satisfacer los requisitos señalados por el artículo 31.1, inciso (c) del Estatuto de Roma. Luego entonces, este razonamiento también aplica a *contrario sensu*, esto es, que la acreditación de la legítima defensa “personal” en derecho penal internacional *per se* tampoco conlleva la demostración de una legítima defensa “individual” o “colectiva” que puede ser argumentada por un Estado, porque para ello se deben satisfacer las exigencias señaladas por el artículo 51 de la Carta de San Francisco.

El segundo aspecto implica la idea de que los crímenes internacionales pueden ser cometidos por individuos que actúan con capacidad pública, por ser órganos de Estado (Jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores y Agentes Diplomáticos), y con capacidad privada, por actuar como meras personas, pero con independencia de la capacidad con la actúen, se les puede atribuir responsabilidad penal internacional bajo la aplicación del artículo 27 del Estatuto de Roma, que prohíbe la improcedencia del cargo oficial (como eximente de responsabilidad). Por consiguiente, aunque la última oración del artículo 31.1, inciso (c) del Estatuto de Roma apunta que el hecho de que una persona participe en una operación defensiva (desplegada por un Estado) no basta para eximirla de su responsabilidad penal (a la luz de lo señalado en la primera oración del artículo antes mencionado), ello no significa que el referido individuo no cuente con ningún medio de defensa que excluya su responsabilidad ante la Corte Penal Internacional, debido a que el artículo 31.3 del citado Estatuto señala que la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta (a las indicadas en el citado numeral 31.1) que se desprenda del derecho aplicable por la Corte, conforme al artículo 21 del mismo Estatuto, entre las que se encuentran los tratados, los principios, y las normas de derecho internacional aplicables, como lo puede ser el artículo 51 de la Carta de San Francisco. Luego entonces, por ejemplo, si un Jefe de Estado, que actúa en su capacidad pública, ordena el despliegue de una operación defensiva, a fin de responder el ataque de otro Estado, éste no podría, evidentemente, argumentar la legítima defensa conforme a la primera oración del aludido artículo 31.1, inciso (c), debido a que existe prohibición expresa de ello, por parte de la segunda oración que integra el anterior numeral; sin embargo, podría esgrimir aspectos defensivos, que en todo caso excluyan su responsabilidad penal, en términos del artículo 51 de la Carta de la ONU, bajo la aplicación del artículo 31.3 del Estatuto de Roma.

El tercer y último aspecto, estriba en apreciar la especial regulación que el Derecho internacional humanitario hace respecto a la legítima defensa.

En este sentido, por inicio de cuestiones, se debe observar que (reconociendo la ineficacia de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, y observando que a lo largo de la historia los Estados en múltiples ocasiones han acudido, de forma lícita o ilícita, a la Guerra) el Derecho internacional público imperiosamente ha regulado la conducta de los beligerantes durante las hostilidades, tanto en conflictos armados de índole internacional, como de carácter interno, a través de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los conflictos armados (*ius in bellum*), el cual se encuentra integrado por las reglas que regulan los medios y modos de combatir (Derecho de La Haya), las normas que tratan de manera específica la protección de las víctimas en la guerra (Derecho de Ginebra), y las disposiciones que se orientan a la adopción de mecanismos efectivos para sancionar el incumplimiento de las normas antes aludidas (Derecho de Nueva York); normatividades, que hoy en día, en su conjunto integran el moderno Derecho internacional humanitario⁸².

De esta forma, el Derecho internacional humanitario básicamente contempla la noción de la legítima defensa por medio del Derecho de Ginebra, a través de una serie de disposiciones que regulan el combate armado, en un contexto donde las reglas de la guerra pueden ser o no respetadas. Así, por ejemplo, si durante un conflicto armado, un beligerante que corre el riesgo de ser muerto, por una persona enemiga que participa en las hostilidades, actúa de manera defensiva y, antes de que ocurra esto, priva de la vida a su enemigo, ello no es considerado un crimen de guerra. Pero también, si dicho beligerante es confrontado por medio de un ataque ilícito llevado a cabo por un civil o por un prisionero de guerra, estos últimos perderán su calidad de personas especialmente protegidas, y el acto de defensa desplegado por el citado combatiente no podrá calificarse tampoco como crimen de guerra. Consecuentemente, el Derecho internacional humanitario (con independencia de que sean o no respetadas las norma que regulan los medios y modos de combatir) contempla una serie de disposiciones que, bajo ciertas circunstancias, permiten que una persona ejerza el derecho a la legítima defensa, y por tanto, debido a que los combatientes actúan en representación al Estado (o al grupo armado al que pertenecen), la legítima defensa que ellos despliegan se funda en un nivel macro, y por ende, el artículo 31.1, inciso (c) del Estatuto de Roma es innecesario e, incluso, inaplicable en estos casos.

82 SALMÓN, ELIZABETH, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Lima, 2004, p. 63.

6. Los elementos de la legítima defensa a la luz del estatuto de Roma: análisis particular de su aplicación en los crímenes de guerra

Aunque previo a la instauración de la Corte Penal Internacional ha sido reconocido jurisprudencialmente por algunos tribunales internacionales y también ha sido regulado de forma específica en relación con el crimen de agresión⁸³, el principio de la legítima defensa fue codificado por primera vez en Derecho penal internacional, a través del artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma; dicha codificación sin lugar a dudas constituye un significativo eslabón integrante de la cadena del derecho de defensa, a la luz de este cuerpo normativo. Así, el citado dispositivo regula la figura de la legítima defensa aludiendo a ciertos elementos esenciales que la componen. Sin embargo, éste es omiso respecto a la regulación particular de tales elementos y, por tanto, como bien apunta AMBOS, su análisis debe realizarse a la luz del derecho comparado⁸⁴, en tanto los mismos tradicionalmente han sido normados, aunque no de forma homogénea, por la mayoría de las legislaciones nacionales que contemplan esta figura.

El artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma estipula que se está en presencia de la legítima defensa cuando:

[una persona] 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 de 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.

Conforme a dicho numeral, cuatros son los elementos *sine qua non* que integran la legítima defensa, a saber:

- a. que un inminente e ilícito uso de la fuerza;
- b. ponga en peligro bienes específicos legalmente protegidos,
- c. que la persona actúe razonablemente, y
- d. en forma proporcional al grado de peligro ocasionado, y
- e. que ésta crea que ha sido atacada (elemento subjetivo).

83 *Supra*, notas al pie de página 56, 57 y 59.

84 AMBOS, KAI, "Defences in International Criminal Law", *Cit.*, p. 307.

6.1. Un inminente e ilícito uso de la fuerza

La legítima defensa como eximente de responsabilidad penal exige la acreditación de un *inminente* e *ilícito* uso de la *fuerza*.

Respecto al concepto de *fuerza* es posible observar cierta unanimidad doctrinal; en este sentido varios son los autores que sostienen que la fuerza debe conceptualizarse de manera amplia, a fin de contemplar tanto los ataques físicos, como las amenazas psicológicas, siempre que estas últimas no se limiten a la existencia de meras manifestaciones de trascendencia futura, sino que conlleven a una coacción real que acontece en el presente⁸⁵.

Por su parte, cuando el artículo 31.1, inciso (c) del Estatuto de Roma alude a que el uso de la fuerza debe ser *inminente*, debe considerarse que se satisfecerá la calidad de "inminente" si el uso de la fuerza inmediatamente antecede a la defensa que se realiza, ya sea que aquél se haya ejercido o esté por implementarse. En otras palabras, el uso de la fuerza será inminente cuando haya una amenaza directa del empleo de la fuerza, o bien, cuando el uso de la fuerza ya se haya materializado, o se esté llevando a cabo⁸⁶. Lo anterior se traduce en que la persona que se defiende del uso inminente de la fuerza no tiene necesariamente que esperar a que el peligro se materialice, aunque tampoco puede realizar actos preventivos, y aún menos puede responder a un ataque que ya se haya evitado o terminado.

En torno a ello, aunque en la redacción inicial del artículo previamente citado se contempló un criterio subjetivo (propio del sistema *del common law*) para determinar la existencia de la amenaza (uso de la fuerza inminente), que sólo exige que el actor esté convencido genuinamente de ello⁸⁷, lo cierto es que en la redacción final de la aludida disposición se decidió abandonar tal estándar probatorio, y se optó por un examen probatorio objetivo (característico del *civil law*), bajo el cual se exige que la referida amenaza debe existir objetivamente (y no sólo que el actor "crea

85 AMBOS, KAI, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", *Cit.*, p. 1032; ESER, ALBIN, "Grounds for Excluding Criminal Responsibility [Article 31 of The Rome Statute]", en Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª ed., Baden-Baden: Nomos, Portland, 2008, pp. 863-893.

86 VAN SLIEDREGT, ELIES, *Cit.*, p. 12.

87 NACIONES UNIDAS, Documento A/AC.249/1998/L.13, Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Informe de la Reunión entre Periodos de Sesiones Celebrada en Zutphen (Países Bajos) del 19 al 30 de Enero de 1998, artículo 25.

razonablemente” que existe) al momento de que éste ejecuta la defensa⁸⁸.

El tercer sub-elemento consiste en que el uso de la fuerza sea *ilícito*, así será ilícito si éste no está legalmente permitido⁸⁹. Al respecto se debe tener presente que la parte *in fine* del artículo 31.1, inciso (c) del Estatuto señala que el hecho de participar en una fuerza que realice una operación de defensa no bastará para constituir una eximente de la responsabilidad penal, por lo que, aun cuando una persona haya intervenido en una operación armada “individual” o “colectiva”, que esté justificada a la luz del artículo 51 de la Carta de San Francisco, ello no será motivo suficiente para actualizar la legítima defensa.

6.2.La puesta en peligro de bienes específicos legalmente protegidos

Bajo la regulación hecha por el artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma, la legítima defensa se encuentra limitada a la protección de bienes específicos legalmente protegidos.

El citado artículo justifica, con relación a todos los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional, que una persona despliegue una acción para defenderse a sí misma o a otra, para lo cual es necesario que la situación de peligro que se enfrenta ponga en grave riesgo la vida o la integridad física⁹⁰, aunque autores como Merkel, consideran que también a la libertad⁹¹. Ello se debe a la influencia del derecho comparado, pues en gran parte de los sistemas jurídicos del mundo, la legítima defensa no se constriñe a la defensa de uno mismo, y por ende, también comprende la defensa de otra persona, que se encuentra en peligro por una acción ilícita⁹².

Sin embargo, con relación a los crímenes de guerra, dicha disposición permite que una persona ejerza la legítima defensa para salvaguardar un bien. Esta idea

88 De esta forma, una persona que realmente no es atacada o puesta en peligro, pero que razonablemente crea que si lo está, en todo caso, podría argumentar la eximente de responsabilidad penal consistente en el error de hecho, conforme al artículo 32 del Estatuto de Roma.

89 CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON, DARRYL Y WILMSHURST, ELIZABETH, *Cit.*, p. 409.

90 AMBOS, KAI, “Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility”, *Cit.*, p. 1003.

91 MERKEL, REINHARD, “Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 114, 2009, pp. 437-454.

92 KOPEL, DAVID, GALLANT, PAUL Y EISEN JOANNE, *Cit.*, p. 1033

surgió en la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma bajo el planteamiento de Estados Unidos e Israel, quienes invocaron disposiciones constitucionales en torno a sostener que la defensa que una persona hace de su hogar, es perfectamente legítima⁹³. Así, la delegación estadounidense incluso propuso otorgar un tratamiento similar a la defensa de la vida y de la integridad física, por un lado, y de la propiedad, por otro⁹⁴. Sin embargo, dicha propuesta no obtuvo mucha aceptación y en la redacción final del artículo 31.1, inciso (c) del Estatuto, la protección de los bienes fue limitada considerablemente, tras sólo permitirla en el caso de los crímenes de guerra bajo los siguientes dos supuestos.

a. Cuando ese bien, con independencia de su naturaleza, sea “*esencial para la supervivencia de dicha persona o de un tercero*”; lo que implica, por una parte, que no debe haber duda acerca de que la vida de la persona o la de un tercero está en grave riesgo, y, por otro lado, que dicho bien no sólo permita que la persona continúe viviendo (sobreviva), sino que éste debe ser indispensable (esencial) para su supervivencia.

b. Cuando dicho bien “*sea esencial para realizar una misión militar*”. Sin lugar a dudas este último planteamiento constituye la parte más polémica y criticada del artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma⁹⁵, pues es difícil de aceptar la idea de que la protección de un bien, que en lo absoluto permite garantizar la vida o la integridad física de una persona, pueda justificar la comisión de crímenes de guerra, máxime que el Derecho internacional humanitario sólo permite la protección de bienes que conlleven a garantizar la supervivencia de la población civil⁹⁶, y por tanto, prohíbe la comisión de crímenes de guerra, bajo la intención de repeler un ataque ilícito en contra de un bien distinto a los antes señalados, por lo que dicho supuesto normativo ha sido férreamente criticado por tratar de

93 AMBOS, KAI, “Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility”, *Cit.*, p. 1003.

94 *Idem*.

95 SCALIOTTI, M., *Op. Cit.*, p. 120.

96 Al respecto el artículo 54.2 del PROTOCOLO I ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES, DEL 8 DE JUNIO 1977, dispone: “Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito.”

legitimar una conducta que está prohibida por las normas del *ius in bello*. Consecuentemente, ha sido señalado que a través de esta disposición se intenta establecer, por medio del Derecho penal internacional, un nuevo estándar sustantivo en el Derecho internacional humanitario, consistente en permitir la comisión de crímenes de guerra para proteger bienes (militares) que sirvan para llevar a cabo una misión militar, los cuales tradicionalmente bajo el Derecho internacional humanitario constituyen legítimos objetivos militares⁹⁷. Bajo estas consideraciones, existe cierta preocupación de que la legítima defensa pueda ser empleada para permitir el uso de escudos humanos, a fin de proteger algún bien esencial para realizar una misión militar⁹⁸.

A fin de evitar que esta cláusula pueda ser usada como una “panacea” en cualquier tipo de confrontación armada, al menos cuatro limitantes han sido apuntadas.

La primera alude a tener presente que durante la Conferencia de Plenipotenciarios algunas delegaciones opinaron que la legítima defensa sólo es aplicable en el contexto de una “operación lícita”⁹⁹.

La segunda exige estar consciente de que la palabra “misión” abarca todo tipo de operaciones militares, sin importar cuál sea su importancia en el contexto del conflicto y con independencia del número de personas que participen en ella, pero al mismo tiempo demanda observar que la palabra “bien” mantiene un significado limitado, pues no se permite la defensa de cualquier bien, sino sólo de aquél que de manera “esencial” permitan “realizar” la misión, es decir, del “bien” que de manera indispensable permita alcanzar los objetivos que dicha misión persigue, por lo que si la misión militar puede ser realizada sin la protección de dicho “bien” o por medio de su sustitución, entonces ese “bien” no será “esencial”, y por ende, no podrá protegerse bajo la figura de la legítima defensa¹⁰⁰.

La tercera gira en torno a que la protección de un “bien” “esencial” no debe ser equiparada al principio de la “necesidad militar”, debido a que el artículo 31.1., inciso

97 CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Cit., p. 262.

98 DAVID, ÉRIC., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruylant, Bruselas, 1994, p. 693.

99 NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.3, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Comisión Plenaria, Informe del Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales del Derecho Penal, 7 de julio de 1998, p. 2, nota al pie de página 3.

100 ESER, ALBIN, “Grounds for Excluding Criminal Responsibility [Article 31 of The Rome Statute]” Cit., p. 882.

(c), del Estatuto, sólo permite la comisión de crímenes de guerra como respuesta a un uso ilícito de la fuerza, mientras en la “necesidad militar” no se exige dicho requisito, y por ende, eventualmente su esta última es más amplia¹⁰¹.

La cuarta apunta que el uso de la fuerza, así como el peligro que afronta la persona o el bien debe ser “objetivamente acreditado”, y no sólo debe exigirse que actor “crea razonablemente” que existe al momento de que éste ejecuta la defensa¹⁰².

6.3. Que la persona actúe razonablemente

La reacción defensiva debe ser razonable en términos de ser necesaria y eficaz, a fin de evitar el peligro. Así, una defensa será razonable cuando el daño causado al agresor sea absolutamente necesario para repeler la agresión, lo cual implica que la reacción defensiva no puede ser excesiva, y causar más daño del que es necesario para repeler el ataque, ni tampoco que ésta deba ser ineficiente o inútil para tal efecto¹⁰³. En otros términos, la acción defensiva debe ser adecuada y minimalistamente severa, pero efectiva, a fin de evitar el peligro¹⁰⁴.

Ahora bien, ¿es procedente la legítima defensa cuando una persona reacciona defensivamente de forma razonable, pero ella se ha auto-expuesto al peligro o lo ha provocado? A fin de resolver dicho planteamiento, se debe partir de que la llamada *culpa in causa* no está explícitamente regulada por el artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto. Sin embargo, dado que el inciso (d) de dicho numeral señala que la intoxicación voluntaria no actualiza la legítima defensa, tras una interpretación sistemática de ambas disposiciones, podría concluirse que la legítima defensa tampoco se actualiza cuando una persona por sí misma se expone al peligro o lo provoca; esta interpretación incluso es acorde con la opinión sostenida por el Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales del Derecho Penal, que refiere que: “la exposición voluntaria al peligro no constituye una base para aplicar la legítima

101 *Idem*; GILBERT, JÉRÉMIE, “Justice not Revenge: The International Criminal Court and The Grounds to Exclude Criminal Responsibility: Defences or Negation of Criminality?”, *The International Journal of Human Rights*, No. 10, pp. 143-160, particularmente p. 13.

102 ESER, ALBIN, “Grounds for Excluding Criminal Responsibility [Article 31 of The Rome Statute]” *Cit.*, p. 882.

103 *Idem*.

104 AMBOS, KAI, “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 6, 2008, pp. 261-287, en particular, p. 275.

defensa”¹⁰⁵. Asimismo, es posible intentar responder dicha interrogante, a través de acudir al derecho comparado, pues éste muestra que tanto en los sistemas del *common law*, como en los del *civil law*, la mayoría de los tribunales se han mostrado reacios a considerar actualizada la legítima defensa en casos de *culpa in causa*¹⁰⁶, aunque esta posición no es del todo homogénea, ya que existen sistemas, como el estadounidense, en donde la jurisprudencia atestigua la existencia de una regla jurídica que señala que: “una persona no puede ser privada de su derecho a la legítima defensa, sólo por haber ido lícitamente a un lugar donde sabía que posiblemente sería atacada”¹⁰⁷. Consecuentemente, la respuesta al citado planteamiento no estar del todo clara, y al parecer podrá ser determinada en un sentido u otro por la Corte Penal Internacional, según lo dispone el párrafo artículo 31.2 del Estatuto.

6.4. En forma proporcional al grado de peligro ocasionado

La legítima defensa no es un derecho absoluto, ésta requiere una reacción defensiva razonable y también proporcional al peligro ocasionado. La proporcionalidad implica que la acción de defensa empleada no debe causar un daño mayor (no desproporcionado) en comparación con el peligro evitado, por lo tanto, la defensa será proporcional a través de dilucidar si el daño causado es cuantitativa y cualitativamente alícuota al “grado de peligro” que afronta. De esta forma, el principio de proporcionalidad otorga un equilibrio a los intereses en conflicto del agresor y de la persona que se defiende¹⁰⁸, a fin de aproximar a la legítima defensa al concepto de la defensa necesaria¹⁰⁹. De esta forma, privar de la vida a un agresor sólo será admisible como *ultima ratio*, a fin de evitar graves lesiones a la integridad física o la muerte o de sí mismo o de un tercero¹¹⁰. Luego entonces, por ejemplo, si (A) se encuentra parado en el techo de un edificio y se percata que será golpeado de una manera no letal por (B), y como única forma de evitar dicho golpe, (A) empuja

105 NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.3, *Cit.*, p. 2, nota al pie de página 5.

106 GUR-ARYE, Miriam, *Actio Libera in Causa in Criminal Law*, Harry Sacher Institute, Hebrew University, Jerusalem, 1984, pp. 82-91.

107 ORMEROD, DAVID Y LAND, KARL, *Smith and Hogans. Criminal Law*, 14ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2015. pp. 261-262.

108 FLETCHER, GEORGE, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, p. 136.

109 AMBOS, KAI, “Defences in International Criminal Law”, *Cit.*, p. 308.

110 *Idem.*

a (B), provocando que caída del citado edificio y muera, dicha acción defensiva será desproporcional al daño evitado, y por tanto, no actualizará la legítima defensa. Bajo este contexto, la CPI podría implementar “el test de proporcionalidad”¹¹¹ bajo el cual se pueden analizar circunstancias sumamente particulares, como el tipo de armas empleadas, que auxilian a la determinación cualitativa y cuantitativa de la existencia o no del equilibrio entre el “daño causado” y el “grado de peligro” confrontado.

6.5. Que ésta crea que ha sido atacada (elemento subjetivo)

Finalmente, la legítima defensa entraña un elemento subjetivo, que si bien no es señalado de forma expresa por el artículo 31.1, inciso (c), del Estatuto de Roma, éste puede ser advertido en la redacción del citado dispositivo que señala que una persona debe actuar razonablemente en “defensa propia” o, bien, puede ser extraído de los principios generales del derecho, de acuerdo a lo estipulado por artículo 31.3, en relación con el numeral 21.1, inciso (c), ambos del Estatuto de Roma¹¹². Por consiguiente, el uso de la fuerza no puede ser justificado por el sólo hecho de que objetivamente exista un uso inminente e ilícito de la fuerza, porque para ello también se requiere que la persona que repele la agresión actúe de buena fe, esto es, bajo el conocimiento de que ella o un tercero están siendo atacados y, posiblemente, bajo la creencia de que se encuentra legitimada para desplegar una acción defensiva; ello apunta AMBOS, legitima con fortaleza el argumento de que el acto defensivo implementado está justificado y es lícito¹¹³, pues de no ser así, es decir, de que la conducta defensiva responda a motivos distinto al deseo de defenderse, como podrían ser las razones de odio y de venganza, se estaría justificando una conducta naturalmente ilícita. Sin embargo, debido a que la motivación es un fenómeno humano, cabe la posibilidad de que el lícito deseo de defenderse pueda convivir con la ilícita intención del odio o la venganza, y por tanto, para la procedencia de la legítima defensa se requiere que ésta se encuentre motivada, aunque no de forma exclusiva, en fines defensivos. En torno a ello, Keijzer señala el siguiente ejemplo:

En un determinado país sufre de una fuerte tensión racial entre las personas de piel blanca y las de piel roja. Un genocidio inicia; personas de piel blanca matan a varias con piel roja. Una persona de piel blanca llamado John,

111 ESER, ALBIN, “Grounds for Excluding Criminal Responsibility [Article 31 of The Rome Statute]”, *Cit.*, p. 883.

112 AMBOS, KAI, “Defences in International Criminal Law”, *Cit.*, p. 308.

113 *Ibidem*, p. 309.

aunque le gustaría ver a aniquiladas a las personas de piel roja, no participa en la matanza, consiente de las consecuencias penales que ello aparejaría. Un día, tres personas de piel roja traspasan su hogar con el aparente propósito de violar a su mujer. John mata a las tres personas de piel roja. Esto le proporciona una doble satisfacción: el haber salvado el honor de su esposa, y al mismo tiempo, el haber contribuido a la destrucción de las personas con piel roja, como grupo.¹¹⁴

7. Conclusiones

El Derecho penal internacional en sus orígenes se centró en la fundamentación jurídica de la responsabilidad penal internacional 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 inculpado, 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 penal internacional 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 penal internacional consuetudinario han sido incorporadas en el Estatuto de Roma, al tiempo que otras han sido expresamente prohibidas, por lo que aún no está dicho todo en este tema. Asimismo, aún falta por ver si la Corte adoptará, por la vía jurisprudencial, la clásica distinción entre causas de justificación y excluyentes de culpabilidad, formulada por los sistemas del *civil law*.

El desarrollo de algunas de éstas eximentes, particularmente el de la legítima defensa, fue acogido por el Derecho penal internacional consuetudinario, por medio de su inicial consideración como principio general del derecho internacional, y posteriormente, a través de su limitada codificación en relación con los crímenes contra la paz, y finalmente, tras su considerable codificación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esta última codificación sin lugar a dudas constituye un significativo eslabón en la cadena del derecho de defensa en Derecho penal

114 KIJZER, NICO, Conferencia Presentada en el Congreso intitulado: "Preparing for the ICC. Course for Policymakers", impartido en La Haya del 19 al 21 de mayo de 2001, citado por VAN SLIEDREGT, ELIES, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, p. 237.

internacional, en donde el principio de la legítima defensa es regulado por su artículo 31.1, inciso (c), a través del establecimiento de sus elementos integradores. Sin embargo, este dispositivo es omiso respecto a la regulación particular de tales elementos y, por tanto, su análisis necesariamente debe realizarse a la luz del derecho comparado, en tanto la mayoría de las legislaciones nacionales tradicionalmente los han normado, aunque no de forma homogénea, y por tanto, hoy en día se erigen importantes incógnitas que deberán ser resueltas por la Corte, particularmente en lo relativo a los crímenes de guerra, porque en torno a ello, sin precedentes, se legitimó su comisión, bajo el empleo de la legítima defensa, a fin de proteger ciertos bienes que permiten realizar una misión militar.

Bibliografía

- AMBOS, KAI, "Defences in International Criminal Law", en BROWN, B., (Ed) *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2011.
- AMBOS, KAI, "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.
- AMBOS, KAI, "May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?", *Journal of International Criminal Justice*, No. 6, 2008.
- AMBOS, KAI, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", en CASSESE, ANTONIO GAETA, PAOLA Y JONES, JOHN, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.
- CARPENTER, CATHERINE, "Of the Enemy Within, The Castle Doctrine, and Self-Defense", *Marquette Law Review*, Vol. 86, No. 4, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, "Droit International et Souveraineté des Etats", *Recueil des Cours de L'académie de Droit International de La Haye*, 1996-I.
- CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, 2 ed., Oxford University Press, Nueva York, 2008.
- CASSESE, ANTONIO, "Justification and Excuses in International Criminal Law", en CASSESE, ANTONIO, GAETA, PAOLA Y JONES, JOHN, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, Nueva York, 2002.
- CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON, DARRYL Y WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3ª ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2014.

- DAVID, ÉRIC, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruylant, Bruselas, 1994.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª Edición, Tecnos, Madrid, 1999.
- DINSTAIN, YORAM, *War, Aggression, and Self-Defense*, 5ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- DRESSLER, JOSHUA, *Understanding Criminal Law*, LexisNexis, Nueva Jersey, 2006.
- ESER, ALBIN, "Grounds for Excluding Criminal Responsibility [Article 31 of The Rome Statute]", en Triffterer, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª ed., Baden-Baden: Nomos, Portland, 2008.
- ESER, ALBIN, "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.
- FLETCHER, GEORGE, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- FLETCHER, GEORGE, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- Gil Gil, A., *Derecho Penal Internacional. Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999,
- FLETCHER, GEORGE Y OHLIN JENS, *Defending Humanity: When Forces is Justified and Why*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.
- GILBERT, JÉRÉMIE, "Justice not Revenge: The International Criminal Court and The Grounds to Exclude Criminal Responsibility: Defences or Negation of Criminality?", *The International Journal of Human Rights*, No. 10.
- GUR-ARYE, MIRIAM, *Actio Libera in Causa in Criminal Law*, Harry Sacher Institute, Hebrew University, Jerusalem, 1984.
- KELSEN, HANS, "The Rule Against Ex Post Facto and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, Vol. II, No. 3, 1994.
- KELSEN, HANS, "Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law", *Jewish Yearbook of International Law*, 1948.
- KELSEN, HANS, "Théorie du Droit International Public", *Recueil des Cours de L'académie de Droit Internationale de la Haye*, Tomo 84, 1953.
- KELSEN, HANS, "Will the Judgment in The Hague Trial Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", *International Law Quarterly*, Vol. I, 1947.
- KELSEN, HANS, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals", *California Law Review*, Vol.

31, Issue 5.

- KIJZER, NICO, Conferencia Presentada en el Congreso intitulado: "Preparing for the ICC. Course for Policymakers", impartido en La Haya del 19 al 21 de mayo de 2001.
- KOPEL, DAVID, GALLANT, PAUL Y EISEN JOANNE, "The Human Right of Self-Defense", *Brigham Young University Journal of Public Law*, Vol. 22, 2007.
- KREBS, BEATRICE, "Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, No. 3, 2013.
- LEE, ROY, *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999.
- MERKEL, REINHARD, "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 114, 2009.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, Séptima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- ORMEROD, DAVID Y LAND, KARL, *Smith and Hogans. Criminal Law*, 14ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2015.
- PASTOR RIDRUEJO, JUAN ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª Edición, Tecnos, Madrid, 2002.
- RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Madrid, 2001.
- SALMÓN, ELIZABETH, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Lima, 2004.
- SCALIOTTI, MASSIMO, "Defences before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility - Part 1" *International Criminal Law Review*, Vol. 111, 2001.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER, *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.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER, "La Internacionalización de la Responsabilidad Penal del Individuo: El Principio Aut Dedere Aut Iudicare como Suplemento de los Ordenamientos Jurídicos Nacionales", en GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *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.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER, *La Paz: ¿Un Objetivo de la Corte Penal Internacional?*, Porrúa, Ciudad de México, 2013.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, CHRISTOPHER, *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.
- SWINARSKI, CHRISTOPHE, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ginebra, 1984.
- VAN SLIEDREGT, ELIES, *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.
- VAN SLIEDREGT, ELIES, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012.
- WALLERSTEIN, SHLOMIT, "Justifying the Right to Self-Defense: A Theory of Forced Consequences", *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005.
- 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, No. 1, 2 y 3, 1951.

Legisgrafía y Jurisprudencia

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries*, Washington D.C., 1985.
- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, San Francisco, 26 de julio 1945.
- CÓDIGO PENAL ALEMÁN, promulgado en el 13 de noviembre de 1998.
- CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14, Completado por el Protocolo Adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13, Vilna, 2002.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, KELSEN, HANS, Sentencia Barcelona Traction, Light and Power Company (Bélgica vs. España 2ª Fase), Reports 1970.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Sentencia Lotus (Francia vs. Turquía), Serie A, No. 10, septiembre de 1927.
- CRIMINAL JUSTICE AND IMMIGRATION Act 2008.
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 17 de julio de 1998.

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.

NACIONES UNIDAS, Documento A/49/10 (F), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994, Vol. II.

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 46ª Período de Sesiones, celebrado del 2 de mayo al 22 de julio de 1994.

NACIONES UNIDAS, Documento A/AC.249/1998/L.13, Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Informe de la Reunión entre Períodos de Sesiones Celebrada en Zutphen (Países Bajos) del 19 al 30 de Enero de 1998.

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.

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.

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).

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.

NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/C.1/WGGP/L.2, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 16 de junio de 1998.

NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.3, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Comisión Plenaria, Informe del Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales del Derecho Penal, 7 de julio de 1998.

NACIONES UNIDAS, Documento A/HRC/Sub.1/58/27 (July 27, 2006), *Prevention of Human Rights Violations Committed with Small Arms and Light Weapons*, Human

Rights Council, Sub-Committee on the Promotion and Protection of Human Rights, visible en: <http://www.geneva-forum.org/Reports/20060823.pdf>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (México), Primera Sala, Quinta Época, número de registro 293243, consultable en el Seminario Judicial de la Federación, Tomo CXXIX.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, I Sala de Juicio, Caso No. SCSL-04-14-T, *Moinina Fofana y Allieu Kondewa*, 9 de octubre de 2007.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelación, Caso No. SCSL-04-14-A, *Moinina Fofana y Allieu Kondewa*, 28 de mayo de 2008.

TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR PARA EL LEJANO ESTE, Caso *Hirota y Otros*, 1948.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, III Sala de Juicio de Primera Instancia, Caso No. IT-95-14/2-T, *Kordić y Čerkez*, 26 de febrero de 2001.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, III Sala de Juicio de Primera Instancia, Caso No. IT-95-14/2-T, *Kordić y Čerkez*, 26 de Febrero de 2001.

TRIBUNAL MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS, Caso No. 58, *Alfried Felix Alwyn Krupp y Otros*, 17 de noviembre de 1947 a 30 de junio de 1948, Núremberg.

TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÚREMBERG, *Juicio a los Principales Criminales de Guerra*, 14 de Noviembre 1945 a 1º de Octubre de 1946, publicado en Núremberg, Alemania, 1947.