

**La Eximente de Responsabilidad Penal por Trastorno Mental en el
Derecho Penal Internacional.
Su operatividad y relevancia.**

Monografía para la obtención del requisito de grado presentada por
Juan Sebastian Rengifo Rubio.
Bajo la dirección de
Mauricio Vanegas Moyano.

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Facultad de Jurisprudencia.
Bogotá Colombia.
2010.

Tabla de Contenidos.

Capítulo 1: Aspectos Básicos: Los Sistemas Penales.	Págs. 1-23.
1.1. Introducción.	Pág. 1.
1.1. La historia del Derecho Penal Internacional.	Pág. 2.
1.1.2. La historia de los trastornos mentales como eximente de la sanción penal.	Pág. 4.
1.1.3. El “principio de culpabilidad” y cómo se va a organizar esta monografía.	Pág. 7.
1.2. Los trastornos mentales como eximente de la sanción penal en el derecho domestico.	Pág. 11.
1.2.1. La inimputabilidad en el Derecho Colombiano.	Pág. 11.
1.2.2. La <i>insanity defense</i> en el <i>Common Law</i>	Pág. 17.
1.2.3 la irresponsabilidad por trastorno psíquico, neuropsíquico o anulación del discernimiento o control de sus actos en Francia.	Pág. 21.
Capitulo 2: la eximente de la pena por insanía mental en el Derecho Penal Internacional.	Págs. 24-59.
2.1. La historia de los tribunales penales internacionales.	Pág.24.
2.1.1. Los Tribunales de Nuremberg y Tokio, sus antecedentes y legado.	Pág.24.
2.1.2. La Historia del conflicto en la Ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.	Pág. 28.
2.1.3. La historia del conflicto en Rwanda y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda.	Pág. 29.
2.1.4. La historia del conflicto en Timor Este y la creación de los Paneles Especiales para Crímenes Serios de la Corte del Distrito de Dili.	Pág. 30.
2.1.5. La historia del conflicto en Sierra Leona.	Pág. 32.
2.2. Aspectos jurídicos de la defensa por trastorno mental.	Pág. 33.
2.3. La defensa de insanía mental en los tribunales internacionales.	Pág.38.
2.3.1. Los Tribunales de Nuremberg y del Lejano Oriente.	Pág. 38.
2.3.1.1. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg	Pág. 38.
2.3.1.1.a) El caso Rudolph Hess.	Pág. 38.
2.3.1.1.b) El caso Strautch.	Pág. 41.
2.3.1.2. El Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente.	Pág. 44.

2.3.2. Los Tribunales de Rwanda, la Ex Yugoslavia y Sierra Leona.	Pág. 45.
2.3.2.a) el caso de Esad Landzo.	Pág. 48.
2.3.2.b) El caso de Goran Jelusic.	Pág.52.
2.3.2.c) Consideraciones finales sobre las reglas de los tres tribunales.	Pág.54
2.3.3: Los Paneles Especiales de la Corte del Distrito de Dili.	Pág. 56
2.3.3.a) El caso de Josep Nahak.	Pág. 59.
Capitulo 3: El Estatuto de la Corte Penal Internacional.	Págs. 60-70.
3.2. El artículo 31.1. A) del Estatuto de Roma.	Pág. 60.
3.3. La circunstancia eximente de responsabilidad penal por trastorno o enfermedad mental frente a las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y el artículo 21 del Estatuto de Roma.	Pág. 62.
3.4. Aspectos finales sobre la circunstancia eximente de responsabilidad penal por trastorno o enfermedad mental y sus consecuencias en el régimen de la Corte Penal Internacional.	Pág. 67.
Capitulo 4: La Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito y la Justicia Transicional.	Págs. 71-83.
4.1. La Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito.	Pág. 72.
4.2. La Justicia Transicional.	Pág. 78.
Capitulo 5. Conclusiones.	Pág. 82.
Bibliografía.	Pág. 84.

Capítulo 1: Aspectos Básicos: Los Sistemas Penales:

Parte 1: Introducción

El Derecho Penal Internacional es una rama bastante reciente del Derecho Internacional Público^{1 2}. En ese orden de ideas, el Derecho Penal Internacional le debe mucho a otras especialidades del Derecho Internacional, como lo son el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, puesto que si bien estas dos especialidades pueden y deben separarse del Derecho Penal Internacional, ciertos crímenes involucran tanto infracciones a las normas de DIH como a las de Derechos Humanos. En consecuencia, han dotado al Derecho Penal Internacional de parte de su contenido y por tanto podríamos considerarlas –guardadas las proporciones- como ancestros evolutivos de la especialidad, materia de esta monografía.

¹ De acuerdo al profesor Malcolm N. Shaw “el tribunal de Nuremberg (...) fue el primer tribunal penal internacional y marca el verdadero punto de partida del Derecho Penal Internacional.” (traducción del autor de esta monografía). Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 400.

² En este sentido debemos hacer la salvedad que hay controversias sobre este punto, así, podemos ver en la entrada de extraterritorialidad y territorialidad de la ley penal de la Enciclopedia Penal Básica dirigida por Diego-Manuel Luzón Peña (2002) en su acápite 3 referente al principio de universalidad o de justicia universal o mundial, numeral III lo siguiente:

“III. Derecho penal internacional e internacional penal.— Sobre estos conceptos no hay unanimidad. Por Derecho penal internacional se entiende mayoritariamente el conjunto de preceptos (del Derecho interno de cada país) sobre aplicación extraterritorial de la ley penal, añadiendo algunos autores también la regulación de la ayuda judicial internacional en materia penal y en especial la extradición. Y Derecho internacional penal se denomina, también mayoritariamente, a un sector, aún en ciernes, del Derecho internacional que pretende establecer una legislación penal de la comunidad internacional que proteja los intereses fundamentales de la misma, y que sea aplicable por tribunales internacionales a ciudadanos de todos los países.

Sin embargo, hay quienes en sentido restrictivo reservan el concepto de Derecho penal internacional para preceptos del Derecho interno sobre delitos en que el bien jurídico afectado pertenece a la comunidad internacional, mientras que el resto de la regulación espacial de la ley penal y la entrea ayuda judicial internacional los consideran como Derecho procesal penal internacional. O quienes, en el sentido ampliatorio opuesto, utilizan el término Derecho penal internacional en sentido amplio, incluyendo tanto los aspectos internacionales del Derecho penal interno de los Estados como el Derecho internacional penal estricto, o sea, los aspectos penales del Derecho internacional. Y también se da la propuesta de denominar Derecho penal internacional, no a los preceptos del Derecho interno sobre la ley penal en el espacio y la extradición, sino precisamente a las normas del Derecho internacional en materia penal, o sea, como concepto equivalente a Derecho internacional penal.

Un comienzo de auténtico Derecho internacional penal se ha producido con la aprobación del Estatuto de la Corte o Tribunal Penal Internacional, aprobado en Roma el 17-7-1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas, pero aún pendiente de entrada en vigor hasta su ratificación por el número suficiente (60) de Estados.” Luzón Peña, Diego-Manuel (director); editorial Comares S.L., 2002; Pág. 714.

En ese sentido, para los fines de esta monografía nos afiliamos a la tercera propuesta sobre el concepto de Derecho Penal Internacional descrita anteriormente, es decir denominar como tal a las normas del Derecho Internacional en materia penal. Y en ese sentido consideramos que si bien esta especialidad se vale de reglas y principios comunes en el Derecho Penal Doméstico de los Estados es una especialidad parte del Derecho Internacional Público por su naturaleza y relación con esta rama del derecho; y más aun, consideramos que su comienzo data desde el tribunal de Nuremberg debido a la relevancia que cobra el individuo en el Derecho Internacional, tal y como en su momento explicaremos en el trascurso de este trabajo.

1.1. La historia del Derecho Penal Internacional:

Así las cosas, si bien el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos tienen sus orígenes en el siglo XVI³ y en la Revolución Francesa respectivamente, no es sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial que estas dos especialidades del Derecho Internacional Público comienzan a dotar de parte de su contenido al Derecho Penal Internacional en los Tribunales internacionales de Nuremberg y de Tokio.

Como es sabido, es en estos Tribunales internacionales cuando por primera vez se buscó castigar y en muchos casos se hizo, las serias ofensas cometidas por unos individuos no solo contra un Estado o grupo de Estados, sino contra la humanidad entera. Sin embargo, antes que nada; es menester precisar –algo que ampliaremos en el capítulo 2 de esta monografía- que existe un antecedente en cuanto a la consagración de la responsabilidad penal individual en Derecho Internacional en el tratado de Versalles de 1919 que dio término a la Primera Guerra Mundial, con el fin de juzgar al Kaiser Willhem II quien de acuerdo a las potencias victoriosas había sido el causante de esta conflagración.

Con esto mente volvemos a después de la Segunda Guerra Mundial a los Tribunales de Nuremberg y Tokio, los cuales consideraron que las ofensas cometidas por las potencias del eje fueron efectuadas bajo las órdenes o al menos, el auspicio de un Estado, cosa que hubiera bastado para absolver a los responsables bajo el concepto de soberanía clásica⁴ que implica; además, que el súbdito debe cumplir y los demás Estados no deben intervenir; Sin embargo, se consideró que estos individuos eran penalmente responsables, o mejor aun, que sus conductas transgredieron normas de relevancia para toda la humanidad y que esta trasgresión tenía consecuencias.

Es decir, parafraseando a Ambos Kai, el Derecho Penal Internacional surgió cuando apareció “un conjunto de normas”⁵ - algunas posteriores, otras creadas en ese momento- “que establecen consecuencia jurídico-penales”⁶ a delitos contra la Humanidad. Y esta es exactamente la razón del nacimiento del Derecho Penal Internacional, ya que antes de Nuremberg –si bien hubo intentos después de la Primera Guerra Mundial como ya dijimos y antes de la Segunda- no había consecuencias penales –al menos reales como veremos en su momento en cuanto al tratado de Versalles y el Kaiser Willhem II- para los individuos que transgredieran las normas que después se volverían parte del Derecho Penal Internacional tal como son las que componen el Derecho Internacional

³ Si bien hay ciertos antecedentes en el derecho romano, y un trabajo previo de Francisco de Vitoria (de iure belli hispanum in barbaros, 1532). Es De iure bellis ac pacis (1625) uno de los primeros trabajos académicos en tratar de sistematizar los usos y costumbres de la guerra respecto a todas las naciones, sin embargo solo hasta finales del siglo XIX se firma el primer tratado sobre la materia.

En ese sentido, podemos ver que desde la Declaración de París de 1856 de respeto a las leyes del mar se firman las convenciones de Ginebra de 1864 sobre el mejoramiento de las condiciones de los heridos en ejércitos en el campo de batalla y de 1906 sobre el mejoramiento de las condiciones de los heridos y enfermos en el campo de batalla, las tres convenciones de la Haya de 1907 (que tratan sobre las leyes de la guerra en tierra y mar) y la treceava convención de la Haya de 1907 sobre los aspectos restantes de las leyes de la guerra. Lista tomada de Malanczuk, Peter; Akehurst's Modern Introduction to International Law, seventh revised Edition; ed. Routledge, 7ª edición, 1997. pág. 344.

⁴ Esto lo desarrollaremos en su momento en los capítulos 4 y 5 de esta monografía.

⁵ Kai, Ambos. Parte General del Derecho Penal Internacional, 2005. ed. Temis, Pág. 34

⁶ Kai, Ambos. Opus cit. Pág. 34

Humanitario, los Derechos Humanos, o lo que en el Estatuto de Nuremberg se conocía como crímenes contra la paz⁷. Máxime cuando los Derechos del Hombre se volvieron de obligatorio respeto para los Estados y en consecuencia con verdadero poder vinculante para sus ciudadanos, con la aparición del neo constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial⁸.

Así las cosas, los tribunales penales internacionales de Nuremberg y Tokio desarrollaron un conjunto de reglas y principios que, aun hoy, son las bases del Derecho Penal Internacional. Paralelo a esto, una nueva comunidad de Estados que tenía el norte común de prevenir una catástrofe como la Segunda Guerra Mundial, formó la Organización de Naciones Unidas, que será determinante en la evolución de esta rama del Derecho Internacional Público.

En la actualidad, y después de una evolución del Derecho Penal Internacional que examinaremos posteriormente, el respeto a sus normas es una preocupación compartida por la mayoría de Estados, incluso más allá de las obligaciones que se adquieran bajo tratados internacionales⁹. Decenas de individuos han sido al menos procesados por tribunales domésticos¹⁰ o internacionales por esta clase de delitos, ya que el Derecho Penal Internacional como tal examina la responsabilidad penal individual y castiga a los individuos que cometen crímenes de esta categoría, pero no a los Estados quienes, sin embargo, pueden ser hallados internacionalmente responsables y tener sanciones políticas, económicas o militares de acuerdo a las normas de las Naciones Unidas y a otras normas de similar trascendencia de los sistemas regionales. Adicionalmente, los Estados pueden incurrir en brechas a obligaciones internacionales de acuerdo al régimen

⁷ Contemporáneamente denominado como Crimen de agresión.

⁸ Zagrebelsky, Gustavo; El Derecho Dúctil. Ley, derechos, Justicia; ed. Trotta 4ª edición 2002. Págs. 65 a 69.

⁹ Esto en gran medida por la categoría de *Ius Cogens* que tienen ciertas normas, particularmente las que establecen la prohibición y castigo del genocidio (ver opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio del 28 de mayo de 1951), adicionalmente existe un consenso sobre el carácter de *Ius Cogens* de los crímenes contra la humanidad (Corte Constitucional colombiana sentencia C-578 de 2002 citando a: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia Cámara de apelación Procurador c/ Duško Tadic. Sentencia del 2 de octubre de 1995. Caso No IT-94-1-AR72, en 35 ILM 32 (1996). Y a Bassiouni, Cherif. *Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Rights: International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*. (1996) 59 Law and Contemporary Problems, páginas 69 a 71). En cuanto al crimen de agresión es complicado decir que su prohibición se basa en una norma imperativa del Derecho Internacional, máxime cuando no hay consenso en su definición. Por otra parte, en cuanto a los crímenes de guerra hay cierta controversia sobre si todas sus normas hacen parte de las normas de *Ius Cogens* pues conceptos como la necesidad militar que se aplican a ciertas conductas podrían llevar a considerar que ciertas normas no son tan imperativas.

¹⁰ Vgr: en el Reino Unido: *R. vs. Jones y otros*, decidido por la Casa de los Lores el 26 de marzo de 2006; donde se discute entre otras cosas si el crimen de agresión es vinculante o no para el derecho Inglés. Tomado de Cassese, Antonio; *On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*; *Leiden Journal of International Law*, 20 (2007); Pág. 845 pie de pagina 5. Además el caso de Jorge Videla en Argentina quien ha sido juzgado por crímenes contra la humanidad. Los casos contra Juan Manuel Guillermo Contreras Sepulveda en las cortes chilenas y francesas por desaparición forzada. También los diversos cargos que se le imputaron a Augusto Pinochet Ugarte por cortes españolas y chilenas. Y se pueden ver los cargos de lesa humanidad que han intentado levantar contra Alberto Fujimori en las cortes peruanas. También se pueden ver casos de estos en Lituania y Estonia cuando juzgaron oficiales de policía por asesinato, tortura y deportaciones forzadas y en Etiopía contra los líderes del régimen *Dergue* por crímenes contra la humanidad y por la Corte de casación francesa contra Klaus Barbie y Paul Touvier (estos cuatro últimos mencionados en la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional colombiana)

de la Responsabilidad de los Estados bajo el hecho internacionalmente ilícito (que contrario a lo que su nombre podría indicar, no cobija exclusivamente crímenes) y ser hallados responsables y obligados a reparar ante otros Estados por actos lesivos a estos.

En resumen, el Derecho Penal Internacional sanciona individuos que hayan cometido crímenes considerados graves por la comunidad internacional, y para tal fin, se apoya en principios y en reglas tanto del Derecho Penal Interno de los Estados como del Derecho Internacional.¹¹

Ahora bien, tal y como hemos establecido anteriormente el Derecho Penal Internacional le debe mucho de su contenido a otras especialidades del Derecho Internacional Público, sin embargo, también cabe anotar que el Derecho Penal Internacional –casi como su nombre lo indica- obtiene sus reglas y principios del Derecho Penal, en consecuencia, si bien podemos considerar al Derecho Penal Internacional como una rama del Derecho Internacional Público sus normas deben ser estudiadas bajo la óptica del Derecho Penal.

En ese orden de ideas, podríamos iniciar refiriéndonos a la historia del Derecho Penal, sin embargo, esto daría para escribir un trabajo por si solo, simplemente hay que decir que prácticamente desde que nuestra especie se organizó en sociedades con algún tipo de regulación vinculante para sus miembros, aun en sus reglas de tipo religioso existieron y existen conductas que se consideran prohibidas y que tienen como consecuencia una pena. Por tanto consideramos pertinente, entonces, hablar sobre la evolución histórica de lo que domésticamente conocemos como inimputabilidad, que es en lo que nos vamos a enfocar en este trabajo y en consecuencia, hablar de la evolución histórica de la imputabilidad –es decir en sentido positivo- en el Derecho Penal.

1.2. La historia de los trastornos mentales como eximente de la sanción penal:

La imputabilidad es “la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse de acuerdo con tal comprensión”.¹² Modernamente se considera que es “un concepto jurídico de base psicológica”¹³.

Ahora bien, desde el Derecho Romano ya se hacia la distinción entre el obrar culpable y el no culpable y en ese sentido quienes lo estudian consideran que para el Derecho Romano “el dolo como elemento subjetivo del delito, se refiere a la voluntad delictiva del sujeto agente... la exigencia de ese elemento intelectual excluye como sujeto activo del delito al que es incapaz del dolo, como el *furiosus* o el impúber que no disponen de un sano y maduro intelecto”.¹⁴

¹¹ Tan es así que los jueces de la Corte Penal Internacional son escogidos entre los más reconocidos penalistas e internacionalistas tratando de buscar un balance entre los especialistas de ambas ramas en la CPI.

¹² Agudelo Betancur, Nodier, lección 22: imputabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002. Pag. 355.

¹³ Mesa Azuero, José Gregorio, Otero Orjuela Carlos Alberto; La inimputabilidad, la revisión de un proceso, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Medicina, Departamento de Psiquiatría y Salud Mental, Bogotá. 2006. Pág. 10.

¹⁴ Guerrero Lebrón Macarena, Fernández de Bujan Alberto; La Injuria Indirecta en el Derecho Romano, ed. Dykinson. Pág 53.

Al llegar la Edad Media, marcado su inicio por la caída del Imperio Romano de occidente, el Derecho Penal en Europa toma diferentes caminos en cada uno de los nacientes reinos sucesores del imperio, sin embargo, se puede mencionar el aporte del Derecho Canónico en lo atinente a un subjetivismo –aunque parcial- de la conducta delictual, haciendo énfasis en el caso de algunos delitos de la importancia de la intención del criminal¹⁵.

Por otra parte, en el Derecho Hispánico aparecen las Siete Partidas redactadas entre 1256 y 1265¹⁶ aparentemente por Alfonso X el sabio que “estableció la irresponsabilidad penal para los locos furiosos, desmemoriados y menores de 10 años”.¹⁷ ¹⁸ Adicionalmente otras fuentes¹⁹ hablan de reglas adicionales en las Partidas sobre el demente, por ejemplo la regla IV del capítulo XXXIV establece que “El ome que es fuera de su seso, non faze ningun fecho endereçadamente: e por ende non se pueda obligar, porque non sabe, ni entiende pro, ni daño.”²⁰ Es decir, establece la regla de que el demente no se puede obligar por su falta de entendimiento.

Para 1553 año en el que es promulgada en lo que hoy es Alemania, la Constitutio Criminalis Carolina -o la Carolina- bajo el reinado de Carlos V – Carlos I en España- se establece en dicho texto un antecedente en materia del peritaje a los inimputables cuando permite el auxilio de un perito medico como *amicus curiae* en le proceso para establecer si el procesado adolece de un trastorno mental o no.²¹ ²²

Ya en plena ilustración -1764- Cesare Bonesara marques de Beccaria escribe su tratado “de los Delitos y las Penas” que es aceptado por muchos doctrinantes del Derecho Penal como el inicio del Derecho Penal moderno, y por algunos mas moderados solo como un paso mas a esto y el paso definitivo a la humanización del Derecho Penal²³. Este texto no habla del tema de los inimputables, sin embargo si habla de una necesidad de la

¹⁵ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed Temis, 2004. Págs. 167, 168.

¹⁶ De hecho las fuentes de las Siete Partidas son a veces contradictorias respecto a su contenido, sea por que fueron glosadas sea porque se perdió información, es por eso, que para este trabajo tomamos dos fuentes en las cuales encontramos información similar, que sin embargo puede no aparecer en otras ediciones de dicho texto.

¹⁷ Alfonso X, Las siete Partidas, partida séptima, Título VIII de los homicidios. Ley III “Otro si decimos que si algunt home que fuese loco, ó desmemoriado ó mozo que non fuese de edat de diez años et medio matase á otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe nin entiende el yerro que face”

¹⁸ ¹⁸ Alfonso X, Las siete Partidas, Reproducción facsímil de la edición de Madrid, en la Imprenta Real, 1807. Localización: Biblioteca General de la Universidad de Alicante. Sig. D/BG 347/ ALF/sie.

¹⁹ Las siete partidas del Rey D. Alfonso X el Sabio glosadas por... Gregorio Lopez... Partida primera / [corregidas y publicadas por] Joseph Berní y Catalá, Editor Monfort, Benito. Fecha 1767 publicado en Valencia España.

²⁰ Parma, Carlos. Referencias válidas en el Derecho Penal Actual.

<http://www.carlosparma.com.ar/doctrina.html>. Confirmado de la fuente mencionada en el pie de página superior.

²¹ Esbec Enrique, Manual de Psicología Jurídica y Forense. Consejo general del Poder Judicial y Corte Suprema de Justicia. Tegucigalpa, Honduras, 2006. tomado de documento del Centro Internacional de Formación e Investigación en Psicopatología Criminal y Forense.

²² También hay una referencia a este punto en Ruiz Lopez Pedro M, Universidad Complutense de Madrid, febrero de 1991 Análisis De La Calidad Asistencial En La Patología Litiasica Biliar Quirurgica (tesis) Pág. 14

²³ Bonnesara Cesare, Marques de Beccaria, De Los Delitos y Las Penas, Traducción de Juan Antonio de las Casas. Beccaria y su Obra, estudio previo de Guillermo Cabanellas, Pág. 26

pena²⁴ y de esta misma como prevención general negativa y prevención general positiva, pero en un ser “sensible”²⁵ es decir dándole primacía al libre albedrío del individuo lo que va a calar en la denominada escuela clásica del Derecho Penal.

Desarrollando más este punto, una de las ideas generalizadas en la escuela clásica Italiana es aquella de que el “delito es el resultante de fuerzas morales y fuerzas físicas en su causa y efecto”²⁶ por lo tanto en la causa del delito –que es lo que nos compete– debe existir una voluntad “inteligente y libre”²⁷ es decir el delincuente no debe ser un alienado mental.

Posteriormente, nace en Italia la escuela del Positivismo Criminológico, de la cual fueron sus exponentes de mayor fama mundial Cesare Lombroso y Enrico Ferri, esta escuela buscaba de dotar de rigor científico el Derecho Penal al hacer a un lado las discusiones metafísicas sobre el acto del delito²⁸ y por oposición centrarse en el delincuente como objeto de estudio, para lo cual por otra parte, nació la criminología. Respecto al criminal, esta escuela hablaba acerca del delito como un fenómeno natural y un hecho social²⁹ y del delincuente como un anormal, así en palabras del escritor español Javier Tomeo la escuela positivista ve al delincuente de la siguiente manera:

“Hace ya muchos años que César Lombroso, considerado fundador de la Criminología, formuló su famosa teoría del delincuente nato, que encuentra sus antecedentes más remotos en Platón y Aristóteles, que abordaron también la relación entre soma y psique, y, mucho más tarde, en los franceses Lauvergue y Despine, en las investigaciones del médico belga Morel, con su teoría de la degeneración, en los estudios del médico inglés Prichard, que señaló el tipo de la moral insanity, y en los médicos de prisiones, también ingleses, Nicholson y Thomson, que describieron el tipo somático y la genuina índole psíquica del delincuente habitual. El delincuente nato, estableció Lombroso, es una peculiar species generis humanis cognoscible en virtud de determinadas características corporales y anímicas y representa un salto atrás en el tiempo. Un retroceso atávico a los orígenes de la Humanidad con sus instintos caníbales.

*La teoría lombrosiana, sin embargo, todavía no ha podido comprobarse empíricamente y otro italiano, Ferri, creador de la llamada Escuela Sociológica del Delito, llegó después para hablarnos de la decisiva importancia de los factores sociales en la etiología de la delincuencia. Es la sociedad la que proporciona al delincuente sus armas, proclamó.”*³⁰

Así las cosas, no es sorpresa que la escuela positivista le de poco o ningún énfasis a la voluntad libre y espontánea del delincuente en su obrar. De hecho Ferri manifiesta que

²⁴ Opus cit. Capítulo II Derecho de Castigar.

²⁵ Opus cit. Capítulo XII fin de las Penas. Pág. 79

²⁶ Bernate Ochoa Francisco, El sistema Penal debe construirse a partir de finalidades que se el asignen y del modelo de Estado. ¿cambio en el paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo?, revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Volumen 7 Numero 1, 2005. Pág. 139.

²⁷ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 175.

²⁸ Rodríguez, Agustín W, Galetta de Rodríguez Beatriz, fundamentos del Derecho Penal y Criminología ed. Juris, 2001. Pie de pagina 28 Pág. 19.

²⁹ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 177.

³⁰ Tomeo, Javier, A propósito de los criminales natos y de los otros, periódico El Mundo (España) martes, 27 de febrero de 1996. AÑO VIII Numero 2.296

el libre albedrío es una simple ilusión subjetiva³¹ y que lo que realmente existe es un determinismo. Lo que nos lleva a la pena que debe ser aplicada, no como castigo sino como rehabilitación y defensa de la sociedad contra el delincuente. Tan es así que Ferri manifiesta que “todo sujeto activo del delito es siempre penalmente responsable, sean cualesquiera las condiciones físico-psíquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho”³²

Esto sería suficiente para excluir a los inimputables de la escena –ya que en cierta forma como todo criminal lo es la distinción sería inoperante- pero no es así, entre los diferentes tipos de delincuentes de los que habla Ferri se encuentran el delincuente loco³³ quien puede ser de dos tipos, por un lado el que en sus palabras “delinque por una invasión lenta de la idea homicida, que en un momento surge en el alma del loco, y si este no la rechaza, se arraiga entonces profundamente en el hasta llegar, poco a poco, digámoslo así, a la perfección de la locura, a la comisión del delito.”³⁴ O por otro lado el delincuente loco que de acuerdo a este autor “llamaremos “loco” por razón de su estado mental especial, y es el que “obedece a un *raptus* repentino, a un intempestivo ataque de la enfermedad, que no prepara el arma y de repente después del delirio, al intentar el suicidio demuestra que fue arrastrado por un vértigo.”³⁵ Y adicionalmente el delincuente pasional que “es el que ante determinados estímulos reacciona de una manera exageradamente desproporcionada”³⁶

Adicionalmente, también se hablaba en tiempos de Ferri del epiléptico, el loco furioso el loco delirante y el maniático y estas enfermedades mentales debían ser probadas mediante un perito y eran categorías de las cuales Ferri hace uso, sin restarles relevancia.³⁷

Así las cosas, la importancia del positivismo científico en el desarrollo del concepto de la imputabilidad, es que por un lado, sienta las bases de teoría de la imputabilidad aminorada –como en el caso de los delincuentes pasionales- y sienta las bases del análisis de causas exógenas y endógenas como el desencadenante del comportamiento criminal del mentalmente inestable. Por otro lado, al pretender darle al derecho un carácter científico se le dio en consecuencia mucha mas importancia al concepto medico legal –si bien dictámenes periciales y enfermedades mentales como excusa de la sanción penal ya existían- demostrando –aunque negándolo al mismo tiempo- que el derecho no era ni es una ciencia tan omnicompreensiva como muchos juristas creían hasta ese entonces.

1.3. El “principio de culpabilidad” y cómo se va a organizar esta monografía:

³¹ En su texto “Teoría de la Imputabilidad y Negación del Libre Albedrío.”

³² Ferri, Enrico, Principios de Derecho Criminal, 1928. tomado de Reyes Echandia, Alfonso, Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia 3ª edición. 1974. Pág. 29.

³³ Defensa del canónico Vincenzo Saponaro, Ferri. Enrico. Defensas Penales, Ed. Temis, 200. Traducido por Jorge Guerrero. Pág. 135.

³⁴ Opus cit. Pág. 125.

³⁵ Ibid. Pág. 136.

³⁶ Rodríguez, Agustín W, Galetta de Rodríguez Beatriz, fundamentos del Derecho Penal y Criminología ed. Juris, 2001. Pág. 22

³⁷ Defensa de Tulio Murri. Ferri. Enrico. Defensas Penales, Ed. Temis, 2000. Traducido por Jorge Guerrero. Pág. 374.

Toda esta evolución histórica podríamos decir que se decanta en el principio de culpabilidad³⁸ del Derecho Penal, de acuerdo al cual sólo será condenado quien sea responsable -o culpable³⁹- de hechos que constituyen un delito, es decir “*no hay pena sin culpabilidad*”.⁴⁰ En lo que juega parte –gracias al humanismo- la responsabilidad subjetiva; por tanto, se tiene que evaluar de acuerdo a cada sujeto, lo cual obedece, como vimos no solo a una evolución histórica, sino incluso a consideraciones de Derechos Humanos⁴¹, y a consideraciones ya propiamente de política criminal de los Estados.⁴²

Este principio en los sistemas que hemos adoptado la dogmática alemana irradia la categoría dogmática de culpabilidad –y podríamos decir que en general, *mutatis muntandi*-, y puede definirse desde una perspectiva formal como “aquel conjunto de condiciones necesarias que permiten justificar la imposición de una pena a un sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica. La culpabilidad es entonces el fundamento de la pena.”⁴³ Y en efecto, son las condiciones que debe tener el sujeto para hacerse “acreedor” de la sanción penal.

Como hemos visto, una de esas “condiciones necesarias para justificar la imposición de la pena”⁴⁴ es la capacidad mental del ofensor de comprender el hecho ilícito. Lo que de acuerdo a la legislación penal colombiana es: “la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo a esta comprensión...”⁴⁵. Es decir, “es la capacidad que tiene el sujeto para determinarse, para decidir entre varias opciones; es la posibilidad de autorregular su comportamiento, de autodirigirse.”⁴⁶ Sin esta capacidad no le es imputable a un individuo una conducta punible, se rompe, por decirlo de alguna forma, el nexo causal de la responsabilidad, esto es en un sentido muy básico la inimputabilidad⁴⁷.

Y en ese sentido, el no poder identificarse con la ilicitud de la conducta o no poder autorregularse debido a un trastorno o enfermedad mental, exonerará al individuo de su responsabilidad y, en consecuencia, de la sanción penal; o bien se le pondrá una sanción

³⁸ De acuerdo a Zaffaroni y a Fernando Velásquez hay que hacer la distinción entre el principio como tal y “la categoría dogmática de la culpabilidad emanada de él, a la que se hace referencia al exponer la teoría del delito” Velásquez v. Fernando; Manual de Derecho Penal; Tercera edición, ed Temis, 2004. Pág. 406.

³⁹ De acuerdo a Velásquez el término es polivalente, es decir toma varios valores de acuerdo al contexto. Velásquez v. Fernando, Manual de Derecho Penal, parte general. ed. Comlibros, 2007. Pág. 408.

⁴⁰ Velásquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed Temis, 2004. Pág. 56

⁴¹ Vgr. La Declaración Internacional de Derechos Humanos, Las Reglas de Palermo, y localmente el Pacto de San José.

⁴² Córdoba Angulo, Miguel, lección 21: culpabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002. Pág. 343.

⁴³ Ibid. Pág. 343

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Art. 33 ley 599 de 2000.

⁴⁶ Agudelo Betancur, Nodier; lección 22: inimputabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002. Pág. 355.

⁴⁷ El Estatuto de Roma en su artículo 31 literal a toma una definición similar a la de la ley 599 y es “...no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: ... a) padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley” adoptando al igual que nuestro sistema nacional lo que Nodier Agudelo llama sistema de regulación mixto es decir que alude tanto a la causa como al efecto de la inimputabilidad.

diferente a la pena en estricto sentido por haber cometido una conducta contraria a la ley, –no digamos que un delito-. Pero cualquiera que sea el caso, se hará, en consideración a la teoría que sobre el particular adopte la legislación o las Cortes del Estado en el cual haya ocurrido o el hecho o que tenga jurisdicción sobre el. En resumen, sobre este punto no hay exactamente un consenso universal. No obstante, podemos ver la consecuencia para las acciones del inimputable en nuestro derecho y para tal fin vamos a valernos de la sentencia C-297 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana –MP. Eduardo Montealegre Lynnett- que se refiere a las medidas de seguridad.

Esté fallo de constitucionalidad establece lo siguiente, y es que nuestro derecho domestico establece dos regimenes diferenciados de responsabilidad penal,⁴⁸ por un lado, el de aquellos que son imputables, es decir las personas que “al momento de realizar el hecho punible tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión.”⁴⁹ Quienes son sujetos a penas y a quienes se les exige que su comportamiento sea típico antijurídico y culpable. Y por otro lado, esta el régimen de los inimputables, es decir aquellos que “al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente.”⁵⁰ Y quienes en consecuencia son objeto de medida de seguridad y a los cuales se les exige que su conducta sea típica, antijurídica “y que no haya presentado una causal de exclusión de responsabilidad”⁵¹ es decir, lo que se denomina domésticamente como delito en sentido amplio.⁵²

Así las cosas, la providencia también señala que la medida de seguridad tiene una vocación de protección, curación, tutela y rehabilitación⁵³ y que tiene similitudes con la pena, en el entendido que ambas tienen fines de protección social pues buscan evitar la reincidencia del ofensor e implican una “restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible”⁵⁴ y que en ese sentido ambas están sometidas al “régimen de derechos y garantías constitucionales propios del derecho penal”⁵⁵. Pero también señala el fallo que existen diferencias, por ejemplo que la pena tiene una finalidad retributiva de la cual carece la medida de seguridad por ser contrario a “la dignidad humana y a la libertad”⁵⁶ y en ese sentido dice el fallo que la medida de seguridad tiene un fin de prevención especial –entiéndase tanto la inocuización del reo como su corrección-^{57 58 59}

⁴⁸ Sentencia C-297 de 2002, Corte Constitucional Colombiana, MP. Eduardo Montealegre Lynnett, consideraciones, numeral 3.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Sentencia C-176 de 1993, Corte Constitucional Colombiana, MP. Alejandro Martínez Caballero, citada en la sentencia C-297 de 2002

⁵³ Sentencia C-297 de 2002, Corte Constitucional Colombiana, MP. Eduardo Montealegre Lynnett, consideraciones, numeral 3.

⁵⁴ Sentencia C-297 de 2002, Corte Constitucional Colombiana, MP. Eduardo Montealegre Lynnett, consideraciones, numeral 5.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Velázquez v. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 114.

⁵⁸ Sentencia C-176 de 1993, citada en la sentencia C-297 de 2002.

⁵⁹ Esto es aplicable para la medida de seguridad, haciendo la prevención que hay diversas teorías de la pena que hacen uso de -generalmente- 3 elementos, la retribución y la prevención especial y general Vgr:

y en ese sentido el fallo termina estableciendo que la medida de seguridad tiene que tener unos mínimos y unos máximos.

En merito de todo lo anteriormente mencionado, podemos decir que el Derecho Penal Internacional se nutre del Derecho Internacional y del Derecho Penal domestico y en ese sentido se afirma que el Derecho Penal Internacional esta orientado bajo un *principio de culpabilidad*⁶⁰ según el cual, el autor de la conducta debe ser individualmente responsable tanto a titulo objetivo como subjetivo por los hechos objeto de reproche y ante esta responsabilidad no debe presentarse ninguna defensa para que sea adjudicable al sujeto.⁶¹

Con todo esto, surgen varias cuestiones a revisar en este trabajo, la primera es revisar cuál es el tratamiento que se le da a aquellos que sufren de trastorno o enfermedad mental en materia de responsabilidad penal en los regimenes de Derecho Penal domestico (capitulo 1 parte 2) para este trabajo, se revisaran los casos Colombiano, en el sistema de Common Law –particularmente Inglaterra y Estados Unidos- y Francia.

La segunda cuestión a resolver es como se maneja o se manejó este mismo asunto en el Derecho Penal Internacional (capítulo 2) tanto en los tribunales anteriores a la Corte Penal Internacional como en ésta (capitulo 3), es decir, no sólo su desarrollo sino cuáles son los aspectos procedimentales de la defensa de insanía mental

Así mismo, el tercer aspecto a resolver, se divide en dos cuestiones adicionales: la primera, que está relacionada con el manejo de las víctimas y la justicia transicional, puesto que se ha dicho que la ausencia de castigo causa una anulación en lo que David Garland llama “circuito moral”⁶² por tanto habría que ver cuál es la incidencia de que el procesado por crímenes cometidos de una manera sistemática y generalizada, sea declarado no responsable penalmente por sus crímenes por una circunstancia diferente a que en efecto no los cometió –esto en general para tener un numero de caso mas amplio- (capitulo 4)

Y finalmente, se revisará lo relacionado con la responsabilidad imputable al Estado bajo el que se cometieron los crímenes –toda vez que el sujeto que los cometió no es responsable de sus actos- en el régimen de responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito (capitulo 4)

la que establece que la pena es retribución y su fin es la prevención general y especial (teorías de la unión); o la que dice que la amenaza de la pena, su imposición y la ejecución de la misma son momentos separados en donde se aplica en su orden respectivo la prevención general, la retribución y la prevención especial (teoría unificadora dialéctica, Roxin 1966) –de ahí se desarrollan principios de la pena-; o un momento posterior en la teoría de Roxin en donde manifiesta que el fin de la pena son la prevención especial y la general complementándose mutuamente (teoría de la unión preventivo-dialéctica, Roxin 1992); y finalmente las teorías que buscan construir el derecho penal con base en la prevención general como lo es la de Jakobs (1983-1994) que establece que la pena tiene como misión estabilizar la norma y una función preventiva de confianza en la norma y fidelidad al derecho. Estas teorías están mencionadas en: Velázquez v. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Págs. 115 a 117.

⁶⁰ Ambos, Kai; Parte General del Derecho Penal Internacional; 2005; ed. Temis, Pág. 73

⁶¹ Opus Cit. Págs. 73 y 74

⁶² Reed Hurtado, Michael, breve exploración sobre la función del derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión, Judicialización de crímenes de sistema, Centro Internacional para la Justicia Transicional (2008). Pág 17.

Todo esto para responder un problema jurídico que es, si la defensa o circunstancia eximente de responsabilidad por trastorno o enfermedad mental es necesaria para el Derecho Penal Internacional y en ese sentido, si es una solución adecuada para cumplir con el objetivo de esta especialidad.

Parte 2: Los trastornos mentales como eximente de la sanción penal en el derecho domestico.

2.1. La inimputabilidad en el Derecho Colombiano:

Dice un viejo aforismo -explicando que nadie esta exento de ser influenciado por otros- “que ningún hombre es una isla”. Ningún Estado lo es tampoco –en sentido figurado por supuesto, porque bastaría un atlas mundial para demostrar este yerro- en ese sentido nuestro derecho recibió de quienes conquistaron nuestro territorio y lo ocuparon como regentes por alrededor de 400 años su legislación, la cual rigió hasta 1837. Esta legislación en materia penal estaba compuesta, por las ordenanzas reales de Castilla, la Nueva Recopilación, La Novísima Recopilación, y la Recopilación de Indias⁶³, además de las Siete Partidas⁶⁴ todas ellas en lo atinente al tema penal pues contenían otras cuestiones adicionales.

Así, después de nuestra independencia en 1821, se abolió definitivamente, el Tribunal del Santo Oficio en la Nueva Granada. Posteriormente, en 1825 la República le dio poder vinculante a las normas españolas arriba mencionadas mientras se creaba una legislación autóctona para reemplazar a las normas antes mencionadas, y en ese sentido, fue hasta 1837 después de varios intentos fallidos, que se promulgó un Código Penal acorde a la filosofía liberal de la República, inspirado el Código Penal Francés de 1810 y el proyecto de Código Español de 1821.⁶⁵

Este Código consagraba como causales de exclusión de la responsabilidad criminal “los estados de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, la privación involuntaria del uso de razón, la comisión de la acción contra la voluntad del agente”⁶⁶, además establecía que el menor de 7 años no era responsable penalmente.

No sobra añadir que el siglo XIX fue bastante convulsionado en Colombia. Las guerras civiles y la pérdida de territorios fueron moneda común, además del cambio de nuestra organización estatal de un Estado centralista a ultranza a una confederación y posteriormente a una federación. Y fue así, que durante los años de la federación –los Estados Unidos de Colombia-, rigieron tantos códigos penales como Estados federados había, y además un Código federal que regía en los territorios controlados directamente por el gobierno central⁶⁷.

Con la caída de la unión federal, la regeneración y el consecuente reestablecimiento del centralismo, se puso en vigor provisionalmente el Código del Estado de Cundinamarca

⁶³ Reyes Echandia, Alfonso, Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia 3ª edición. 1974. Pág. 37.

⁶⁴ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 196.

⁶⁵ Opus Cit. Pág. 197.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Opus Cit. Pág. 198.

de 1858⁶⁸ para los delitos de traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería, y ciertos delitos militares,⁶⁹ mientras que para los demás delitos seguían rigiendo los códigos federales según el caso.

Posteriormente, -la Constitución de 1886 ya había sido promulgada- en 1890, se aprueba y entra en vigor el Código Penal propuesto por Demetrio Porras, código inspirado en la escuela clásica italiana, que como dato curioso establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁷⁰

Ya en pleno siglo XX, y después de un intento fallido de establecer un nuevo Código Penal en 1922, que fue incluso aprobado pero nunca fue puesto en vigor,⁷¹ y un intento de presentar un nuevo proyecto en 1925 esta vez incluyendo causales de inimputabilidad distanciándose de la teoría positivista⁷² se aprobó la ley 95 de 1936 que fue el Código Penal que rigió hasta 1980 en Colombia.

Este estatuto establecía la teoría de la defensa social planteada por Ferri y hablaba de “la responsabilidad legal y social con base en la actividad psicofísica del agente”⁷³ y hacia la distinción entre penas y medidas de seguridad, pero ambas como sanciones a capaces e incapaces respectivamente⁷⁴.

El artículo 29 de este estatuto establecía que “cuando al tiempo de cometer el hecho se hallare en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía psíquica, se le aplicaran las medidas de seguridad”⁷⁵ Este “estado de enajenación mental” era asociado a las psicosis⁷⁶ sin ninguna clase de discusión sobre ese punto. Mas el termino “grave anomalía psíquica” sí era objeto de discusión, pues algunos sostenían que era una simple repetición de términos, como el penalista Gutiérrez Gómez⁷⁷ y otros la consideran como algo distinto, como el doctrinante Carlos Lozano y Lozano y como Alfonso Reyes Echandia;⁷⁸ éste ultimo señalaba que dentro de ese concepto podríamos incluir “aquellos estados psicopáticos y psiconeuróticos que impliquen la alteración ostensible de la personalidad y ejerzan influencia sobre la conducta realizada”⁷⁹ ⁸⁰ por otra parte, aunque en el mismo sentido el Tribunal Superior de Distrito de Bogotá consideraba en aquel entonces, que también entraba en esta categoría “aquel

⁶⁸ Constitución Política de la Republica de Colombia de 1886, Disposiciones transitorias, articulo J

⁶⁹ Opus Cit. Art. 29.

⁷⁰ Reyes Echandia, Alfonso, Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia 3ª edición. 1974. Pág. 38.

⁷¹ Opus Cit. Pág. 39.

⁷² Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 200.

⁷³ Reyes Echandia, Alfonso, Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia 3ª edición. 1974. Pág. 40

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Opus Cit. Pág. 285.

⁷⁶ “un serio desorden mental caracterizado por el contacto defectuoso o la perdida del contacto con la realidad usualmente con alucinaciones y delirios” (traducido por el autor, originalmente en ingles) diccionario Merriam-Webster Harvard Medical School

⁷⁷ Reyes Echandia, Alfonso, Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia 3ª edición. 1974. Pág. 285.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Opus Cit. Pág. 286.

⁸⁰ Ver también Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal, casación del 8 de mayo de 1958, LXXXVII (2195-6) y casación del 13 diciembre de 1958 LXXXIX (2203-5)

derrumbamiento psíquico a tal punto que la persona sea determinada a obrar de forma antisocial por la presión insuperable de un impulso o de otra clase de explosión patológica”⁸¹

Por último, el artículo 29 de este código también preveía medida de aseguramiento para aquella persona que cometiera un delito “en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol (sic) o por cualquiera otra sustancia”⁸² pues este estado también tenía la entidad de afectar el juicio del agente y de causar cuadros psiquiátricos de una gravedad variable.

Así las cosas, todos estos padecimientos –incluida la intoxicación- eran sujetas a medida de seguridad, llamadas así por sus implicaciones en torno a la enfermedad del acusado y no del delito⁸³ y podemos ver que el Código Penal de 1936 si bien adoptó el positivismo como escuela dominante lo hizo de una manera ecuánime, estableciendo una diferencia en el tratamiento del inimputable y del delincuente en pleno uso de sus facultades.

Si bien el Código de 1936 fue evolucionando lentamente por medio de la jurisprudencia y la doctrina a medida que se adoptaban teorías mas novedosas, diferentes al positivismo en el que inicialmente se basó, para 1979 se adoptó un proyecto que daría lugar al decreto 100 de 1980, un nuevo Código Penal mas acorde a las circunstancias modernas.

Este estatuto, que adoptaba la doctrina imperante en aquel entonces, neokantismo en el delito pero positivismo en la pena⁸⁴ y rigió por 20 años hasta ser reemplazado en el 2000 por la ley 599 nuestro actual Código Penal, el que tenía las siguientes previsiones en materia de los inimputables:

“Art. 31. - Concepto. Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.”

“Art. 32. - Trastorno mental preordenado. Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental responderá por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación.”

“Art. 33. - Medidas aplicables. Modificado Ley 43 de 1982, Art. 1. A los inimputables se les aplicarán las medidas de seguridad establecidas en este Código. Si la inimputabilidad proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar.”⁸⁵

⁸¹ Laverde Aponte, Vicente, Temas Penales y de procedimiento penal, ed. Temis, 1960. Pág. 34

⁸² Reyes Echandia, Alfonso, Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia 3ª edición. 1974. Pág. 286.

⁸³ Mesa Azuero, José Gregorio, Otero Orjuela Carlos Alberto; La inimputabilidad, la revisión de un proceso, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Medicina, Departamento de Psiquiatría y Salud Mental, Bogotá. 2006. Pág. 7.

⁸⁴ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 201.

⁸⁵ Decreto 100 de 1980

Ahora bien, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, interpretó estas normas, en varios aspectos. Revisemos un poco la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Para comenzar, la Sala de Casación Penal señaló un concepto mas claro de que es la inimputabilidad y los requisitos para reconocerla en el siguiente tenor:

*“En efecto, como ya se dejó consignado, la sentencia pronunciada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma (Cundinamarca), que fuera posteriormente en forma integral confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, resolvió dentro de un criticable manejo del concepto de la imputabilidad penal, declarar inimputable al sujeto Saúl Macías Murcia, dejando a un lado las precisiones legales para el reconocimiento de la inimputabilidad ampliamente explicados por la jurisprudencia penal que, partiendo del concepto de **inimputabilidad como la no capacidad del sujeto para comprender, razonar, determinarse, saber que la conducta es ilícita o sabiéndola así ser impotente ante la fuerza interna que lo impele a realizarla y que según el código, obedezca a inmadurez psicológica o trastorno mental, ha insistido en que para poderse afirmar la inimputabilidad del sujeto debe establecerse al momento del hecho:***

a) La existencia de un fenómeno ubicable en las amplias categorías de la inmadurez psicológica (verbigracia, minoría de edad o trastorno mental, paranoia, esquizofrenia, (sic) etc.); b) No debe ser cualquier trastorno mental o fenómeno que implique inmadurez psicológica, sino entidad de tal naturaleza que como afección del sujeto conlleve grado tal de compromiso de las esferas de su personalidad que produzcan en él su incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y c) La relación de causalidad entre la inmadurez o el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así en razón y por motivo del trastorno o la inmadurez.”⁸⁶ (Negritillas fuera del texto)

Más aun, la Sala en este mismo fallo ratifica como de exclusiva procedencia la medida de seguridad en el caso de un inimputable, pues en el fallo al calificarse el procesado inimputable fue objeto por el juez de primera instancia de medida de libertad vigilada, la que es confirmada por la segunda instancia.

Por otra parte, en un fallo posterior la Sala de Casación Penal hace la precisión que si bien el inimputable era objeto de una medida diferente a la del imputable, esto no implicaba que fuera penalmente irresponsable:

“De comprobarse ese especial estado, el juicio de responsabilidad se impondría de todas maneras por su comportamiento típico y antijurídico, pues es indiscutible que una persona en tales condiciones está en capacidades de lesionar o poner en peligro mediante conducta típica, bienes jurídicos penalmente tutelados. Lo que no puede hacer es actuar con culpabilidad ya que necesita comprender en el momento del hecho, la antijuridicidad de su comportamiento y autodeterminarse conforme a esta comprensión, que es bien diferente.”⁸⁷

Y añade en este mismo fallo que si bien se puede hacer uso por la defensa de otros medios, por ejemplo testimonios, el medio de convicción idóneo para demostrar la calidad de inimputable del acusado será el dictamen del perito psiquiatra, no obstante el

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Rodolfo Mantilla Jacome, Radicación 2490 del 30 de Agosto de 1988.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Jorge Enrique Valencia M, Radicación 9201 del 1° de Noviembre de 1994.

juez es quien da la última palabra, pues todas las pruebas deben ser evaluadas en conjunto y de esto dependerá la decisión del juez.

Por último, respecto al trastorno mental transitorio –de base patológica o no-, la Sala de Casación Penal en diversas sentencias hace la aclaración que una cosa es tener un trastorno mental, o ser un ebrio o consumidor de sustancias habituales y otra cosa, es ser un inimputable, porque de acuerdo con la Sala Penal “la alteración mental con virtud para incidir en la condición de inimputabilidad de un procesado debe ser antecedente o concomitante al hecho investigado”⁸⁸

Así llegamos a la ley 599 de 2000, el actual Código Penal, que tiene sus orígenes en un proyecto presentado por el entonces fiscal Alfonso Gómez Méndez. Este Código tenía varios fines, entre ellos, re-sistematizar la legislación penal⁸⁹ ya que ésta se encontraba dispersa por los múltiples intentos de combatir el crimen –particularmente el narcotráfico y el secuestro en los 90’s- mediante leyes, penas y nuevos delitos. Por otra parte, este código también fue promulgado pues buscaba amoldarse a la constitución del 91 y a los tratados internacionales de lucha contra el delito y derechos humanos y a las decisiones de la Corte Constitucional de una manera mucho más efectiva que el Código anterior.

El Código en sí no fue muy diferente a su antecesor, aunque tiene avances doctrinarios valiosos -en particular el campo de la teoría general de la conducta punible-⁹⁰ y respecto a la inimputabilidad establece lo siguiente:

“Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.”⁹¹

Podemos decir que este artículo es muy similar a los mandatos sobre la materia contemplados en el Código del 80 –arts 31 y 32- aunque hay que decir que este artículo es mucho más preciso que los anteriores, por ejemplo precisando de una vez que el hecho cometido por un inimputable es una conducta típica y antijurídica, mas no culpable; esto tiene como consecuencia que la conducta sea calificada como un delito en sentido amplio –como vimos al principio de esta monografía- y la consecuente medida de seguridad.

Adicionalmente, adopta en la redacción del artículo el sistema mixto –entiéndase el biológico-psicológico que alude a la causa y al efecto de la patología⁹²- para regular esta causal de inculpabilidad; dicho sistema contempla las causas, es decir el trastorno en sí, tal y como lo son “la inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego, acción de revisión. Radicación 16785 del 19 de diciembre de 2001.

⁸⁹ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 203.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ley 599 de 2000

⁹² Agudelo Betancur, Nodier; lección 22: imputabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002. P. 356.

estados similares” y los efectos de esas causas, es decir que “no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión” como criterios para determinar la inimputabilidad⁹³ pero deja el campo abierto para estados similares a los ahí descritos en virtud de lo que podría ser un deseo de dar mas garantías a los procesados.

Así las cosas, con este Código Penal vigente, actualmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema define la inimputabilidad de la siguiente manera:

*“La inimputabilidad implica la ausencia de capacidad del individuo para conocer o comprender la ilicitud de su conducta o, aún conociéndola y comprendiéndola, para autodeterminarse, por factores como la inmadurez psicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural o estados similares.”*⁹⁴

Es decir una descripción muy similar a la del código y haciendo énfasis en la falta de entendimiento o de autodeterminación del individuo respecto a la conducta, además, de nuevo al igual que bajo la legislación anterior la Sala Penal hace la precisión que el trastorno debe estar ligado al hecho delictuoso, no solo porque se da al mismo tiempo que ocurre el hecho sino porque está relacionado con el hecho, y lo hace en los siguientes términos:

*“De manera general, una eventual alteración mental que adolezca el procesado con incidencia en sus capacidades de comprensión y determinación no implica indefectiblemente tenerlo como inimputable, porque es menester además de analizar la entidad de la anomalía, establecer su **conexidad y coetaneidad** con el hecho realizado, piénsese por ejemplo en un pirómano que comete un ataque sexual o el mitómano que realiza la acción de matar, eventos en los cuales no media algún nexo de la afectación mental con el comportamiento desplegado.”* (Subrayado fuera del texto)⁹⁵

En ese mismo sentido, la Sala Penal establece que el trastorno debe estar no solo relacionado con el hecho delictuoso sino que insiste que dicha incidencia debe afectar de manera determinante la comprensión y la autodeterminación del procesado:

*“Si lo buscado es determinar inimputables a los procesados, el informe en cuestión no basta, dado que no ausulta el aspecto específico de cómo incide la esquizofrenia detectada en los procesados, en su facultad de comprensión y autodeterminación, o mejor, nada indica acerca de cuál era el estado mental preciso de los acusados para el momento de ejecutarse los hechos.”*⁹⁶

Finalmente, respecto a la medida de seguridad, nuestro Código Penal actual establece que tiene unas funciones especiales diferentes a las de la pena –en concordancia a lo que vimos antes-. Sobre el particular dice la Sala Penal de la Corte Suprema:

“Desde luego que, independientemente de la definición de responsabilidad penal, no es lo mismo que se aplique una pena al acusado, cuyas funciones, conforme el artículo 4° de la Ley 599 de 2000, son de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, acción de revisión. Radicación 25056 del 11 de Julio de 2007.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Julio Enrique Socha Salamanca. Radicación 23417 del 02 de diciembre de 2008.

⁹⁶ *Opus cit.*

social y protección al condenado, a que se ordene una medida de seguridad, pues, estas tienen como funciones, acorde con el artículo 5º siguiente, las de “protección, curación, tutela y rehabilitación”, precisamente, porque se parte de la existencia de una enfermedad o trastorno, incidentes definitivamente en la comisión del delito, que demandan atención para superarla y protección hacia el procesado.”⁹⁷

Parte 2.2. La insanity defense en el Common Law:

El *Common Law* o derecho anglosajón es el derecho imperante en mucho de lo que es hoy son ex colonias de Gran Bretaña (como Estados Unidos, Australia y Sur África por ejemplo) y es un derecho cuya gran diferencia –aunque cada vez menor- con nuestra familia de derecho –la del derecho continental europeo- es que se basa mucho más en el precedente judicial y mucho menos en la ley escrita –si bien hay ley escrita y codificada-. Así las cosas, es mejor centrarnos en Inglaterra y en Estados Unidos pues han sido los grandes actores de los últimos tres siglos y en consecuencia han influenciado a los otros países que comparten sistema con ellos –e incluso a otros que no-

Para los países de *Common Law* es responsable de un delito aquel que reúna dos elementos en su conducta, la mente culpable -o *Mens rea*- y el actuar culpable –o *Actus reus*- y ambos deben convivir en la misma persona tal y como reza una antigua máxima “*Actus non facit reum nisi Mens sit rea*” es decir “la mera acción de un acto no hace culpable, a no ser que haya una mente culpable”⁹⁸

Así, por una parte la *Mens rea* es la intención culpable, la “voluntad viciosa” de acuerdo a lo escrito por el famoso pensador jurídico inglés William Blackstone en el siglo XVIII.⁹⁹ Para el siglo XIX esta definición seguía en pie¹⁰⁰ con ciertas variaciones como la aparición de delitos que no requerían la intención¹⁰¹ centrándose más en el obrar imprudente del delincuente o incluso delitos como los que se consideran contra el bienestar público que no requieren siquiera de imprudencia tal es el caso del acto sexual en persona debajo de la edad de consentimiento sexual¹⁰².

Actualmente, la definición mas prevalente de *Mens rea* en Estados Unidos establece que este elemento del delito “es un estado mental puesto en la definición de una ofensa”¹⁰³ y podríamos decir que como tal es similar a nuestras definiciones de conducta típica, antijurídica y culpable.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Sigifredo Espinoza Pérez, Radicación 29118 del 23 de abril de 2008.

⁹⁸ James, Philip, Introducción al Derecho Ingles, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág. 144.

⁹⁹ Blackstone William, Blackstone’s Commentaries on the law of England, Oxford : impreso en Clarendon Press, 1765-1769 libro 4, capitulo 21.

¹⁰⁰ U.S. Supreme Court, *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952) pg. 341 U.S 251 (pg. 4)

¹⁰¹ *Opus Cit.* pg 342 U.S 257 (pg. 6)

¹⁰² U.S Supreme Court, *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64 (1994)

¹⁰³ Traducción del autor de esta monografía, LexisNexis, LexisNexis Capsule Summary, Criminal Law 2004 LexisNexis, a division of Reed Elsevier Inc. All rights reserved. Pg 17

A lo que le podríamos añadir en el caso de Inglaterra –y en cierta forma en Estados Unidos con el specific intent- lo siguiente y es que: “si una intención específica forma parte del delito, dicha intención debe ser probada”¹⁰⁴ vgr. El *dolus specialis* en el genocidio.

Ahora bien, esta intención criminal no funciona sola y por tanto tenemos que acudir al Segundo elemento de la conducta delictual que es el *Actus reus* pues como lo ha establecido la Corte Suprema de los Estados Unidos “el crimen, como un concepto compuesto, generalmente se constituye de la concurrencia de una mente mal intencionada con una mano que hace maldades”¹⁰⁵

Así, el *Actus reus* es “un acto voluntario que causa daño social”¹⁰⁶ siendo sus tres elementos 1) acto voluntario, 2) que causa (nexo causal) un 3) daño social, respecto al acto voluntario. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que debe haber una voluntad de por medio en el delito, así, un adicto a las drogas es condenado por el Estado de California por ser adicto a un narcótico y la Corte reversa esta condena bajo los argumentos de que es un castigo cruel e inusual, pues si bien se puede tipificar conductas sobre narcóticos –posesión, distribución, manufactura- no se puede castigar a una persona por tener una enfermedad, cosa que no está en su esfera de voluntad.¹⁰⁷ Por último cabe aclarar que este acto voluntario puede ser una acción u omisión.

Respecto a la *insanity defense*, tradicionalmente es considerada como una defensa de excusa. Este tipo de defensas “se enfocan en la culpabilidad moral del individuo o su habilidad de poseer el requisito de *Mens rea*, la defensa de excusa reconoce que el acusado ha causado algún daño social, pero que no debe ser culpado o castigado por dicho daño”¹⁰⁸

En ese orden de ideas, hay que hacer la aclaración que al igual que con nuestra inimputabilidad, la insania es una calificación legal “para personas cuyas condiciones mentales impedidas los hacen criminalmente irresponsables por sus acciones”¹⁰⁹ así las cosas al igual que en nuestro derecho nacional el inimputable puede estar enfermo de esquizofrenia -por poner un ejemplo- y el perito dictaminará eso pero será el juez quien lo declare inimputable. Así, tanto como en nuestro sistema penal con la inimputabilidad, como en los regímenes de *Common Law*, el desorden psiquiátrico o la condición dictaminada por un perito que haga acreedor a alguien de invocar la defensa -en el caso

¹⁰⁴ James, Philip, Introducción al Derecho Inglés, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág. 145.

¹⁰⁵ Originalmente en inglés “Crime, as a compound concept, generally constituted only from concurrence of an evil-meaning mind with an evil-doing hand” (traducción del autor de esta monografía) U.S. Supreme Court, *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952) pg. 341 U.S. 251 (pg. 4)

¹⁰⁵ Opus Cit. pg 342 U.S. 257 (pg. 6)

¹⁰⁶ Traducción del autor de esta monografía, LexisNexis, LexisNexis Capsule Summary, Criminal Law 2004 LexisNexis, a division of Reed Elsevier Inc. All rights reserved. Pg 10

¹⁰⁷ U.S. Supreme Court, *Robinson v. California* 370 U.S. 660 (1962)

¹⁰⁸ Excuse defenses focus on the defendant’s moral culpability or his ability to possess the requisite mens rea. An excuse defense recognizes that the defendant has caused some social harm but that he should not be blamed or punished for such harm. (en su inglés original) LexisNexis, LexisNexis Capsule Summary, Criminal Law 2004 LexisNexis, a division of Reed Elsevier Inc. All rights reserved. Pg 22

¹⁰⁹ Ingersoll Robert, The Law Is A Ass Installment number 190, 04/ 01 2003
www.worldfamouscomics.com/law/back200330.shtml

particular de este sistema- será totalmente diferente a la calificación legal de insano hecha por el juez.

Si bien, esta defensa fue de cierta manera invocada durante mucho tiempo, el caso generalmente considerado como la sentencia hito sobre la *insanity defense* en Estados Unidos e Inglaterra es el caso Regina¹¹⁰ vs. M’Naghten (1843) de la Casa de los Lores, en este caso el señor M’Naghten asesina al secretario del entonces primer ministro Sir Robert Peel y la Casa de los Lores decide que el acusado es no culpable a razón de su insania mental, pues el señor M’Naghten presentaba delirios que lo llevaron a cometer el delito.

Este fallo llevo a establecer varias reglas:

- a) *“se presume que toda persona esta cuerda hasta que se pruebe lo contrario.”*¹¹¹
- b) *“Constituye una defensa probar que, en el momento de la comisión del acto delictivo, el acusado sufría tal defecto de la razón, por enfermedad de la mente, que le impedía conocer la naturaleza y la calidad de su acto, o que este era ilícito.”*¹¹²
- c) *“Cuando un acto delictivo es cometido por una persona que sufre una falsa ilusión sobre los hechos circundantes, que le oculta la verdadera naturaleza del acto que está cometiendo, tiene el mismo grado de responsabilidad que tendría de ser los hechos como se imagina.”*¹¹³

Estas reglas –aunque han variado- son de aplicación casi general, aunque hay ciertos estados de la unión americana que no lo hacen. Sin embargo tienen una falencia: tales pautas no aplican en el caso de una persona que si bien sabe y entiende que su conducta es ilícita, no puede resistirse a cometerla. En consecuencia, varias jurisdicciones han decidido ampliar estas reglas a un test adicional del impulso irresistible, así 1) si actuó por dicho impulso al momento de la ofensa, 2) si no fue capaz de escoger entre el comportamiento correcto y el incorrecto; y 3) si su voluntad fue destruida de tal manera que sus acciones estaban fuera de su control.¹¹⁴

En Inglaterra, la figura del impulso irresistible no basta para declarar a una persona mentalmente insana; puede incluso ser el elemento de prueba de una enajenación mental, pero en si misma no constituye una defensa.¹¹⁵ Sin embargo si es una defensa válida en caso de alegar la responsabilidad disminuida, tal y como fue establecido en el caso Byrne de la Corte de Apelaciones de Inglaterra.¹¹⁶ En este asunto, la Corte hizo una distinción entre la expresión defecto de razón establecida en las reglas del caso M’Naughten y la anormalidad de la mente establecida en este caso como criterio. Este concepto de anormalidad de la mente lo precisa la Corte de la siguiente manera:

¹¹⁰ Como la acción penal en Inglaterra esta en cabeza de la reina todos los procesos penales son regina (del latin rex) vs. el acusado.

¹¹¹ James, Philip, Introducción al Derecho Ingles, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág. 150.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ LexisNexis, LexisNexis Capsule Summary, Criminal Law 2004 LexisNexis, a division of Reed Elsevier Inc. All rights reserved. Pg 38

¹¹⁵ James, Philip, Introducción al Derecho Ingles, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág. 150.

¹¹⁶ High Court of Justice, Queen’s Bench Division en ingles original.

“implica un estado mental tan diferente del que un ser humano ordinario, que un hombre razonable tendría como anormal. Nos parece a nosotros –la Corte de Apelaciones- que es lo suficientemente amplia para cubrir las actividades de la mente en todos sus aspectos, no solo en la percepción de los actos físicos y asuntos, y la habilidad de formar un juicio racional de si el acto es correcto o no, pero también es la habilidad de ejercer la fuerza de voluntad para controlar los actos físicos de acuerdo con aquel juicio racional.”¹¹⁷

Es decir una falta de juicio que a la postre si bien no permite el control total del acto, sí es suficiente para que la conducta sea punible pero opera como un atenuante.

Por otra parte, en Estados Unidos en 1962 el American Law Institute presentó un modelo de Código Penal para aplicarse en toda la federación con algunas innovaciones y recogiendo muchas reglas comunes de la jurisprudencia de los estados federados. En materia de la *insanity defense* el test del Código modelo fue diseñado para implementar algunos avances psiquiátricos y para evitar problemas de un test anterior –el test Durham- este nuevo test para la *insanity defense* es más amplio que las reglas del caso M’Naghten y reduce el estándar de insania de un absoluto conocimiento de lo correcto o errado a una incapacidad sustancial para apreciar la diferencia entre estos dos conceptos, por lo tanto reconoce grados de incapacidad. Adicionalmente la norma modelo amplió su espectro para reconocer el impulso irresistible como causal de insania. En consecuencia, el test se enfoca en “el entendimiento por el acusado de su conducta” y además en “la habilidad del acusado de controlar sus acciones”¹¹⁸

Algunas personas sostienen que el test del Código modelo era una combinación de las reglas del caso M’Naghten con las reglas del impulso irresistible escritas en un lenguaje diferente¹¹⁹. Pero en todo caso, esta propuesta de regulación fue adoptada por varios estados de la unión. Y esto hubiera seguido así de no ser por el intento de asesinato a Ronald Reagan perpetrado por John Hinckley Jr en 1981.

Paradójicamente, al igual que el señor M’Naghten en 1843, Hinckley intentó asesinar a una cabeza de gobierno y falló, con menores consecuencias pues solo hirió a un secretario de Reagan y a dos personas más; este hombre fue juzgado por el Tribunal de Apelaciones para el distrito de Columbia en 1982 que lo encontró no culpable a razón de su insania bajo las reglas establecidas por el American Law Institute en su Código modelo. En consecuencia de lo anterior, el magnicida de marras fue transferido a un hospital en Washington, ya que incluso desde el caso M’Naghten se entiende que el procesado –condenado no sería correcto- es puesto bajo custodia de una instalación mental e incluso en libertad según sea el caso.^{120 121}

¹¹⁷“‘Abnormality of mind,’ which has to be contrasted with the time-honoured expression in the M’Naughten Rules ‘defect of reason,’ means a state of mind so different from that of ordinary human beings that the reasonable man would term it abnormal. It appears to us to be wide enough to cover the mind’s activities in all its aspects, not only the perception of physical acts and matters, and the ability to form a rational judgment as to whether an act is right or wrong, but also the ability to exercise will power to control physical acts in accordance with that rational judgment.” (texto original) Editor’s comments High Court of Justice, Queen’s Bench Division, R v. Byrne, June 20 1960 [1960] 2 QB 396 pg 2.

¹¹⁸ Collins, Kimberly; Hinkebein, Gabe; Schorgl, Staci (3Ls). The John Hinckley Trial & Its Effect on The Insanity Defense. <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/hinckley/hinckleyinsanity.htm>

¹¹⁹ Opus Cit.

¹²⁰ De acuerdo a la Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991 subsección 3 después del fallo de inocencia por insania la corte deberá ordenar que el acusado sea admitido en un hospital, nombrarle un guardián, o un supervisor y tratamiento, u ordenar su dada de alta.

¹²¹ Sin embargo dos lineamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos deben ser tenidos en cuenta, por un lado el demente debe estar detenido mientras este enfermo y sea peligroso para el y para

Hasta aquí el asunto no tiene nada de novedoso. El problema surge por la sensación pública de ultraje generalizado que provocó la absolución de Hickley, pues ya que si bien desde antes de este fallo se venía hablando de abolir esta defensa en virtud de evitar tests innecesarios, y en cambio, si existen pruebas de una enfermedad mental que impida el actuar libre del delincuente, que estas sean tomadas como pertinentes para demostrar la ausencia de la Mens Rea.¹²² Así, no fue hasta después de este fallo que se comenzaron a tomar decisiones por parte del gobierno.

En primer lugar, algunos estados permitieron que sus jueces pudieran fallar con veredicto culpable, pero mentalmente enfermo, este veredicto condena y una autoridad hospitalaria evalúa si el reo requiere tratamiento psiquiátrico o no¹²³; otros Estados como Utah abolieron la defensa de insanía¹²⁴ y otros restringieron el valor de los experticios de peritos forenses. Finalmente, paralelo a todo esto el gobierno federal revisó la *insanity defense* y finalmente promulgó la Insanity Defense Reform Act de 1984. En este documento se establece que:

“Es una defensa afirmativa a la acusación bajo cualquier estatuto federal que, al momento de la comisión de los actos que constituyan el delito, el acusado, como resultado de una severa enfermedad mental o defecto, sea incapaz de apreciar la naturaleza y calidad de lo incorrecto de sus actos. La enfermedad mental o defecto no constituye otra forma de defensa.”¹²⁵

Es decir, hace los requisitos mucho más estrictos, pero no sólo eso, la Insanity Defense Reform Act también establece que el acusado debe probar con evidencia clara y convincente su insanía.¹²⁶

Parte 2.3 la irresponsabilidad por trastorno psíquico, neuropsíquico o anulación del discernimiento o control de sus actos en Francia:

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, los franceses han sido muy fieles a sus Códigos Penales, y en casi 300 años han tenido tres, el Código Revolucionario de 1791, el Código Napoleónico de 1810, y el nuevo Código Penal de 1994 actualmente en vigor.

Este nuevo código regula la materia en su artículo 122-1 situado en el capítulo II –de las causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal- su título I –de la responsabilidad penal- y establece lo siguiente:

otros U.S. Supreme Court *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71 (1992). Como por otro lado, el demente debe permanecer en custodia hasta que llene los requisitos para salir, y debe permanecer en custodia tanto como hubiera permanecido en prisión por el delito que se le hubiera condenado U.S. Supreme Court *Jones v. United States*, 463 U.S. 354, 370 (1983).

¹²² Spring, Raymond L. The end of Insanity, Washburn Law Journal. volumen 19, nº 36 1979-1980 pg. 33

¹²³ Collins, Kimberly; Hinkebein, Gabe; Schorgl, Staci (3Ls). The John Hinckley Trial & Its Effect on The Insanity Defense. <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/hinckley/hinckleyinsanity.htm>

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ “It is an affirmative defense to a prosecution under any Federal statute that, at the time of the commission of the acts constituting the offense, the defendant, as a result of a severe mental disease or defect, was unable to appreciate the nature and quality or the wrongfulness of his acts. Mental disease or defect does not otherwise constitute a defense.” U.S. Code, Title 18, Section 17

¹²⁶ “The defendant has the burden of proving the defense of insanity by clear and convincing evidence.” Ibid.

“Artículo 122-1

No será penalmente responsable quien, en el momento de la comisión de los hechos, padezca un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya anulado su discernimiento o el control de sus actos.

Quien esté aquejado, en el momento de los hechos, de un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya alterado su discernimiento o dificultado el control de sus actos seguirá siendo punible; sin embargo, el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta esta circunstancia cuando determine la pena y fije el régimen de la misma.”¹²⁷

En ese orden de ideas, lo primero que se nota en la redacción de esta norma es que el nuevo código Penal Francés –al igual que el nuestro- adopta el sistema psiquiátrico-psicológico o método mixto. Como explicamos anteriormente, este sistema establece que son dos los elementos necesarios para –en este caso- eximir de responsabilidad penal al sujeto activo del delito, estos son, la causa de la patología y el efecto de esta misma en el delito¹²⁸.

Así las cosas, para el derecho penal francés causa y efecto pueden interpretarse como, el trastorno en sí, entiéndase esos trastornos psíquicos o neuropsíquicos, que deben ser simultáneos a los hechos y el origen mismo de la infracción penal¹²⁹. Y en segundo lugar el efecto, es decir que el trastorno elimine el discernimiento o el control de los actos propios en quien comete la conducta, adicionalmente, dicho trastorno –de acuerdo a un sector de la doctrina francesa¹³⁰- debe ser severo, o sea de una gravedad considerable.

Adicionalmente, hay que mencionar que el uso de este criterio en la ley es una novedad del código de 1994, ya que el código de Napoleón establecía como sistema para evaluar si era procedente o no la exención de la responsabilidad penal el sistema biológico, es decir que solo era relevante la causa por la cual el sujeto era inculpable.^{131 132}

Por otra parte, esta irresponsabilidad penal de acuerdo al académico argentino Edgardo Alberto Donna “se encuadra en las causas de exclusión de la culpabilidad, distinguiéndolas de las causas de justificación, siguiendo en esto la doctrina

¹²⁷ Article 122-1 “N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime.

¹²⁸ Agudelo Betancur, Nodier; lección 22: imputabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002. Pág. 356

¹²⁹ Mateo Ayala Eladio José, La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania. Italia. Francia, primera edición, ed. Dykinson 2007, Págs. 84 y 85.

¹³⁰ Mateo Ayala Eladio José, La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania. Italia. Francia, primera edición, ed. Dykinson 2007, Pág. 85. Citando a Pradel J, Droit Pénal, tome I, droit pénal général, éditions Cujas, 11^a édition, Paris 1996, Págs. 557 y 558.

¹³¹ Agudelo Betancur, Nodier; lección 22: imputabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002. Pág. 356

¹³² Art. 64 código penal francés de 1810 “no hay crimen ni delito cuando el reo se encontraba en estado de demencia en el momento de la acción, o cuando estaba bajo el impulso de una fuerza a la cual no pudo resistir” tomado de: Mateo Ayala Eladio José, La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania. Italia. Francia, primera edición, ed. Dykinson 2007, Pág. 83.

alemana.”¹³³ Sin embargo, vale la pena recalcar que se considera que quien es declarado penalmente irresponsable sale del ámbito del derecho penal¹³⁴, a diferencia de la legislación colombiana, donde se es responsable aunque de una manera incompleta, por lo que –como se explicó antes- nuestra medida de seguridad tiene un tinte de sanción penal.

También es importante hacer la aclaración, de que bajo las normas francesas opera la responsabilidad disminuida (Art 122-1 inciso 2), que disminuirá no solo el tiempo de pena, sino que también permitirá aplicar penas diferentes.

En cuanto a qué pasa con el procesado una vez es declarado penalmente irresponsable, en Francia una vez constatada esta circunstancia, el individuo es, o puesto en libertad¹³⁵, ya sea por rechazo de las diligencias o por absolución en la sentencia¹³⁶ o sometido a una medida de internación en un centro médico de acuerdo a lo establecido por el código de salud pública francés.¹³⁷

¹³³ Donna Edgardo Alberto, Capacidad de Culpabilidad o Imputabilidad, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos aires, 1996, Pág. 46. citando a: Zieschang Frank, Der Allegemeine Teil Des Neuen Frazösichen Strafgesetzbuch, en ZStW, 106. 1994, Heft 3, Pág. 651.

¹³⁴ L’irresponsabilité pénale des malades mentaux, les documents de travail du sénat, série législation comparée, 2004, sénat français. Pág. 5.

¹³⁵ Sobre la investigación, Art. 199-1 Código de Procedimiento Penal Frances.

¹³⁶ Sobre el procedimiento en el caso de personas declaradas penalmente irresponsables a razón de trastorno o enfermedad mental en el caso de delitos sexuales y para el registro de ofensores sexuales, Art. 706-53-2 numeral 4 Código de Procedimiento Penal Frances.

¹³⁷ *Ibid.*

Capítulo 2: la exigencia de la pena por insanía mental en el Derecho Penal Internacional.

Parte 1. La historia de los tribunales penales internacionales:

Parte 1.1. Los Tribunales de Nuremberg y Tokio, sus antecedentes y legado:

Si bien no podemos decir exactamente que los tribunales de Tokio y Nuremberg fueron los tribunales que dieron inicio al Derecho Penal Internacional, sí podemos decir que fueron los primeros que hicieron efectivo el principio de responsabilidad penal individual –como lo veremos en éste capítulo- y por tanto son el precedente primario de este derecho. Lo que dicho sea de paso, ocurrió después de los horrores de dos guerras mundiales que dejaron decenas de millones de muertos y a Europa en ruinas.

En ese sentido, para entender el origen de los tribunales internacionales, debemos devolvemos un poco, a la Primera Guerra Mundial. Este conflicto de acuerdo a lo comúnmente aceptado tiene sus orígenes en el magnicidio del archiduque austrohúngaro Franz Ferdinand adjudicado a un extremista serbio en 1914, lo que junto con otras circunstancias hace que un mes después Austria-Hungría junto con Alemania declaren la guerra a Serbia. Cuando estas dos potencias atacan Serbia y adicionalmente inician una campaña expansionista como consecuencia de eventos que venían gestándose desde a la guerra Franco-Prusiana de 1870 se da inicio la Primera Guerra Mundial¹³⁸ irónicamente un conflicto que fue denominado “la guerra para acabar todas las guerras”. En respuesta a esto, Francia y Rusia entran a la guerra contra Austro Hungría y Alemania, la primera, después de la invasión alemana a Bélgica, y la segunda por defender sus intereses en los Balcanes, Inglaterra se une posteriormente¹³⁹ a Francia y Rusia, y crean la “*entente cordiale*”; el resto es una guerra que devastó a Europa.

La guerra solo terminaría 4 años después, en 1918 con la rendición de los instigadores del conflicto; cosa que se dio de la siguiente manera, en palabras del gran historiador y escritor Isaac Asimov:

*“En ese momento todo terminó. Dos aliados menores de Alemania, Bulgaria y Turquía, se habían rendido; Ludendorff (general de los ejércitos alemanes) fue retirado del mando y huyó a Suecia, país neutral. El 4 de noviembre de 1918 Austria-Hungría se rindió, y Alemania quedó sola. El 9 de noviembre el Kaiser Guillermo II abdicó y huyó de Alemania para dirigirse a los Países Bajos, que eran neutrales. El 11 de noviembre Alemania se rindió y la guerra llegó a su fin.”*¹⁴⁰

Después de esta rendición, en 1919, con el tratado de paz de Versalles entre las potencias participantes en esta guerra, se buscó crear un Tribunal Penal Internacional para juzgar y castigar al Kaiser alemán Willhem II quien se consideraba por la triple alianza entente –es decir Francia, Inglaterra e Italia, y posteriormente Estados Unidos- como el cerebro detrás de la guerra. Así, este tratado internacional del 28 de Junio de 1919 establecía en su artículo 227 lo siguiente:

¹³⁸ Asimov, Isaac; The Golden Door- The United States from 1865 to 1918, Alianza Editorial, 1977; Pág. 136.

¹³⁹ Ibid. Pág. 136.

¹⁴⁰ Ibid. Pág. 131.

*“Los poderes aliados y asociados públicamente acusan a William II de Hohenzollern, anteriormente emperador Alemán, por una suprema ofensa contra la moralidad internacional y la santidad de los Tratados”*¹⁴¹

Y a reglón seguido establece:

“un tribunal especial será constituido para procesar al acusado, por consiguiente se le asegurará su garantía esencial al derecho a la defensa. Será compuesto por cinco jueces, cada uno puesto por cada uno de los siguientes poderes: Estados Unidos de America, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón”

“en su decisión el tribunal será guiado por los mas altos motivos de política internacional, en vista de vindicar la solemne obligación de los deberes internacionales y la validez de la moralidad internacional. Será su deber fijar el castigo que se considere sea impuesto”

“los Aliados y Potencias Asociadas presentaran una petición al gobierno de Países Bajos para la entrega del entonces ex- emperador en orden de que sea juzgado”^{142 143}

Así las cosas, era necesario devolverse hasta la Primera Guerra Mundial para señalar que existe un precedente de los tribunales internacionales, pues este tribunal, al igual que todos los tribunales que le seguirían tenía el fin de llevar ante la Justicia, no domestica –ordinaria o militar- sino internacional a aquel –o aquellos- quien de acuerdo a los poderes vencedores –en este caso- había iniciado la guerra, pero el asunto incluso iba más allá como podemos ver en el siguiente artículo del pacto de Versalles:

“El Gobierno Alemán reconoce el derecho de los Aliados y las Potencias Asociadas para llevar ante tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de los usos y costumbres de la guerra. Aquellas personas deberán, si son encontradas culpables, ser sentenciadas a los castigos previstos por la ley. Esta previsión se aplicara indiferentemente a cualquier procedimiento o instrucción criminal ante un tribunal en Alemania o en el territorio de sus Aliados.”

“el Gobierno Alemán deberá entregar a los Aliados y las Potencias Asociadas, o a alguna de ellas si así lo pide, todas las personas acusadas de haber cometido un acto en violación de los usos y costumbres de la guerra, quien será especificado sea por su nombre o su rango, oficina o empleo que ostentaba ante las autoridades Alemanas.”^{144 145}

¹⁴¹ Art. 227. Tratado de Versalles, Junio 28 de 1919.

<http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/all440.html>

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ El artículo original en inglés dice:

“ARTICLE 227. The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.”

¹⁴⁴ Art. 228, Tratado de Versalles, Junio 28 de 1919.

<http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/all440.html>

Hasta aquí todo se ve muy bien, y podríamos comenzar a estudiar nuestros casos de irresponsabilidad penal por trastorno mental desde ahí, y en ese mismo sentido hablaríamos de cómo los tribunales militares internacionales de la Primera Guerra Mundial fueron los primeros en juzgar por crímenes de relevancia internacional a individuos que habían tenido una participación determinante en las hostilidades. Sin embargo no lo hacemos por que los tribunales no se llevaron a cabo; la pregunta entonces es ¿por que?

Por un lado el Gobierno de Países Bajos se negó a entregar al Kaiser Willhem II, y por otro lado, y quizás con mayor relevancia, los tribunales militares aliados nunca fueron organizados, los alemanes se negaron tenazmente a extraditar y como alternativa juzgaron a los criminales ellos mismos, con pobres resultados –entiéndase los juicios Leipzig-¹⁴⁶. Es decir, que nada de lo previsto en el Tratado de Versalles en este sentido, pudo ser llevado a cabo.

Así las cosas, con el paso del tiempo y por otras razones el conflicto en Europa en vez de mejorar empeoró: los alemanes se encontraban en una recesión económica terrible a causa de la guerra, y las consecuentes sanciones que establecía el tratado de Versalles; obligaban a los perdedores de la guerra a tener su poder militar reducido, y fueron obligados a entregar territorios a los aliados. Alemania estaba mal y al pueblo alemán le fue presentada la “salvación” por un pintor fracasado austriaco, antisemita, quien había sido condecorado en la batalla de Somme de la Primera Guerra Mundial y había intentado dar un golpe de estado en Alemania. Este hombre era Adolph Hitler.

Tanto el ascenso al poder del nacional socialismo como los horrores que trajo este régimen al mundo están muy bien documentados, por tanto no es necesario hablar de ellos, basta añadir que Japón e Italia se adhirieron a la estrategia expansionista del Nazismo Alemán que inicio en 1939 con la anexión de Polonia. La guerra dura hasta el 8 de mayo de 1945 en el teatro de operaciones de Europa, y hasta 2 de septiembre de ese mismo año con la ceremonia de rendición oficial del imperio Japonés.

Así las cosas, es importante recordar que tanto la Primera Guerra Mundial como la Segunda, fueron terribles en materia de pérdidas humanas. Nuevamente, es Isaac Asimov quien nos muestra la cifra de vidas humanas perdidas en ambas guerras:

“La pérdida total de vidas humanas durante la Segunda Guerra Mundial excede cualquier referencia en la historia de las guerras: de 55.000.000 a 60.000.000 de muertes. Más de una tercera parte de este número fueron soviéticos: el 10 % de la población soviética. Entre 18.000.000 y 26.000.000 de civiles y prisioneros fueron

¹⁴⁵ El artículo original en inglés dice:

“ARTICLE 228.

The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities.”

¹⁴⁶ Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Pág. 46-47.

*sacrificados en campos nazis. (El número total de personas muertas en la Primera Guerra Mundial, a pesar de haber sido terrible, no fue de más de unos 10.000.000.)*¹⁴⁷

Con esto en mente, también vale la pena señalar que pese a la destrucción, las pérdidas humanas, el dolor y el pesar que causaron estas guerras, nos dejaron un legado importante. Por un lado, de las cenizas de la Liga de las Naciones creada en el periodo entre las dos guerras; y además de varias declaraciones hechas por los aliados de la Segunda Guerra mundial, se creó la Organización de Naciones Unidas que de ahí en adelante jugará un papel muy importante en la creación del Derecho Penal Internacional, como ya dijimos anteriormente. Y por otro lado los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y de Oriente Lejano fueron la patente de referencia de la que los demás tribunales internacionales por venir fueron diseñados.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg operó para los actos criminales cometidos en Europa por el régimen Nazi. Fue constituido mediante el acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y la carta del tribunal militar internacional de esa misma fecha, por la Unión de Republicas Socialistas Soviéticas, Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos. Y tuvo su asiento en la ciudad de Nuremberg (Alemania). Además hay que tener en cuenta que antes de esto Estados Unidos, la URSS y Gran Bretaña habían expresado su voluntad de enjuiciar a los criminales Nazis con la declaración de Moscu de Octubre de 1943.

De otro lado en el teatro de operaciones del Pacífico, el 26 de julio de 1945 Gran Bretaña, China y los Estados Unidos dieron el ultimátum a Japón para que se rindiera. Ese país no lo hizo y Estados Unidos lanzó dos bombas de caída libre con capacidad nuclear contra las ciudades de Hiroshima y Nagasaki asesinando a miles y dejando a muchos más con secuelas por la explosión, e incluso ahora por la radiación remanente de las bombas. Después de esta terrible muestra de poder, Japón se rindió. La fuerza de ocupación de los Estados Unidos en Japón al mando del general McArthur, y los demás Estados que participaron a su lado en esta campaña militar pusieron en efecto el mayo 3 de 1946 la Carta del Tribunal Militar Internacional de Oriente Lejano, que creó un tribunal militar con sede en Tokio para juzgar los actos atroces cometidos en la guerra por el imperio de Japón.

Ya en la postguerra, los países aliados dirigieron la iniciativa de una organización internacional de carácter universal que llevaría a la conformación de la Organización Naciones Unidas, y fue en el seno de esta entidad, que se comenzó a trabajar en un tribunal internacional penal permanente. Tan es así, que esta idea la podemos ver en documentos internacionales del calibre de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948, específicamente en su artículo 6¹⁴⁸ y en diversos trabajos posteriores de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

No obstante, debido a “la guerra fría” entre los Estados Unidos y la Unión Soviética por el control del mundo nunca se pudo progresar realmente en el tema de un tribunal penal

¹⁴⁷ Asimov, Isaac, book of Facts, Capitulo 43, Fact 22

¹⁴⁸ Artículo 6 “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.” Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, puesta a firma y ratificación el 9 de diciembre de 1948 mediante resolución 260 A (III) de la Asamblea General de la ONU, entro en vigor el 12 de enero de 1951.

permanente, ya que ambos Estados tenían intereses encontrados en los cuales no era conveniente la existencia de un tribunal de este tipo.

Sin embargo, la Unión de Republicas Socialistas Soviética se desintegró. Y así, si bien los órganos administrativos Soviéticos funcionaron hasta el 31 de diciembre de 1991; el 21 de diciembre de ese mismo año, se había firmado por varios Estados de la ahora Ex Unión Soviética el protocolo de Alma Ata -por la ciudad de Kazajstán donde se llevo a cabo la negociación del tratado- que fue el ultimo de una serie de eventos que trajeron el fin de este Estado; esto en conjunción con varios episodios a finales de los años 80's en varios países del bloque socialista.

Así las cosas, si bien hubo trabajos de la Comisión de Derecho Penal Internacional de las Naciones Unidas en cuanto a la creación de un Código de Crímenes Internacionales y una Corte Permanente Penal Internacional. Fue éste el momento en cual el panorama internacional quedaba relativamente libre de intereses en el camino para crear un tribunal penal internacional permanente, es decir, desaparecía un obstáculo tan grande como es que los dos poderes mas influyentes estén peleando entre ellos por el control del mundo. Adicionalmente, se crearon dos tribunales ad-hoc: el tribunal penal internacional para Rwanda y el respectivo para la ex Yugoslavia – cuyas características y competencia veremos con detalle a continuación-, que sirvieron de base jurídica y empírica –debido a las diversas circunstancias que debieron sortear dichos tribunales- adicional para la creación del tan esperado tribunal penal internacional permanente – como veremos con detalle cuando nos refiramos a la Corte Penal Internacional-.

Parte 1.2: la Historia del conflicto en la Ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia:

A Sir Winston Churchill se le atribuye haber dicho que los Balcanes “producirían mas historia de la que podría consumir”¹⁴⁹. Esta frase podría ser el epitafio perfecto para la ex Yugoslavia, que prácticamente desde la caída de la Unión Soviética hasta la fecha, se ha fragmentado en los Estados de Macedonia, Serbia, Montenegro, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina, Kosovo –con reconocimiento en discusión hasta la fecha- y Croacia. Así las cosas, en la primera mitad de la década de los 90's un conflicto étnico y político estalló en Bosnia-Herzegovina entre Serbios, Bosnios y Croatas, en este, se cometieron diversos crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio.

Así las cosas, si bien el conflicto en los territorios de la ex-Yugoslavia continuó casi hasta el inicio de esta década, se redujo en intensidad con el acuerdo de Dayton (Ohio EE.UU) en 1995¹⁵⁰ que buscaba terminarlo. En todo caso, ya desde 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas presentó la resolución 827 del 25 de mayo de 1993 buscando tomar cartas sobre el asunto. Esta resolución creó el Tribunal Penal para la Ex –Yugoslavia, con sede en La Haya (Países Bajos) que se encargaría de juzgar a las personas que hubieran cometido los delitos de: genocidio, crímenes de guerra y violaciones a las convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional

¹⁴⁹ Parece ser que la frase fue originalmente dicha por el escritor británico H.H. Munro “The people of Crete unfortunately make more history that they can consume locally” (Davis 1977; 239) de acuerdo a Brown, Keith; *The past in question, Modern Macedonia and the uncertainties of nations*, Princeton University Press, 2003; Pág. XI

¹⁵⁰ Timeline: Bosnia-Herzegovina, http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/country_profiles/1066981.stm

Humanitario (arts. 2, 3 y 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.).

Hay que añadir que el artículo 1 del Estatuto establece que el Tribunal tendrá competencia para juzgar “las serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario”¹⁵¹ que se cometieron en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Por otra parte, el artículo 7 del mismo instrumento establece la responsabilidad penal individual por los crímenes anteriormente mencionados en el sentido de que será penalmente responsable aquella persona o personas que hayan “planeado, instigado, ordenado, cometido o por lado ayudado o apoyado la planeación, preparación o ejecución”¹⁵² de dichas conductas. A reglón seguido, el mismo artículo establece que la posición del acusado como “jefe de Estado o de Gobierno u oficial responsable en el gobierno”¹⁵³ no liberará a la persona de responsabilidad ni será una circunstancia mitigante de la misma.

Así mismo, el parágrafo 3 del mismo artículo establece que los superiores serán responsables por los actos de sus subordinados en el entendido que ellos hayan sabido o hayan tenido razones para saber que sus subordinados cometieron una conducta punible, o serán igualmente responsables si no tomaron las medidas adecuadas para castigar a los perpetradores (Art. 7 par. 3). Y el parágrafo 4 establece que no procede alegar el cumplimiento de órdenes como justificación o excusa de responsabilidad pero que no obstante podrá ser tomado en cuenta como una circunstancia mitigadora (Art. 7 Par. 4).

Solo basta decir, que entre la jurisprudencia de este Tribunal –que desarrolla muchos conceptos sobre crímenes de guerra entre otras cosas- vale la pena que resaltar el caso de Dusko Tadic en donde se establecen ciertas reglas para la existencia de un conflicto armado y se ratifica que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas esta facultado para crear un Tribunal Penal Internacional Ad-hoc si lo considera, en virtud de sus funciones de mantenimiento de la paz descritas en el capítulo 7 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas.

Parte 1.3. La historia del conflicto en Rwanda y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda:

Por otra parte, el conflicto en Rwanda fue uno con un contenido puramente étnico a diferencia del de la Ex Yugoslavia que involucraba otros factores. Este conflicto se dio entre las dos tribus predominantes en Rwanda, los Hutus y los Tutsis; los segundos buscando exterminar sistemáticamente a los primeros. En menos de un año el gobierno de Rwanda y algunas milicias civiles exterminaron, violaron y abusaron de miles de hombres y mujeres Tutsis.

¹⁵¹ Art. 1 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

¹⁵² “person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime” (en inglés original) Art. 7 Par. 1; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

¹⁵³ “whether as Head of State or Government or as a responsible Government official” (en inglés original) Art. 7 Par. 2; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

Rwanda fue intervenida por la Organización de Naciones Unidas que envió una misión de paz –los comúnmente llamados cascos azules- y, sumado a esto a petición del entonces recientemente establecido gobierno multiétnico de Rwanda,¹⁵⁴ se profirió por el Consejo de Seguridad de la ONU la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 que ordenó la creación de un tribunal penal internacional para Rwanda. Dicho tribunal tiene su asiento desde 1995 en Arusha (Tanzania) y conoce de las serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario¹⁵⁵ cometidas en Rwanda desde primero de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. En ese sentido, los delitos de su competencia son genocidio, crímenes contra la Humanidad y violaciones al artículo 3 común de las convenciones de Ginebra y del protocolo adicional II (arts 2, 3 y 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda.)

Así mismo, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda establece las reglas para determinar la responsabilidad individual y lo hace de manera prácticamente idéntica a la del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia contemplando las mismas consecuencias en caso de los cargos de jefe de Estado y de Gobierno, la responsabilidad de comando y el cumplimiento de ordenes. En cuanto a la jurisprudencia de este tribunal hay varios casos importantes –entre otros- que precisan conceptos sobre la violencia sexual y el genocidio.

Finalmente, basados en las experiencias de estos dos tribunales, junto con décadas de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y alrededor de 50 años después de la aparición de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, se crea la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998,¹⁵⁶ el primer tribunal penal internacional permanente. Este tribunal internacional será analizado con detalle en el siguiente capítulo de este trabajo. No obstante lo anterior, consideramos que antes de examinar dicho Tribunal es pertinente dar un salto delante de su creación hasta los años de 1999 y 2000 para hablar acerca de la creación de los Paneles Especiales para Crímenes Serios de la Corte del Distrito de Dili en Timor Este y la Corte Especial de Sierra Leona creados -en esos años respectivamente- para investigar y castigar crímenes de grave relevancia para la humanidad en estos dos Estados. Eso sí, estableciendo de entrada, que ambos tribunales son a diferencia de los que hemos mencionado hasta ahora de carácter mixto es decir, con elementos de tribunal internacional y de corte doméstica.

Parte 1.4: La historia del conflicto en Timor Este y la creación de los Paneles Especiales para Crímenes Serios de la Corte del Distrito de Dili:

Timor Oriental fue invadida el 7 de diciembre de 1975 por Indonesia, esta ocupación militar duró alrededor de 24 años hasta 1999, cuando Indonesia permitió que se celebrara un referendo administrado por la Organización de Naciones Unidas específicamente el 20 de agosto de ese año¹⁵⁷. En dicha iniciativa se presentó a la población la decisión de independencia o autonomía local para éste territorio¹⁵⁸. Las

¹⁵⁴ Rwanda: How the genocide happened, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/1288230.stm>

¹⁵⁵ Art. 1 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

¹⁵⁶ El estatuto de Roma es puesto para firma y ratificación 17 de julio de 1998 pero solo entra en vigor hasta el primero de julio de 2002.

¹⁵⁷ Linton, Suzannah; New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor; RICR Mars, IRRC March, 2002; Vol. 84 No 845. Pág. 103.

¹⁵⁸ http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/country_profiles/1508119.stm

votaciones mostraron un apoyo muy grande a la iniciativa de independencia y las milicias fieles a Indonesia obraron en consecuencia matando a miles de personas y destruyendo ciudades y fue hasta el 20 de septiembre de 1999 cuando una fuerza de mantenimiento de la paz autorizada por la ONU detuvo el caos¹⁵⁹.

En ese sentido, con el fin de restaurar y asegurar el orden la ONU tomó la administración transitoria del territorio creando para tal fin la UNTAET¹⁶⁰ y así mismo organizó una comisión de indagaciones y despachó tres reporteros especiales para examinar lo que paso en 1999.¹⁶¹ Tanto la comisión de indagaciones de la ONU como un cuerpo de investigación designado por la Comisión de Derechos Humanos de Indonesia con la misma tarea llegaron a la conclusión de que se había cometido crímenes contra la humanidad por los grupos armados fieles a Indonesia, por la policía y el ejército¹⁶².

En consecuencia de lo anterior, se decidió crear un tribunal para juzgar los hechos ocurridos en la ocupación Indonesa en Timor Oriental; después de diversas discusiones sobre la creación, jurisdicción y competencia a razón del tiempo del tribunal la UNTAET decidió crear un tribunal “domestico internacionalizado”¹⁶³, mas específicamente unos paneles especiales mediante la regulación No. 2000/15 con su asiento en la Corte del Distrito de Dili –capital de Timor Oriental-.

De acuerdo a la mencionada regulación, estos paneles especiales tuvieron jurisdicción sobre; a) las serias ofensas cometidas en el territorio de Timor Oriental; b) cometidas por un ciudadano de dicho Estado o; c) contra un ciudadano de dicho Estado (regulación No. 2000/15, sección 2.2). Por otra parte, los paneles especiales tuvieron jurisdicción exclusiva sobre los hechos cometidos entre el 1 de enero de 1999 y el 25 de octubre de 1999 (regulación No. 2000/15, sección 2.3) y en todo el territorio de Timor Oriental (regulación No. 2000/15, sección 2.5). Así mismo, tenía como ley aplicable las leyes promulgadas bajo la regulación No. 1999/1 de la UNTAET, los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional cuando fuera el caso (regulación No. 2000/15, sección 3) y conocía de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura asesinato, y ofensas sexuales –como tipos autónomos sujetos a la ley penal domestica- (regulación No. 2000/15, secciones 4 a 9 respectivamente)

Adicionalmente la regulación de los paneles especiales establecía la responsabilidad individual en su sección 14 sobre personas naturales que de manera individual o en coparticipación hubiesen cometido el crimen bajo la jurisdicción de los paneles mediante una acción (sección 14.3, a); o al haber dado la orden, solicitado la conducta o inducido a su comisión si el hecho ocurría o había tentativa (sección 14.3, b); si facilitaban el crimen, colaboraban o apoyaban su comisión, incluso si proveían los medios (sección 14.3, c); o cualquier otra forma de contribución intencional (sección 14.3, d, i y ii); castigaba la apología al genocidio (sección 14.3, e); y la tentativa, sin embargo la tentativa desistida por el autor era no punible bajo la regulación del estatuto

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental por sus siglas en inglés.

¹⁶¹ Linton, Suzannah; *New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor*; RICR Mars, IRRIC March, 2002; Vol. 84 No 845. Pág. 104.

¹⁶² Ibid. Pág. 105.

¹⁶³ Ibid. Pág. 106.

(sección 14.3, f). Finalmente establecía la irrelevancia de la posición oficial y la responsabilidad de comando (regulación No. 2000/15, secciones 15 y 16 respectivamente).

Parte 1.5: La historia del conflicto en Sierra Leona:

El conflicto en Sierra Leona es bastante complejo, pero se puede decir que inicia con el surgimiento de facciones rebeldes quienes después de años de maltrato por lo que consideraban una “elite corrupta” se levantaron en armas. A lo que se le puede sumar que las personas de escasos recursos resentían a aquellos que controlaban la riqueza de las minas de diamantes de Sierra Leona¹⁶⁴. Estos rebeldes se hicieron llamar el RUF¹⁶⁵; y para combatirlos el gobierno de Sierra Leona contrató mercenarios. Después de diversos intentos de golpe de Estado por parte del RUF, estos beligerantes llegaron a tener participación en el gobierno de la mano del AFRC¹⁶⁶ otro golpista que tomó el poder en mayo 25 de 1997. Sin embargo, para febrero de 1998 y después de varias sanciones internacionales, la coalición africana denominada como ECOMOG¹⁶⁷ invadió Sierra Leona y pone de nuevo en el poder a un gobierno democrático.¹⁶⁸ Pero la paz es algo muy frágil en este país africano y los rebeldes siguen hostigando a la población y al gobierno. Tan es así, que personas consideran que la situación en Sierra Leona es –para 1999- peor que la de Kosovo en especial porque los rebeldes son totalmente impredecibles.¹⁶⁹ Con todo esto, y después de una petición del gobierno de dicho Estado africano, el 14 de agosto del año 2000 el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas mediante la resolución 1315 ordena la creación de un tribunal internacional en Sierra Leona.

Esta corte especial tiene su asiento en Freetown -capital de Sierra Leona- y se encarga de conocer de los delitos de crímenes contra la humanidad (Art. 2 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona); violaciones al artículo 3 común de las convenciones de Ginebra y del protocolo adicional II (Art. 3 del Estatuto); otras serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario (Art. 4 del Estatuto); y finalmente crímenes bajo la ley de Sierra Leona (Art. 5 del Estatuto); estos últimos crímenes que conoce esta corte especial le dan el carácter de tribunal mixto del que hablábamos en líneas superiores de este trabajo. En ese sentido el tribunal conocerá de los delitos cometidos después del 30 de noviembre de 1996 en adelante.

Así las cosas, estos son los tribunales que –salvo los últimos que presentamos- fueron el antecedente a la Corte Penal Internacional, y en ese orden de ideas debemos examinar como en cada uno de ellos se maneja la irresponsabilidad por trastorno mental –sobre este hay que iniciar advirtiendo que solo se presentaron defensas de éste tipo o similares en el Tribunal de Nuremberg, el de la Ex Yugoslavia y en el de Timor Oriental-; así mismo como esta contemplada tal defensa –si lo esta-, y como se maneja en cada tribunal penal ad hoc –teniendo en cuenta lo que establecimos con anterioridad- y en ese sentido veremos los casos donde se ha intentado invocar o se ha invocado la defensa de

¹⁶⁴ Q&A: Sierra Leone's hostages, BBC,

http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1999/01/99/sierra_leone/252822.stm#map

¹⁶⁵ Revolutionary United Front por sus siglas en inglés.

¹⁶⁶ Armed Forces Revolutionary Council por sus siglas en inglés.

¹⁶⁷ Economic Community of West African States Monitoring Group por sus siglas en inglés.

¹⁶⁸ Sierra leone timeline, BBC News, Africa, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/741070.stm>

¹⁶⁹ Sierra Leone: Worse than Kosovo?, Saturday, July 3, 1999 Published at 16:49 GMT 17:49 UK, http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/from_our_own_correspondent/383985.stm

capacidad disminuida; pero antes de eso veremos unos aspectos jurídicos de la defensa entender un poco mas el tema al que nos vamos a referir posteriormente.

Parte 2: aspectos jurídicos de la defensa por trastorno mental:

Es importante precisar que la defensa de insanía mental o de trastorno mental es, es aunque suene obvio una defensa; estas de acuerdo al profesor William A. Schabas de la Universidad Nacional de Irlanda son la “respuesta a un cargo criminal e indican todas las circunstancias que de una u otra forma obstruyen la sanción de una ofensa sin importar el hecho que la ofensa haya llenado todos los elementos definitorios del crimen”¹⁷⁰ por tanto, son aquellas alegaciones de las que se vale el procesado para enervar la pretensión de la Fiscalía, es decir la condena. En ese sentido, el Derecho Penal Internacional “se orienta hacia un concepto bipartito del delito”¹⁷¹ que distingue entre los hechos que fundamentan la responsabilidad penal del individuo en su aspecto externo e interno –*actus reus* y *mens rea* respectivamente- y por otro lado entre las circunstancias que excluyen la culpabilidad –es decir las defensas-¹⁷² o “circunstancias que excluyen la punibilidad” en concordancia al lenguaje usado para ellas en el Estatuto de Roma.

En ese sentido tanto, las defensas del *Common Law*, como las denominadas causales de “ausencia de punibilidad”¹⁷³ por nuestro Código Penal y como la inimputabilidad; son figuras jurídicas que en menor o mayor grado buscan liberar al procesado de la acción penal, ya sea como una excusa en el caso de las defensas de excusa del *Common Law* que ya explicamos en el capítulo anterior¹⁷⁴ o en el caso de la inimputabilidad en nuestro derecho domestico.

Sin embargo hay diferencias, para comenzar nuestro derecho penal con innegable influencia de la dogmática alemana se caracteriza por una enorme sistematización del Derecho Penal general; que busca “resolver coherentemente cualquier problema concreto que se le plantee, en relación con las *teorías jurídicas del delito y de la pena*, especialmente con relación a la primera, de forma que la puesta en relación de unas instituciones con otras debe realizarse constituyendo un engranaje sistemático, coherente y cerrado.”¹⁷⁵ En cambio, el sistema penal anglosajón si bien tiene su

¹⁷⁰ Traducción del autor de esta monografía, Schabas William A, citando a Eser, Alvin -“*defences in war crime trials in Yoram Diesem and Mala Tabori eds, War Crimes in International Law, The Hague: Kluwer Law International, 1996 págs, 251 a 273, en pag 251-* Schabas William A, The Un international Tribunals, The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone; Cambridge University Press, primera edición, 2006; pg. 325

¹⁷¹ Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Pág 177.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Art. 32 Código Penal Colombiano.

¹⁷⁴ Diciendo que este tipo de defensas eran aquellas que “se enfocan en la culpabilidad moral del individuo o su habilidad de poseer el requisito de *Mens rea*, la defensa de excusa reconoce que el acusado ha causado algún daño social, pero que no debe ser culpado o castigado por dicho daño” tomado de LexisNexis, LexisNexis Capsule Summary, Criminal Law 2004 LexisNexis, a division of Reed Elsevier Inc. All rights reserved. Pg 22

¹⁷⁵ Altava Laval, Manuel Guillermo (coordinador) varios autores, Lecciones de Derecho Comparado; ed Universitat Jaume I, 2003. *Górriz Royo Elena; Parte cuarta, VIII Presupuestos del Derecho Penal material de Estados Unidos*, Pág. 264.

dogmática no la tiene tan desarrollado basándose más en un concepto minimalista, pragmático y utilitario¹⁷⁶.

En ese orden de ideas, la dogmática penal concibe el delito como una construcción que actualmente consta de tres elementos: 1) tipicidad, 2) antijuridicidad es decir el “injusto penal”¹⁷⁷ y 3) culpabilidad, y en ese sentido si una conducta es atípica, o ajustada jurídicamente o inculpable no es delito. Y es la sede culpabilidad donde se evalúa la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, siendo este la última morada de descanso de lo que Frank alguna vez llamó el “fantasma errante”¹⁷⁸ de la teoría del delito. Así las cosas, es sobre estos elementos que debaten las partes y el juez a su vez los verifica y valora si existe o no una responsabilidad criminal¹⁷⁹.

No obstante, antes de concluir este punto es importante destacar que si bien sobre los elementos de tipicidad y antijuridicidad la doctrina y la jurisprudencia -si bien hay cierto nivel de controversias- son relativamente pacíficas, no sucede lo mismo sobre la culpabilidad y el concepto de imputabilidad que modernamente han sido objeto de fuertes críticas por varios autores y que serían bastante interesantes de reproducir pero valdrían el esfuerzo y tiempo para una monografía por sí misma.¹⁸⁰ Así que solo basta decir que para nuestro sistema penal actualmente la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y que el inimputable en consecuencia obra sin culpabilidad.¹⁸¹

Por otra parte en el *Common Law* si bien el delito –en cuestiones sustanciales- también se divide en elementos, hay que tener en cuenta el componente adversarial de su sistema procesal, puesto que como explicábamos antes; la defensa es una respuesta a un cargo y en ese sentido es una cuestión ya no tanto de debate sobre la verificación de unos elementos o no, sino de acción y reacción. Por tanto, encontramos que si bien en el derecho anglosajón opera la presunción de inocencia, también se presume que el acusado desea las consecuencias de sus actos, en ese orden de ideas “cuando se alega la incapacidad mental como defensa, o se invoca una defensa legal que expresamente o por implicación invierta la carga de la prueba, corresponde al *acusado* demostrar esas defensas”¹⁸² es decir se presume la cordura y la defensa debe establecer al menos un “*equilibrio de probabilidades*”¹⁸³ sobre el estado mental del acusado. Más aun puede haber incluso una capacidad disminuida es decir, un estado limítrofe entre la claridad mental y la demencia que no es suficiente para condenar totalmente ni suficiente para eximir de la sanción penal, o bien puede eliminar el elemento volitivo del delito¹⁸⁴.

¹⁷⁶ Opus Cit. Pág. 263.

¹⁷⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, parte general. Sexta edición, ed. Ediar, 1996. Pág. 322.

¹⁷⁸ Citando a Frank. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, parte general. Sexta edición, ed. Ediar, 1996. Pág. 533.

¹⁷⁹ Velázquez V. Fernando; Manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 214.

¹⁸⁰ Ver al respecto: Sotomayor A, Juan Oberto; Inimputabilidad y Sistema Penal; ed. Temis, 1996.

¹⁸¹ Mantilla Jácome, Rodolfo; La Imputabilidad y la Inimputabilidad Penal; 2ª edición, ed. Temis 2008; Pág. 22.

¹⁸² James, Philip, Introducción al Derecho Ingles, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág. 146.

¹⁸³ Opus Cit. 150.

¹⁸⁴ LexisNexis, LexisNexis Capsule Summary, Criminal Law 2004 LexisNexis, a division of Reed Elsevier Inc. All rights reserved. Pág. 41.

En cambio, nuestro sistema penal no tiene una presunción de cordura; de hecho, en la audiencia de formulación de acusación (Arts. 338 y ss. Ley 906 de 2004) es donde se le solicita a las partes descubrir los elementos de convicción tendientes a probar su teoría del caso (art. 344 Ley 906 de 2004). Esto quiere decir para el caso en concreto, la prueba pericial del estado mental del procesado tendiente a convencer al juez de la inimputabilidad de éste. En ese sentido, en el proceso el juez verifica todos los elementos de la conducta punible, y si encuentra que hay aspectos negativos de –en el caso concreto- la culpabilidad, como sería a inimputabilidad procede a dictar la sentencia del caso declarando al sujeto –valga la redundancia- inimputable y como consecuencia sujeto a medida de seguridad del artículo 70 o 71 del Código Penal, y para esto se vale de los argumentos –sustentados en pruebas- de las partes.

Por otra parte, cabe observar que en efecto sí hay una presunción de capacidad mental aunque esta hace parte de la legislación civil y es la presunción de la capacidad para obligarse¹⁸⁵, en todo caso, no hay que equivocarse, si una persona es declarada incapaz -civilmente hablando- no necesariamente es inimputable, incluso teniendo un trastorno que eventualmente nuble su juicio respecto al injusto penal; esto debido a que –como dijimos antes- el trastorno debe ser coetáneo y relevante al hecho. Sin embargo, la declaratoria de incapacidad si puede ser –articulada con lo anterior- un elemento de juicio con el que el juez constate el aspecto negativo de la culpabilidad en cuestión.

Ahora bien, en cuanto a la capacidad disminuida en nuestro sistema. Consideramos, contrario a lo que expone el profesor Jaime Granados en su texto “la inimputabilidad aminorada o disminuida”¹⁸⁶ que su no inclusión en nuestra legislación penal no es una cuestión de que el legislador simplemente ignore el concepto, es una cuestión sistemática, por que ya desde Welzel se hablaba de la culpabilidad como el juicio de reproche, el juicio a “poder obrar de otra manera”¹⁸⁷ y no hacerlo; más aun, de acuerdo al profesor Granados Claus Roxin, en concordancia con Günther Jakobs dice lo siguiente respecto a la figura de la imputabilidad aminorada:

*“la imputabilidad o capacidad de culpabilidad notablemente disminuida no es una forma autónoma de “semiimputabilidad” que se halle entre la inimputabilidad y la imputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aun) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede constar (sic) más o menos poderse motivar por la norma. En consecuencia, cuando aún existe capacidad de control, pero está sustancialmente reducida, por regla general disminuye la culpabilidad”*¹⁸⁸

Así las cosas, para nuestro sistema la culpabilidad es un concepto de dos vías, es de alguna forma, una cuestión de encendido o apagado, siendo el apagado –entiéndase por esto la inculpabilidad- por diversas circunstancias; y esa “semiimputabilidad” es por

¹⁸⁵ Art. 1503 Código Civil Colombiano.

¹⁸⁶ Granados Peña, Jaime Enrique, la inimputabilidad aminorada o disminuida; Estudios Penales, homenaje al maestro Bernardo Gaitan Mahecha, Pontificia Universidad Javeriana, ed. Legis, 1ª edición 2005. Págs. 179 a 228.

¹⁸⁷ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 402.

¹⁸⁸ Granados Peña, Jaime Enrique, la inimputabilidad aminorada o disminuida; Estudios Penales, homenaje al maestro Bernardo Gaitan Mahecha, Pontificia Universidad Javeriana, ed. Legis, 1ª edición 2005. Pág. 190. citando a Roxin Claus (1997)

decirlo de una manera simple una cosa que es y no es; lo que en un sistema que busca una coherencia lógica como el nuestro, no es admisible.

Sin embargo, no podemos decir que el tema es totalmente irreconciliable en los dos sistemas, ya que nuestras leyes y doctrina –no solo nacionales- tienen soluciones que de cierta forma reconocen que la conducta no es totalmente reprochable. Por ejemplo, en España se habla de eximentes incompletas y atenúa la sanción penal (Art. 21 num. 1 Código Penal Español).¹⁸⁹ Por otra parte el sistema penal colombiano presenta dos soluciones opuestas, por un lado de acuerdo a Velazquez Velazquez, “cuando se presenten *dudas insalvables en torno a la imputabilidad o no del agente...* el funcionario judicial tiene que aplicar los principios de culpabilidad, dignidad de la persona humana y *favor rei*,”¹⁹⁰ en resumidas cuentas esto implicaría absolver al procesado porque el juez no pudo constatar uno de los elementos de la conducta punible *mas allá de toda duda razonable*, que es la regla de oro con la que debe juzgar. La otra solución es condenar y atenuar –una solución mas aceptada, tal y como en España y en una cierta manera, aunque no exactamente así en el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, como veremos posteriormente - ya que de acuerdo al Art. 55 numeral 9 del Código Penal es una circunstancia de menor punibilidad “9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”.

En ese sentido, concordamos con lo dicho por el profesor Granados y es que, una circunstancia orgánica no es la única que puede influir, ya que pueden influir en la comisión del delito cuestiones tales como un trauma emocional, trastornos en la personalidad, disociativos o estrés postraumático,¹⁹¹ no obstante; debemos estar en desacuerdo con lo dicho en ese mismo sentido en materia de los factores sociales y culturales, ya que una analogía de este tipo en un atenuante implicaría una patente de corso para ciertos grupos como pandillas y barras bravas frente al delincuente solitario. No obstante estas falencias, en dicho sentido el numeral 10 del mismo artículo establece que se puede atenuar la pena por circunstancias análogas –en este caso al numeral 9 del mismo artículo 55- es decir que podría dar cabida a las circunstancias no orgánicas que afecten la psiquis del procesado.

Este paréntesis para explicar las diferencias entre los dos sistemas tiene una razón de ser. Y es que si bien los dos sistemas pueden parecerse diferentes llegan a soluciones similares por que enfrentan un problema idéntico, el delito; por tanto las diferencias que pueda haber entre ambos sistemas deben ser interpretadas como capaces de ser coexistentes o sintetizadas, que es en últimas -como veremos en su momento- lo que trata el Estatuto de Roma.

Con todo esto de presente, encontramos como se dijo anteriormente que el delito en el Derecho Penal Internacional se compone de dos elementos *Mens Rea* y *Actus Reus*, a la usanza del *Common Law*¹⁹² esto debido a que los tribunales internacionales desde

¹⁸⁹ Opus Cit. Pág. 218.

¹⁹⁰ Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed. Temis, 2004. Pág. 425.

¹⁹¹ Granados Peña, Jaime Enrique, la inimputabilidad aminorada o disminuida; Estudios Penales, homenaje al maestro Bernardo Gaitan Mahecha, Pontificia Universidad Javeriana, ed. Legis, 1ª edición 2005. Pág. 212.

¹⁹² Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Pág 177.

Nuremberg hasta Sierra Leona han funcionado bajo la égida de países en donde impera este sistema¹⁹³. Ahora bien, contrario a lo que uno podría pensar, el procesado no puede hacer uso de todas las defensas que podrían excluirlo de su responsabilidad; ya que desde Nuremberg se ha prohibido invocar las defensas de órdenes superiores y estatus oficial.¹⁹⁴ Sin embargo, hay que anotar sobre este punto que el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia admite la defensa de responsabilidad de comando en crímenes de guerra, en el entendido que haya algún tipo de necesidad militar que justifique el haber obedecido las ordenes de superiores.¹⁹⁵

Por todo esto, la importancia de las defensas en todos los tribunales de Derecho Penal Internacional es, de acuerdo al Tribunal Penal para la ex Yugoslavia que “las defensas forman parte de los principios generales del derecho penal que un Tribunal debe tener en cuenta al decidir un caso ante el”¹⁹⁶

En ese sentido las defensas entran en la dinámica del procedimiento y la prueba en el proceso Penal Internacional. Esto debido a que en cada crimen tiene sus elementos especiales que se sitúan en alguno de los dos grandes elementos de la conducta criminal por ejemplo, el *dolus specialis* en el crimen de genocidio, es decir la intención de exterminar a un grupo protegido, lo cual debe entrar a ser probado o su prueba debe desprenderse de algún elemento de la conducta; o el contexto macrocriminal del delito - que es un elemento común a todos los crímenes-¹⁹⁷, como por poner un ejemplo opuesto, que si alguien mata a otro en Rwanda o la ex Yugoslavia puede ser un homicidio común y corriente si las circunstancias de tiempo, modo, lugar, el sujeto según sea el caso, y mas importante aun el contexto, así lo indican; y en consecuencia la existencia de estos elementos debe ser alegada y probada por el acusador y la defensa es quien las desvirtúa.

Más aun, la defensa de irresponsabilidad por trastorno mental opera –como lo clarificó el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso Landzo - contra la presunción de que el procesado es mentalmente capaz de responder por sus actos y esto como veremos a través de los diversos tribunales internacionales se prueba por medio de un dictamen médico sobre el cual argumenta la defensa y entra a decidir el juez si esta probado o no que el trastorno fue capaz de eliminar la comprensión del procesado –total o parcialmente- sobre el crimen y al momento del mismo. Así las cosas, procederemos a ver que ha sucedido en los diversos tribunales penales internacionales sobre el particular. Para tal fin los organizaremos en el siguiente orden: primero los tribunales de Tokio y Nuremberg, después los tribunales de la Ex Yugoslavia, Rwanda y Sierra Leona pues comparten reglas y en ese sentido serán explicadas en un mismo acápite; y finalmente los paneles especiales de la Corte de Distrito de Dili en Timor Este en cada caso con sus normas pertinentes y los casos a los que haya lugar.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Schabas William A, The Un international Tribunals, The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone; Cambridge University Press, primera edición, 2006; pág. 325

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Traducido al castellano por el autor, caso Kordi'c et all, (IT-95-14/2-T) fallo del 26 de febrero de 2001, par. 449. tomado de Schabas William A, The Un international Tribunals, The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone; Cambridge University Press, primera edición, 2006; pág. 325

¹⁹⁷ Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Pág 179.

Parte 3: la defensa de insania mental en los tribunales internacionales:

Parte 3.1: los Tribunales de Nuremberg y del Lejano Oriente:

Parte.3.1.1: El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg:

No sobra decir que en el Derecho Penal Internacional ha habido un desarrollo casuístico en muchos aspectos, pues como toda especialidad del derecho este es un sistema en permanente construcción, y el particular no escapa de esa realidad. Así, tal y como cualquier construcción inicia desde las bases, en este caso el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg que establecía en su artículo 6 parágrafo 1 lo siguiente:

“El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones.”¹⁹⁸

En ese sentido, este artículo sienta la base responsabilidad de los individuos cuando se refiere a “aquellas personas” añadiéndole el elemento macrocriminal, es decir “actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo” sin embargo, hasta aquí no hay mención de bajo qué capacidad mental debió obrar el procesado, ni si puede invocar la defensa de irresponsabilidad por trastorno mental o cualquier otra.

En ese sentido, el siguiente paso es revisar las reglas de procedimiento y prueba del Tribunal. Este documento adoptado el 29 de octubre de 1945 no hace mención expresa sobre este tema, sin embargo sí se refiere a que el acusado puede obrar en defensa propia o a través de un defensor (regla 2 ordinal d) la forma en que éste –el defensor o el mismo procesado- puede producir evidencia es señalando por que los hechos que pruebe son relevantes al tribunal y presentando la evidencia (regla 4). En ese sentido podríamos entender que el acusado puede hacer uso de cualquier defensa y queda en manos del Tribunal definir si esta admisible o relevante o lo contrario. Gracias a esto, como decíamos al principio se llegó a desarrollos en el Derecho Penal Internacional como la improcedencia del cargo oficial y las órdenes como defensas en crímenes atroces, y se consagró la suprema relevancia de los delitos que estudia esta especialidad para la humanidad. Sobre el tema de la defensa de irresponsabilidad por trastorno mental dos casos fueron decididos por el Tribunal de Nuremberg, el caso de Rudolph Hess y el caso de Eduard Strauch:

3.1.1.a) El caso Rudolph Hess:

El señor Hess era un alto jerarca del régimen Nacional Socialista cercano a Adolf Hitler quien fue capturado en Inglaterra en el 41 y posteriormente llevado a juicio ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. La defensa de Hess invocó una moción

¹⁹⁸ Artículo 6 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, tomado en castellano de: <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>.

para que el procesado fuera objeto de un examen médico psiquiátrico, para determinar su capacidad en juicio, la moción fue presentada en el siguiente sentido:

*“I A. que un experto medico sea solicitado por la Corte para hacer un examen riguroso del acusado Hess y reportar de manera exhaustiva si el defendido es o no a) mentalmente competente, b) capaz de ser juzgado, y de convocar el experto medico como testigo en el juicio. El experto debe ser nombrado por el Tribunal de la facultad de medicina de la Universidad de Zurich o, si un experto competente no esta disponible ahí de la facultad medica de Lausanne.”*¹⁹⁹

*“I B. si la Corte ya ha nombrado un experto, que el experto que aplique para ser designado en el sentido de I A. sea designado y convocado para actuar junto con el experto de la corte en el examen y para testificar en la Corte.”*²⁰⁰

*“I C. en el evento que la Corte habiendo ya mientras tanto ordenado un reporte de una mesa de expertos, que se panel sea completado por el designado, así como el experto mencionado en I A., u otro experto a ser nombrado de la facultad de medicina de Zurich o Lausanne”*²⁰¹

“II ... razones: ReI. El defensor quien firma abajo tiene graves dudas de la responsabilidad mental y la habilidad para comparecer a juicio del Acusado Hess debido al comportamiento del acusado durante sus numerosas discusiones con el, y debido a las numerosas publicaciones, pasadas y presentes, en la prensa Alemana y extranjera acerca del “Caso Hess”. El Acusado no esta en posición de darle a su defensa cualquier información acerca de los crímenes imputados a el en la Acusación. La expresión de su cara es carente de vida y su actitud hacia la defensa y en vista del inevitable Juicio es la opuesta a cualquier reacción natural de algún otro acusado. El acusado declara que ha perdido completamente su memoria desde un largo periodo de tiempo, el periodo que el ya no puede determinar.

La declaración oficial del Partido hecha por el Ministerio Alemán de Propaganda el 12 de mayo de 1941 incluso menciona “una enfermedad que se ha incrementado a través de un periodo de años” y de “signos de un deterioro mental”. Reportes de la prensa inglesa tambien establecen que la conducta del acusado después de su aterrizaje en Escocia mostró una ausencia de “claridad mental”.

Estos hechos son importantes para la alegación de la irresponsabilidad del acusado como resultado de un desorden mórbido de su capacidad mental, y circunstancias suficientes para la aplicación numerada I.

Estos hechos al mismo tiempo justifican el examen de la habilidad del acusado de declarar. En el evento de que esta Corte haya ya, bajo su propia autoridad, confiado a un panel de expertos con la preparación de un reporte, seria justo con el acusado concederle la adición de varios expertos a ser designados por la defensa.”^{202 203}

¹⁹⁹ (Traducción del autor de esta monografía) Motion on behalf of defendant Hess for an examination by a neutral expert with reference to his mental competence and capacity to stand trial; Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language Volume 1, Pages 155 and 156

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

²⁰³ El texto original de la moción es el siguiente:

En ese orden de ideas, vemos como la Defensa de Hess invoca la defensa de irresponsabilidad mental o al menos la inhabilidad de su defendido de ir a juicio basado en las reglas de procedimiento anteriormente citadas, y el Tribunal Penal de Nuremberg rechaza la moción el 24 de noviembre de 1945, designa su propia mesa de expertos²⁰⁴. La comisión de expertos determina que Hess es mentalmente capaz si bien es de una personalidad inestable aunque no está demente en estricto sentido²⁰⁵ y posteriormente, el primero de diciembre de 1945 decide que “no existen razones para posponer el juicio

MOTION ON BEHALF OF DEFENDANT HESS FOR AN EXAMINATION BY A NEUTRAL EXPERT WITH REFERENCE TO HIS MENTAL COMPETENCE AND CAPACITY TO STAND TRIAL

TO: The General Secretary of the International Military Tribunal, Nuremberg. On behalf of the Defendant Hess I hereby make the following application in my capacity of counsel:

I

A. That a medical expert be asked by the Court to make a thorough examination of the Defendant Hess and to report in an exhaustive manner as to whether the said defendant is a) mentally competent, b) capable of being tried, and to summon the medical expert as a witness at the Trial. The expert should be named to the Tribunal by the medical faculty of the University of Zurich or, if a competent expert should not be available there, by the medical faculty of Lausanne.

B. If the Court has already appointed an expert that the expert applied for and appointed as in I A. be appointed and summoned to act together with the Court's own expert at the examination, and to testify in Court.

C. In the event of the Court's having already in the meantime ordered a report by a board of experts, that this panel be completed by the appointment, as well as the expert mentioned in I A., of another expert also to be named by the medical faculty of Zurich or Lausanne.

II

....

Reasons:

Re I. The undersigned Counsel has grave doubts as to the mental responsibility and the fitness for Trial of the Defendant Hess owing to defendant's behavior during his numerous talks with him, and owing to the numerous publications, past and present, in the German and foreign press about the "Hess Case". The defendant is not in a position to give his Counsel any information whatsoever regarding the crimes imputed to him in the Indictment. The expression of his face is lifeless and his attitude towards his Counsel and in view of the impending Trial is the reverse of every natural reaction of any other defendant. The defendant declares that he has completely lost his memory since a long period of time, the period of which he can no longer determine.

The official Party declaration issued by the German Propaganda Ministry of 12 May 1941 even mentions "a disease which had been increasing over a period of years" and of "signs of mental derangement". English press reports also state that defendant's conduct after his landing in Scotland showed an absence of "mental clarity".

Those facts are important for the allegation of Defendant's irresponsibility as a result of morbid disorder of his mental capacity, and sufficient grounds for application numbered I.

Those facts at the same time justify the examination of defendant's ability to plead. In the event of the Court's having already, on its own authority, entrusted a panel of experts with the preparation of a report, it would be fair to the defendant to concede the addition of several experts to be appointed by the Defense.

/ s VON ROHRSCHEIDT Attorney Nuremberg, 7 November 1945

²⁰⁴ Order of the Tribunal rejecting the motion on behalf of Defendant Hess, and designating a commission to examine Defendant Hess with reference to his mental competence and capacity to stand trial;

Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language Volume 1, Pages 157 and 158

²⁰⁵ Report of commission to examine Defendant Hess, Attachment II Report, Opus Cit page 163.

en contra del Acusado Hess a causa de su condición mental²⁰⁶ y se le juzga, en el fallo del primero de octubre de 1946 el Tribunal determina sobre su capacidad que:

Como fue previamente indicado el Tribunal encontró, después de un completo examen médico y de reportes de la condición del acusado, que debe ser juzgado sin que se posponga de ninguna manera su caso. Desde ese tiempo más mociones se han hecho para que sea de nuevo examinado. Que el Tribunal ha negado, después de tener un reporte del psicólogo de la prisión. Que Hess actúa en una manera anormal, sufre de pérdida de la memoria y se ha deteriorado mentalmente durante este Juicio, puede ser verdad. Pero no hay nada que demuestre que el no comprende la naturaleza de los cargos en su contra, o es incapaz de defenderse a si mismo. Fue capazmente representado en el Juicio por su abogado, designado para ese propósito por el Tribunal. No hay ninguna sugerencia de que Hess no haya sido completamente sano cuando los actos imputados contra el fueron cometidos.^{207 208}

En consecuencia, Hess es condenado a prisión de por vida, y quedó el precedente de que se puede invocar la defensa de irresponsabilidad por trastorno mental y los medios de prueba pertinente, Posteriormente el Tribunal llevó el caso de el oficial de las S.S. Eduard Strauch quien intentó invocar esta defensa con resultados igualmente negativos.

3.1.1.b) El caso Strauch:

El señor Eduard Strauch era un teniente coronel de la S.S. y por los actos cometidos en su servicio fue juzgado por el Tribunal de Nuremberg en el proceso contra la Einsatzgruppe. Siendo procesado, el teniente coronel nazi presentó un aparente ataque epiléptico lo que logró que se pospusiera el proceso en su contra hasta una fecha posterior. Finalmente el juicio se llevó a cabo y en los alegatos finales su defensa manifestó que en el estado que se encontraba en aquel entonces el acusado no era responsable por sus acciones e intentó presentar un certificado probando la incapacidad de Strauch. Sin embargo, el presidente de la audiencia haciendo eco a una petición de la fiscalía no aceptó dicho certificado y las afirmaciones sobre la conducta del procesado hechas por la defensa y pidió que Strauch viniera e hiciera sus alegatos finales como todos los procesados²⁰⁹, adicionalmente el procesado fue examinado por una junta de médicos que dictaminaron el 17 de diciembre de 1947 que el señor Strauch estaba en condiciones de entender los cargos imputados²¹⁰. Sobre el fondo del asunto, este Tribunal dijo lo siguiente:

²⁰⁶ En ingles original "that no grounds existed for a postponement of the Trial against the Defendant Hess because of his mental condition." Opus Cit, 177.

²⁰⁷ Judgment, Opus Cit, Page 284.

²⁰⁸ El texto original del fallo es el siguiente:

"..As previously indicated the Tribunal found, after a full medical examination of and report on the condition of this defendant, that he should be tried, without any postponement of his case. Since that time further motions have been made that he should again be examined. These the Tribunal denied, after having had a report from the prison psychologist. That Hess acts in an abnormal manner, suffers from loss of memory, and has mentally deteriorated during this Trial, may be true. But there is nothing to show that he does not realize the nature of the charges against him, or is incapable of defending himself. He was ably represented at the Trial by counsel, appointed for that purpose by the Tribunal. There is no suggestion that Hess was not completely sane when the acts charged against him were committed."

²⁰⁹ Parte X, final statement of the defendants, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946 - April 1949, Volume IV, ("Green Series) (the "Einsatzgruppen case") Pág. 405.

²¹⁰ Parte XI, Opinion and judgment, Opus Cit. Pág. 566

"El 11 de diciembre de 1945, una junta médica compuesta por 3 médicos condujo un examen en el acusado y declaro que era su opinión que "la condición mental del acusado es tal que es consciente de los cargos presentados a el en la acusación". Era su opinión, más aun, que "el acusado es, la mayoría del tiempo, física y mentalmente capaz de entender preguntas hechas a el y te contestarlas con el completo uso de sus facultados mentales"

Hay toda indicación que, hasta un corto periodo de tiempo antes del tiempo que Eduard Strauch fuera programado para aparecer en la Corte, su comportamiento mental era normal. Sin embargo en la ultima parte de diciembre de 1947, aparentemente daba respuestas irrelevantes a las preguntas formuladas a el por su abogado cuando era consultado en la preparación de su caso. El 13 de enero de 1948, vino ante la Corte como testigo voluntario, pero, una vez en el banquillo, procedió a responder de una manera que, para el Tribunal, representó una consciente y deliberada intención de evitar directa e inteligentemente respuestas a las preguntas puestas ante el.

El 17 de enero de 1948, una junta médica de dos médicos lo examinó y concluyó:

"que el acusado, Eduard Strauch, excepto por breves periodos precediendo, durante y después de sus ataques epilépticos es capaz de entender los procedimientos contra el y de tomar una parte adecuada en la dirección y presentación de su propia defensa."

El acusado de nuevo vino ante la Corte y, el 19 y 20 de enero, testificó de una manera inteligente, dando evidencia conclusiva de una comprensiva conciencia de los procedimientos. El teniente Willian Bedwill, oficial medico y psiquiatra entrenado estaba presente en la Corte y reportó al Tribunal lo que sigue:

"Es mi opinión que el acusado Herr Eduard Strauch, durante los periodos que yo lo he tenido observado, incluyendo las sesiones de la corte de la tarde del 19 de enero de 1948 y la mañana del 20 de enero de 1948, ha estado mentalmente competente y en ese sentido libre de defecto mental, deterioro o enfermedad para ser capaz de participar adecuadamente en su propia defensa" el 2 de febrero de 1948, el teniente Bedwill fue solicitado en el banquillo de testigos "teniente, usted cree que, en cualquier momento cuando sus respuestas fueron obviamente irrelevantes, las respuestas pudieron ser consonantes con un deseo consciente de parte del acusado de aparentar estar, o hacerse aparecer mentalmente incompetente?" y el respondió- "yo creo que estas podrían ser consonantes con ese deseo." Bajo interrogatorio cruzado por la defensa, la siguiente pregunta fue formulada al psiquiatra:

"tenemos que entender de su declaración, Doctor, que si el testigo no estaba simulando, que estaba sufriendo de una enfermedad que la ciencia medica hasta este momento no descubierta o catalogada, en lo que a su conocimiento de ciencia medica es concerniente?" y su respuesta fue- "eso es cierto". Otra observación de la competencia mental de Strauch es el hecho que el abogado de Sandberger en su petición final al Tribunal cita del testimonio de Strauch en confirmación de una de una objeción que supuestamente fue hecha por Sandberger a una orden del Fuehrer.

De ser tenido en cuenta más aun, que el 9 de febrero de 1948, el Dr. Gick hizo un anuncio en la Corte de que su cliente Strauch no tenía objeción de que su esposa fuera llamada a interrogatorio y a interrogatorio cruzado que el hecho indica que, incluso después de que testificara en la Corte, Strauch estaba en total posesión de sus capacidades mentales. De la completa historia del caso del acusado el Tribunal concluye que cualquier comportamiento raro demostrado por el acusado fuera o dentro de la Corte fue conscientemente adoptado. El Tribunal mas allá incluso encuentra de la evidencia medica y de

su propia observación del acusado en la Corte que era mentalmente competente de responder a los cargos hechos en la acusación."^{211 212}

En este caso tanto como en el antes mencionado podemos encontrar como en la práctica forense de Nuremberg se establecieron reglas respecto a los elementos de convicción necesarios para demostrar o desvirtuar la capacidad mental de un procesado. En ese

²¹¹ Parte XI, Opinion and judgment, Opus Cit. Págs. 566 y 567.

²¹² El texto original en ingles es el que sigue:

"On the day of the arraignment, 15 September 1947, Eduard Strauch had an epileptic seizure which necessitated his being taken from the courtroom. He soon recovered from this seizure and apparently enjoyed normal health, although he remained in the prison hospital for observation and rest. On 11 December 1947, a medical board made up of three physicians conducted an examination of the defendant and declared that it was their opinion that "the defendant's mental condition is such that he is aware of the charges brought against him in the indictment". It was their opinion, further, that "the defendant is, at most times, physically and mentally able to understand questions put to him and to reply thereto with the full use of his mental faculties".

There is every indication that, up until a short time prior to the time Eduard Strauch was scheduled to appear in Court, his mental behavior was normal. However, in the latter part of December 1947, it appears that he would give irrelevant answers to questions put to him by his attorney when he was consulted in the preparation of his case.

On 13 January 1948, he came into Court as a voluntary witness, but, once on the stand, proceeded to answer in a manner which, to the Tribunal, represented a conscious and deliberate intention to avoid direct and intelligent responses to the questions put to him.

On 17 January 1948, a medical board of two physicians examined him and concluded:

"That the defendant, Eduard Strauch, except for brief periods preceding, during, and succeeding epileptic seizures is capable of understanding the proceedings against him and of taking adequate part in the direction and presentation of his own defense."

The defendant then again came into Court and, on 19 and 20 January, testified in an intelligent fashion, giving conclusive evidence of a thorough awareness of the proceedings. Lieutenant William Bedwill, medical officer and trained psychiatrist was present in Court and reported to the Tribunal as follows:

"It is my opinion that the defendant Herr Eduard Strauch, during the periods when I have observed him, including the Court sessions on the afternoon of 19 January 1948 and the morning of 20 January 1948, has been mentally competent and so free from mental defect, derangement or disease as to be able to participate adequately in his own defense." On 2 February 1948, Lieutenant Bedwill was asked on the witness stand

"Lieutenant, do you think that, at any time when his answers were obviously irrelevant, the answers could be consonant with a conscious desire on the part of the defendant to appear to be, or make himself appear mentally incompetent?" And he answered-"I believe that they could be consonant with that desire." under cross-examination by defense counsel, the following question was put to the psychiatrist:

"Do we understand from your statement, Doctor, that if the witness was not simulating, that then he was suffering from a disease that medical science up to this time has not yet discovered or recorded, so far as your cognizance of medical science is concerned?" And his answer was-"That is true." Another observation on Strauch's mental competency is the fact that counsel for Sandberger in his final plea to the Tribunal quoted from Strauch's testimony in confirmation of an objection supposed to have been made by Sandberger to the Fuehrer Order.

It is to be noted further that, on 9 February 1948, Dr. Gick made the announcement in Court that his client Strauch had no objection to his wife's being called for examination and cross examination which fact would indicate that, even after he had testified in Court, Strauch was still in full possession of his mental faculties.

From the complete history of the defendant's case the Tribunal concludes that any odd behavior demonstrated by the defendant in or out of Court was consciously adopted.

The Tribunal further finds from the medical evidence and its own observation of the defendant in Court that he was mentally competent to answer to the charges in the indictment."

orden de ideas, no son los exámenes psiquiátricos exclusivamente los que sirven para convencer a un tribunal de la incapacidad o capacidad mental de un procesado, si bien estos son absolutamente quintaesenciales para discutir –mas aun- para presentar la controversia, así, la defensa de Hess menciona como argumentos para sustentar su petición comunicados del ministerio de propaganda nazi y noticias inglesas sobre el estado mental de su defendido, y el Tribunal se vale no solo de los exámenes psiquiátricos hechos a Strauch, que sobra decir no fueron suficientes para convencer al Tribunal en el caso Hess; sino de la conducta del Teniente Coronel en el proceso para convencerse de que este se estaba haciendo en los términos mas simples “el loco” y en consecuencia era responsable de sus actos, tan responsable que finalmente es condenado a muerte y entregado a Bélgica para responder por otras atrocidades.

Parte.3.1.2: el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente:

En cuanto al Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente, éste establecía en su artículo 5 la responsabilidad individual de quienes “como individuos o miembros de organizaciones tienen cargos con ofensas que incluyen crímenes contra la paz”²¹³ en ese sentido el mismo artículo tipificaba los crímenes por los cuales los acusados responderían ante la Corte. Por otra parte, el artículo 6 del Estatuto establecía que las defensas de seguimiento de ordenes y posición oficial no eran admisibles ante como defensas ante el tribunal. Sobre el particular, el estatuto del Tribunal del Lejano Oriente no decía nada de manera expresa en cuanto a si se podía o no invocar la defensa por insania mental, sin embargo se deduce del artículo 6, pues si prohibía unas defensas significaba que las demás eran permitidas entre ellas la defensa por insania mental. Por otra parte, en cuanto a las reglas de procedimiento y prueba, no había nada expresamente definido sobre el tema, no obstante, en la regla 5 se establece como se deberán tramitar las aplicaciones y mociones ante el Tribunal.

Ahora bien, en ningún caso tramitado ante el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente se invocó o se intento invocar la defensa de irresponsabilidad por trastorno mental a diferencia como vimos antes del tribunal de Nuremberg –si bien en el caso de Hess se discutió su competencia para estar en juicio y de paso se ventiló el tema-. No obstante, es importante señalar que si se declaró en el caso de Rumeika Shumei que éste no era apto para presentarse a juicio y conducir su defensa material a razón de su estado mental y por tanto se suspendieron los procedimientos en su contra²¹⁴.

Esta poca o nula aparición de la defensa de irresponsabilidad por insania será como veremos un lugar común en los Tribunales por venir –si bien en la Ex Yugoslavia se invocó la imputabilidad disminuida con resultados que veremos posteriormente-. en ese sentido podríamos decir que la razón de ser de esta circunstancia tiene que ver con el hecho de que aun en los sistemas de derecho penal domésticos es muy raro ver que se invoque esta defensa, causal o como se le denomine de acuerdo a como se consagre en cada legislación. así las cosas, en un sistema como el de los Tribunales Penales Internacionales que trata con un grupo muy determinado y especial de delinquentes es

²¹³ Artículo 5, Jurisdiction Over Persons and Offences. “The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offences which include Crimes against Peace.” International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) Charter

²¹⁴ Tribunal Militar de Oriente Lejano, XLII; Tokyo Major War Crimes Trial; ed. John Pritchard, 1998. Paras. 19637 a 19638.

razonable, incluso sorprendente que hayan tan solo 5 casos en 50 años donde se intentó presentar esta defensa o defensas similares tendientes a demostrar la inhabilidad mental del acusado.

Parte 3.2: los Tribunales de Rwanda, la Ex Yugoslavia y Sierra Leona:

En cuanto a los Tribunales Internacionales ad-hoc es decir el de la Ex Yugoslavia, el de Rwanda y el de Sierra Leona, para fines prácticos podemos agruparlos en un mismo conjunto, esto debido a que sus reglas de procedimiento y prueba y muchas normas de sus estatutos son similares si no idénticas en algunos artículos. En ese sentido el artículo que establece la responsabilidad individual de los procesados y prohíbe ciertas defensas²¹⁵ es prácticamente idéntico en los 3 documentos. Sin embargo, no sobra advertir que en el caso del Tribunal Especial para Sierra Leona este artículo tiene un numeral adicional que establece que “la responsabilidad criminal individual de los crímenes referidos en el artículo 5 deberá ser determinada de acuerdo a las respectivas leyes de Sierra Leona”,²¹⁶

En ese orden de ideas el numeral adicional anteriormente citado implica que para el Tribunal Especial de Sierra Leona es penalmente responsable quien para la justicia penal doméstica de ese mismo Estado lo es. En ese sentido, siendo el tema que nos ocupa en esta monografía una circunstancia o defensa –según sea el caso- que excusa o exime de la responsabilidad penal cae dentro del espectro de lo que de acuerdo al numeral 5 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona debe ser determinado por la ley domestica, en ese sentido, el acto de procedimiento criminal de 1965 de Sierra Leona establece sobre el particular que se puede determinar si el procesado esta lucido en 3 momentos, la fase de averiguaciones previas (*inquiry by court* regla 71 del acto); en la investigación preliminar (*preliminary investigation* regla 71 del acto); y durante el juicio, como una persona solo puede ser hallada responsable de un delito siendo oído y vencido en juicio, suponemos que cuando el articulo 6 del Estatuto de Sierra Leona se refiere a que la responsabilidad se debe determinar de acuerdo a las leyes domesticas de ese Estado se esta refiriendo al juicio. En consecuencia, la regla 73 numeral 1 del acto de procedimiento criminal de 1965 de Sierra Leona establece lo siguiente:

“Defensa de lunaticidad²¹⁷ en juicio. 73 (1) cuando cualquier acto es imputado contra cualquier persona como una ofensa, y es dada evidencia en el juicio de que esta persona para esa ofensa esta insano y así no es responsable por sus acciones al tiempo cuando el acto fue hecho entonces si le parece a la Corte ante la cual esa persona es juzgada que el hizo el acto pero estaba insano como se menciono antes al tiempo que lo hizo, la Corte podrá hacer un veredicto especial a efecto que el acusado o el defendido no es culpable a razón de su insania. Cuando ese veredicto especial es hecha la Corte debe ordenar que el acusado o defendido sea

²¹⁵ Artículo 7 en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 6 en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Rwanda y Sierra Leona.

²¹⁶ Artículo 6, Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

²¹⁷ *Lunacy*, en ingles original, si bien en castellano no hay una palabra idéntica y lo adecuado sería utilizar un termino análogo como insania o demencia para fines de respetar el lenguaje usado en la norma, usaremos esta palabra.

puesto en custodia como un lunático criminal in un lugar y de una manera que la corte podrá dirigir, y podrá reportar el caso para la orden del ministro."²¹⁸

Así, vemos como en esta regla cuando se habla de que la *"persona para esa ofensa esta insano y así no es responsable por sus acciones al tiempo cuando el acto fue hecho"* se esta adoptando por el sistema de Sierra Leona las reglas del caso M'Naghten que ya hemos visto con anterioridad en el capitulo 1 de esta monografía, esto a nuestro juicio se puede deducir de esta regla y se confirma con lo dicho por el profesor Stanley Yeo de la universidad de Singapur en su texto *"la defensa de insania en el derecho penal de la confederación de naciones"*²¹⁹ en ese sentido.

Así las cosas, la Corte Especial de Sierra Leona determinaría la irresponsabilidad penal o no del procesado en la cuestión que nos atañe con base a las reglas del caso M'Naghten. Ahora bien una cosa es determinar la responsabilidad y otra son las reglas de procedimiento y prueba tendientes a obtener los elementos de juicio para determinarla, y en ese sentido los tres Tribunales ad-hoc tienen una reglamentación como dijimos antes prácticamente idéntica para este fin.

En ese orden de ideas, tendríamos que revisar las reglas atinentes al descubrimiento de la evidencia en juicio, en ese sentido la regla 67 tanto de las reglas de procedimiento y prueba de los tribunales de Rwanda y de Yugoslavia y Sierra Leona establecen en el primer caso en su ordinal B, subregla I subordinal b; en el segundo y tercer caso en su ordinal A, subregla II subordinal b; lo siguiente, y es que se fijaran los limites de tiempo para la presentación de *"cualquier defensa especial incluyendo las de disminución o falta de responsabilidad mental; en cuyo caso la notificación especificara los nombres y las direcciones de los testigos y cualquier otra evidencia sobre la cual el acusado intenta establecer la defensa especial"*²²⁰

En ese sentido podríamos decir que esta regla común establece que la defensa de disminución o falta de responsabilidad mental es una defensa especial, más aun podríamos interpretar la subregla en el sentido que abre una ventana para intentar auxiliarse de otros medios diferentes al experticio medico para probar esta defensa especial tal y como vimos que se intentó en los casos Strauch y Hess del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg.

En consecuencia, como es innegable la importancia que tiene el experticio médico para invocar la defensa especial en cuestión el siguiente paso en nuestro examen de las

²¹⁸ (en ingles original) Sierra Leone Criminal Procedure Act of 1965, Defence of lunacy on trial. 73. (1) When any act is charged against any person as an offence, and it is given in evidence on the trial of such person for that offence that he was insane so as not to be responsible for his action at the time when the act was done then if it appears to the Court before whom such person is tried that he did the act but was insane as aforesaid at the time when he did it, the Court shall make a special finding to the effect that the accused or the defendant is not guilty by reason of insanity. When such special findings is made the Court shall order the accused or the defendant to be kept in custody as a criminal lunatic in such place and in such manner as the Court shall direct, and shall report the case for the order of the Minister. (2) The Minister may order such person to be confined in a mental hospital, prison, or other suitable place of safe custody during pleasure.

²¹⁹ Yeo, Stanley, the insanity defence in the criminal law of the commonwealth of nations; Singapore Law Journal of Legal Studies, N° 214, diciembre de 2008, Pág. 241.

²²⁰ En ingles original establece: *"(b) Any special defence, including that of diminished or lack of mental responsibility; in which case the notification shall specify the names and addresses of witnesses and any other evidence upon which the accused intends to rely to establish the special defence."*

reglas de procedimiento y prueba de estos tres tribunales es examinar que dicen sobre el examen médico del acusado. La regla 74 bis común a los 3 estatutos establece con algunas diferencias en su redacción que la sala de juzgamiento (o un juez o la sala en Sierra Leona) podrá de oficio o a petición de parte ordenar un examen médico (incluso añaden las reglas de Rwanda) psiquiátrico o psicológico del acusado. Y este examen lo conducirá un experto de una lista presentada por el secretario.²²¹ Es más las reglas de procedimiento y prueba de Sierra Leona van un poco más lejos y establece que cuando la sala de juzgamiento esta satisfecha con la incapacidad del acusado de estar en juicio podrá suspender la audiencia y se examinara al acusado.²²² Sobre este punto hay que tener en claro que esta norma solo manda a que se posponga el juicio si el acusado no es capaz de ejercer lo que nosotros conocemos como defensa material por ser mentalmente incapaz, y dicha pausa por esa circunstancia no implica necesariamente que el acusado va a ser declarado penalmente irresponsable por insanía. Más aun, incluso podría ocurrir que los abogados de la defensa no tengan como estrategia alegar un trastorno mental.

En ese orden de ideas el artículo 74 común de los tres estatutos es importante porque establece las reglas para ordenar un experticio médico sobre el acusado, el cual como dijimos es fundamental para alegar la defensa de insanía, y en ese sentido es el artículo 94 bis común a los tres estatutos el que establece las reglas para interrogar al testigo experto. Esto es importante porque esta prueba se introduce no como en nuestra ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal acusatorio con tendencia inquisitiva o mixto) donde se presentaba el dictamen pericial, se debatía u objetaba en juicio por las partes, y no era necesario si bien se podía, que el perito asistiera a la audiencia,²²³ sino como en nuestra ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal acusatorio) donde el perito comparece a la audiencia y se le cuestiona sobre la investigación, sus antecedentes de acreditación y los medios por los cuales llego a las conclusiones que refleja su dictamen.^{224 225}

²²¹ a título de ejemplo en Rwanda y la Ex Yugoslavia, las reglas de Procedimiento de Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia establecen: Regla 74 bis Medical Examination of the Accused “A Trial Chamber may, *proprio motu* or at the request of a party, order a medical, psychiatric or psychological examination of the accused. In such a case, unless the Trial Chamber otherwise orders, the Registrar shall entrust this task to one or several experts whose names appear on a list previously drawn up by the Registry and approved by the Bureau.”

²²² Originalmente las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Especial para Sierra Leona establecen: Rule 74 bis: Medical examination of the accused (A) A Judge or Trial Chamber may, on its own motion, or at the request of a party, order a medical, psychiatric or psychological examination of the accused.

(B) The Registrar shall keep a list of approved experts for the purpose of examinations under Sub-Rule (A) above.

(C) Where the Trial Chamber is satisfied that the accused is unfit to stand trial, it shall order that the trial be adjourned. The Trial Chamber may, on its own motion or at the request of the Prosecutor or the Defence, review the case of the accused. In any event, the case shall be reviewed every ninety days unless there are reasons to do otherwise. If necessary, the Trial Chamber may order further examinations of the accused. When the Trial Chamber is satisfied that the accused has become fit to stand trial, it shall proceed.”

²²³ Ley 600 de 2000 artículos 249 a 258.

²²⁴ Ley 906 de 2004 artículos 405 a 423.

²²⁵ Es importante señalar que el artículo 421 de la ley 906 establece que “las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado. En consecuencia, no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio el acusado es imputable o inimputable” en nuestra opinión esto se debe a que por un lado, la inimputabilidad es una calificación jurídica no una categoría científica, y por otro lado que dicha calificación se le asigna al procesado en el contexto de las deliberaciones del juez tendientes a constatar o descartar la existencia de los elementos positivos y negativos de la conducta punible.

Así, el artículo 94 bis de los tres documentos de procedimiento y prueba establece los límites de tiempo en los que debe ser presentado el reporte hecho por el testigo experto, es importante anotar que si el reporte es aceptado por la parte contraria a quien lo solicitó el reporte es en si mismo la prueba, de lo contrario si no acepta el reporte por que es cuestionable, tiene errores, o duda de la calidad de experto del testigo; se llama al experto a ser interrogado por las partes.

Si bien estas herramientas que la defensa necesitaría para invocar la defensa de insanía están presentes, hasta la fecha en estos tribunales solo se ha invocado la defensa de capacidad disminuida en un caso, y en otro caso se intento controvertir el *dolus specialis* en un cargo de genocidio mostrando la conducta errática del acusado en sus acciones por tanto si bien hay posiciones claras al menos del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia no podemos mas que especular acerca de una posición completa sobre el tema de la defensa de insanía. Por otra parte, no sobra recordar que la consecuencia de que el procesado sea declarado insano es su absoluciónde todos los cargos, lo que como veremos después tiene ciertas implicaciones. Sin embargo, antes de tratar el tema de la absoluciónde es pertinente que revisemos dos casos del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia que nos pueden servir para darnos unas luces sobre las reglas que hemos mencionado arriba y en particular sobre la defensa de insanía, por un lado esta a) el caso del guardián de el campo prisión de Celebici Esad Landzo; y por otro lado b) el caso de Goran Jelisic un mecánico serbio que se hacia llamar el “adolph serbio, y adicionalmente c) unas consideraciones sobre las reglas de estos tres tribunales antes de entrar a examinar el caso de los paneles especiales del distrito de Dili.

3.2.a) el caso de Esad Landzo:

Respecto al caso del guardián Landzo en el se invoca por el defensor del acusado la defensa de capacidad disminuida y este fallo es importante porque en el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia define que es insanía de acuerdo a su interpretación, establece que hay una presunción de sanidad operando contra el acusado, del balance de probabilidades en las presunciones, la naturaleza de las defensas especiales y por ultimo sobre la naturaleza de las defensas especiales. En ese orden de ideas procuraremos presentar los apartes más relevantes del caso sobre la materia.

Así, respecto a la defensa de insanía y la defensa de capacidad disminuida y sobre cual es la base en las reglas de procedimiento y prueba para invocarlas dice el Tribunal lo siguiente:

“en su defensa y en virtud de la subregla 67(A)(ii)(b) de las reglas, Esad Landzo ha avanzado en el alegato de responsabilidad disminuida y capacidad física limitada. Un alegato de capacidad disminuida debe ser distinguido de una alegato de insanía el cual, en este caso, fue expresamente descartado por la defensa del señor Lanzo. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que ambos alegatos están fundados en una anormalidad de la mente. En el caso del alegato por insanía, el acusado es, al momento de la comisión del acto criminal, inconsciente de que esta haciendo o incapaz de formar un juicio racional de cómo ese acto es correcto o incorrecto. En contraste, el alegato de responsabilidad disminuida esta basado en la premisa que, a pesar de

reconocer la naturaleza errónea de sus acciones, el acusado, habida cuenta de la anormalidad de su mente, es incapaz de controlar sus acciones.”^{226 227}

En ese sentido el Tribunal admite de acuerdo a las reglas de procedimiento y prueba que la defensa de insania y la de capacidad disminuida pueden ser invocadas, en interpreta sobre la primera que esta se da cuando el acusado no puede comprender su actuar o determinarse respecto a este, lo que en cierto sentido nos recuerda las reglas establecidas en el caso M'Naghten; y por ultimo el Tribunal define que la defensa de capacidad disminuida se da cuando quien comete la conducta tiene la capacidad comprensión pero no la capacidad de control de sus actos, no sobra anotar que consideramos que ambas interpretaciones son muy a la usanza del sistema imperante en Inglaterra.

Respecto a la presunción de sanidad y a las defensas especiales el Tribunal para la ex Yugoslavia establece lo siguiente:

“en todo acto criminal hay una presunción de sanidad de la persona que presuntamente ha cometido la ofensa. Así de toda persona con cargos por una ofensa se presume que este lucido de mente y que ha estado lucido de mente en cualquier momento relevante hasta que lo contrario se pruebe. La subregla 67(A)(ii)(b) se refiere a las defensas especiales disponibles para el acusado, incluyendo las de capacidad o carencia de responsabilidad mental. Es importante observar que la frase “defensa especial” no esta definida en las reglas 2 o 67, o en cualquier otra parte de las reglas. Las defensas especiales referidas en la subregla 67(A)(ii)(b) debe ser interpretada ejusdem generis²²⁸ a estar limitada alas defensas especiales de la categoría que trata de la carencia de capacidad mental. Interpretada así, la incapacidad mental resultante de la insania y el delirio parcial debe ser incluido. En todo caso, desde que la regla es expresada requiriendo una defensa especial sin calificación o limitación, la expresión no puede ser tan limitada. Debe ser interpretada para incluir cualquier defensa especial usada para este fin por el acusado. La expresión “incluye” usada en un acto legal es enunciativa y no puede ser interpretada restrictivamente para privar al acusado de una defensa propiamente disponible.

En esta instancia, el significado mas favorable para el acusado que se puede leer en la subregla 67(A)(ii)(b) es que la defensa especial es una aparte de la defensa general abierta a personas acusadas y es peculiar al acusado en las circunstancias del caso dado. De acuerdo a esto, los hechos relacionados con la defensa especial presentados

²²⁶ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Juzgamiento, Prosecutor vs. Zejnir Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”, caso numero IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998, paragrafo 1156. Pág. 395

²²⁷ El texto en ingles original es el siguiente:

Par. 1156. “In his defence and pursuant to sub-Rule 67(A)(ii)(b) of the Rules, Esad Landzo has advanced the pleas of diminished responsibility and limited physical capacity. A plea of diminished responsibility is to be distinguished from a plea of insanity which, in this case, was expressly disavowed by the Defence for Mr. Landzo. It should be noted, however, that both pleas are founded on an abnormality of mind. In the case of the plea of insanity, the accused is, at the time of commission of the criminal act, unaware of what he is doing or incapable of forming a rational judgement as to whether such an act is right or wrong. By contrast, the plea of diminished responsibility is based on the premise that, despite recognising the wrongful nature of his actions, the accused, on account of his abnormality of mind, is unable to control his actions.”

²²⁸ Regla de interpretación que busca que se interprete como del mismo tipo o naturaleza.
<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/E/EjusdemorEiusdemGeneris.aspx>

por el acusado son de tal peculiaridad en su conocimiento y deben ser establecidos por el. En otras palabras, es el quien tiene que desvirtuar la presunción de sanidad.” ^{229 230} Estos dos párrafos del caso Landzo son de la mayor importancia, por que como vemos consagran jurisprudencialmente la presunción de sanidad y establecen, que la carga de la prueba de desvirtuar esta presunción recae sobre el procesado, mas aun, podemos ver que se establece que en virtud de un mejor ejercicio de la defensa esta puede hacer uso de cualquier defensa especial, lo que nos podría demostrar que el Tribunal hace uso de lo que nosotros conocemos como principio de favorabilidad en la interpretación.

Continuando con el examen del caso, lo siguiente es observar hasta que punto debe probar el acusado para derribar la presunción de sanidad que sobra decir, es común tanto para la defensa de insanía como para la de capacidad disminuida, y cual es la importancia de esta prueba:

“en ese sentido, es importante observar que la defensa del señor Landzo, en sus alegatos, concede que la Sala de Juzgamiento ha establecido que la carga de la prueba para una defensa presentada en virtud de la subregla 67(A)(ii)(b) yace en el acusado, y que el estándar de prueba es por balance de probabilidades. Lo que la Sala de Juzgamiento ha omitido hacer, y creemos que no debe hacer, es esquematizar la evidencia que la defensa debe aducir para satisfacer la carga. La Sala de Juzgamiento esta convencida que la evidencia para apoyar una defensa especial involucra cuestiones peculiares dentro del conocimiento del acusado y en consecuencia una cuestión que la Sala de Juzgamiento no puede saber sin la guía necesaria que es confiada a la defensa, es decir, la naturaleza de la carga y el estándar requerido de prueba.” ^{231 232}

²²⁹ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Juzgamiento, Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”, caso numero IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998, paragrafos 1157 y 1158. Págs. 395 y 396

²³⁰ El texto en ingles original es el siguiente:

Paragrafos 1157 y 1158.. “In every criminal act there is a presumption of sanity of the person alleged to have committed the offence. Thus, every person charged with an offence is presumed to be of sound mind and to have been of sound mind at any relevant time until the contrary is proven. Sub-Rule 67(A)(ii)(b) refers to special defences available to the accused, including that of diminished or lack of mental responsibility. It is important to observe that the phrase “special defence” is not defined in Rules 2 or 67, or in any other part of the Rules. The special defences referred to in sub-Rule 67(A)(ii)(b) may be construed *ejusdem generis* to be limited to special defences of the category relating to lack of mental capacity. If thus construed, mental incapacity resulting from insanity and partial delusion will be included. However, since the Rule is expressed as requiring a special defence without qualification or limitation, the expression cannot be so limited. It should be construed to include any special defence relied upon by the accused. The expression “includes” used in an enactment is one of enlargement and cannot be construed restrictively to deprive the accused of any special defence properly available.

“In this instance, the most favourable meaning for the accused that can be read into sub-Rule 67(A)(ii)(b) is that a special defence is one apart from the general defence open to accused persons and is peculiar to the accused in the circumstances of a given case. Accordingly, the facts relating to a special defence raised by the accused are those peculiarly within his knowledge and should be established by him. In other words, he is to rebut the presumption of sanity.”

²³¹ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Juzgamiento, Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”, caso numero IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998, paragrafo 1160. Pág. 396

²³² El texto en ingles original es el siguiente:

Paragrafo 1160 “In this respect, it is important to observe that the Defence for Mr. Landzo, in its submissions, concedes that the Trial Chamber has ruled that the burden of proof for a defence advanced

Este balance de probabilidades implica para el *Common Law* que no una carga de verdad mas allá de toda duda razonable, sino una cuestión de probabilidad²³³ es decir para el caso en comento que la defensa de capacidad disminuida debe ser solo probable porque este balance implica que una defensa debe ser mas probable que la otra sin necesidad de llegar a la carga de mas allá de la duda razonable. Ahora bien, si nuestra interpretación es correcta esta inversión de la carga de la prueba se hace extensiva a todas las defensas especiales, es decir a también a la defensa de insanía, mas aun, podríamos decir que el estándar de prueba de equilibrio de probabilidades es el adecuado para elevar una defensa de insanía no solo por lo dicho por este Tribunal que interpretamos acá, sino porque de acuerdo al profesor Philip James este es el estándar de la prueba en Inglaterra, y el Tribunal toma mucho de sus reglas de la de este país.²³⁴

Y tan es así lo ultimo que el Tribunal usa la sección 2(2) “*homicide act*” de 1957 como análogo de la subregla 67(A)(ii)(b)²³⁵ y en ese sentido el Tribunal hace una interpretación de la ley inglesa, sobre la naturaleza definición y operación de la defensa de capacidad disminuida,²³⁶ posteriormente evalúa el caso del señor Landzo y la evidencia tendiente a demostrar su defensa y concluye que no la convence los reclamos de capacidad disminuida y en ese sentido que si bien poseía un trastorno de personalidad era bastante capaz de controlar sus acciones.²³⁷ Así si bien posee trastornos de personalidad el Tribunal establece que estos hacen que sea un peligro para la sociedad,²³⁸ y que mas allá de estos es penalmente responsable, sin embargo manifiesta que esos mismos trastornos serán una circunstancia que mitigue la pena.²³⁹

Posteriormente la Cámara de Apelaciones confirma el fallo en el entendido que el trastorno del señor Landzo es exclusivamente un atenuante en la graduación de la pena, en ese sentido, respecto al cargo que hace el apelante de que fue un juicio injusto por que la Cámara de Juzgamiento no definió la defensa de capacidad disminuida la Cámara de Apelaciones establece que no tiene la labor de hacerlo y no fue un juicio injusto porque se le dio la oportunidad de producir evidencia con relación a dicho alegato²⁴⁰. Sin embargo establece que no hay tal como una la defensa de capacidad disminuida bajo las Reglas de Procedimiento y prueba del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el entendido que no se desprende del articulo la existencia de esta

pursuant to sub-Rule 67(A)(ii)(b) lies on the accused, and that the standard of proof is by a balance of probabilities. What the Trial Chamber has omitted to do, and we believe should not do, is to outline the evidence which the Defence should adduce to satisfy this burden. The Trial Chamber is convinced that the evidence to support a special defence involves matters peculiarly within the knowledge of the accused and is thus a matter which the Trial Chamber cannot know until the evidence is adduced. The Trial Chamber has provided the accused with the necessary guidance for the defence it relies upon, namely, the nature of the burden and the required standard of proof.”

²³³ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/B/BalanceofProbabilities.aspx>

²³⁴ James, Philip, *Introducción al Derecho Ingles*, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág. 150.

²³⁵ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Juzgamiento, *Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”*, caso numero IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998, paragrafo 1163. Pág. 397

²³⁶ *Ibid.* Parágrafos 1163 al 1172. Págs. 397 a la 400

²³⁷ *Ibid.* Parágrafo 1186. Pág. 404

²³⁸ *Ibid.* Parágrafo 1278. Pág. 437

²³⁹ *Ibid.* Parágrafo 1283. Pág. 438

²⁴⁰ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Apelaciones, *Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”*, caso numero IT-96-21-A del 20 de febrero de 2001, Parágrafos 573 al 579 Págs.197 a la 199

defensa y no puede el Tribunal crearla de la nada, puesto que una defensa es establecida por costumbre, tratados o principios del Derecho Internacional, no simples normas de derecho domestico y que lo único que puede interpretarse de la regla 67(A)(ii)(b) es que la responsabilidad mental disminuida se debe invocar como factor mitigante de la condena no obstante tiene como estándar de prueba el balance de las probabilidades.²⁴¹

Consideramos que no es necesario ir más lejos respecto a la defensa de capacidad disminuida basta tener en cuenta que esta no es aceptada por el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia como tal por las razones arriba enunciadas y altamente probable que los tribunales de Rwanda y Sierra Leona compartan este criterio. Así las cosas, podemos enfocarnos en lo establecido por la Cámara de Apelaciones en los apartes que se refieren a si la defensa de capacidad disminuida es una defensa o no respecto a nuestra defensa por insanía, en ese sentido, la Cámara establece lo siguiente:

“Por otro lado, si el acusado eleva el punto de carencia de capacidad mental, el esta retando la presunción de sanidad por un alegato de insanía. Esto es una defensa en el verdadero sentido, en ella el acusado tiene la carga de establecerla –que, más probablemente que no, al tiempo de la ofensa estaba obrando bajo tal defecto de razón, por una enfermedad de la mente, para no conocer la naturaleza y calidad de su acto o, si la conocía, que el no supo que lo que estaba haciendo estaba mal. Tal alegato, si es exitoso, es una defensa completa a un cargo y lleva a una absolución. Es dicho por Landzo que la regla 67(A)(ii) también ha hecho de la responsabilidad mental disminuida una defensa completa a cualquier cargo (o tal vez la ha reconocido como tal), un argumento que la Cámara de Juzgamiento ha aceptado.”^{242 243}

De acuerdo a esto, el Tribunal no niega la existencia de la defensa de insanía, ni que esta tenga como estándar de prueba el equilibrio de probabilidades –de hecho lo confirma- y confirma como criterios de evaluación de la insanía las reglas del caso M'Naghten –de hecho cita el caso cuando describe la defensa; y en ese sentido podríamos considerar que todo lo interpretado por la Sala de Juzgamiento sobre las defensas especiales sigue siendo aplicable a la defensa de insanía si bien no a la de capacidad disminuida por obvias razones.

3.2.b) El caso de Goran Jelusic:

En cuanto a este caso, realmente no tiene que ver con la defensa de insanía, de hecho lo que se debate en el punto del caso que vamos a tocar es la intención o no de un procesado de cometer genocidio, y lo que nos importa de esto es que podemos observar como la defensa del señor Jelusic invoca trastornos de la personalidad como criterios

²⁴¹ Ibid. Parágrafos 580 al 590 Págs. 200 a la 204

²⁴² Ibid. Parágrafo 582 Pág. 200

²⁴³ En ingles original:

Paragrafo 582 “ On the other hand, if the defendant raises the issue of lack of mental capacity, he is challenging the presumption of sanity by a plea of insanity. That is a defence in the true sense, in that the defendant bears the onus of establishing it – that, more probably than not, at the time of the offence he was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of his act or, if he did know it, that he did not know that what he was doing was wrong. Such a plea, if successful, is a complete defence to a charge and it leads to an acquittal. It is submitted by Landzo that Rule 67(A)(ii) has also made diminished mental responsibility a complete defence to any charge (or has perhaps recognised it as such), an argument which the Trial Chamber had accepted.”

para elevar la duda razonable respecto al *dolus specialis* en el genocidio. En ese sentido, la Cámara de Apelaciones al resolver sobre la intención se refiere a la defensa de insania en el siguiente sentido:

*“La Cámara de Juzgamiento se valió esencialmente en la siguiente evidencia para su conclusión de la duda razonable: que el procesado tenía una personalidad perturbada; que él era inmaduro, narcisista, deseoso de satisfacer a superiores y que, cuando fue puesto en una posición de autoridad, esos rasgos se manifestaron en una obsesión con el poder sobre las vidas de aquellos que comandaba. Esto, dijo la Cámara de Juzgamiento, no era lo mismo que “una voluntad afirmativa” para destruir a un grupo protegido, en este caso los musulmanes de Brcko. Cabe observar que los sustentos psiquiátricos de esta conclusión vienen de los informes de los expertos preparados con el fin de decidir a si el procesado era competente para comparecer a juicio (y se encontró que lo era) y especialmente no para evaluar su capacidad mental de cometer los crímenes de los cuales le elevaron cargos. **Él no invocó una defensa de insania y en efecto la Cámara de Juzgamiento lo encontró capaz de una intención discriminatoria en un veredicto separado. Es suficiente para nuestros propósitos aquí precisar que no hay por sí misma una inconsistencia entre un diagnostico del tipo de inmaduro, narcisista, de personalidad perturbada en la cual se valió la Cámara de Juzgamiento y la capacidad de formar una intención para destruir a un grupo protegido particular.** De hecho, como la Fiscalía precisa, es una personalidad desequilibrada fronteriza la que es más probable de ser llevada al odio racial y étnico extremo que un individuo más modulado y equilibrado sin defectos de la personalidad. Las reglas visualizan, como defensa, cierto grado de incapacidad mental y en cualquier caso, no se encontró ningún desequilibrio en este caso.”*(Subrayado fuera del texto)^{244 245}

Esto nos parece importante por dos razones, la primera; es que nos ayuda a demostrar que debido a la naturaleza y especial gravedad de los delitos del Sistema Penal Internacional y en general de las condiciones en que estos deben ocurrir, los elementos que deben ser tenidos en cuenta para considerar a una persona criminalmente insana son rigurosos y no son las simples enfermedades de la mente las que dan cabida a jugar la carta de la defensa de insania sino que es algo mas, una enfermedad que debe ser determinante en la supresión del juicio del procesado para enfrentarse a las normas

²⁴⁴ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Apelaciones, Prosecutor vs. Goran Jelusic, caso numero IT-95-10-A del 5 de julio de 2001, Parágrafo 70 Pág. 23

²⁴⁵ En ingles original:

Parágrafo 70. “The Trial Chamber essentially relied on the following evidence for its reasonable doubt conclusion: that the respondent had a disturbed personality; that he was immature, narcissistic, desirous of pleasing superiors and that, when placed in a position of authority, those traits manifested themselves in an obsession with power over the lives of those he commanded. This, the Trial Chamber said, was not the same as “an affirmed resolve” to destroy a protected group, in this case the Brcko Muslims . It bears noting that the psychiatric underpinnings of this conclusion come from expert reports prepared for the purpose of deciding whether the respondent was competent to stand trial (he was found to be) and in particular not for evaluating his mental capacity to commit the crimes with which he was charged. He did not plead a defence of insanity and indeed the Trial Chamber itself found him capable of a discriminatory intent in a separate finding. It is sufficient for our purposes here to point out that there is no *per se* inconsistency between a diagnosis of the kind of immature, narcissistic , disturbed personality on which the Trial Chamber relied and the ability to form an intent to destroy a particular protected group. Indeed, as the prosecution points out, it is the borderline unbalanced personality who is more likely to be drawn to extreme racial and ethnical hatred than the more balanced modulated individual without personality defects. The Rules visualise, as a defence, a certain degree of mental incapacity and in any event, no such imbalance was found in this case.”

penales. La segunda razón, es que este fallo deja claro que la defensa de insanía como defensa que es, debe ser invocada, y que la Tribunal que conozca el delito no puede *motu proprio* declarar a la persona absuelta bajo este criterio. Más aun, trastornos mentales pueden ser tomados como elementos relevantes a considerar o descartar la intención criminal.

Visto ya estos dos casos lo último que nos queda a tener en cuenta es, que como hemos dicho antes un veredicto de criminalmente insano lleva a una absolución, y en ese sentido de acuerdo a la regla 99 común a todas las reglas de procedimiento y prueba establece que salvo que se apele los procesados que ha sido absuelto deben ser liberados “inmediatamente”²⁴⁶.

Es decir, si una persona ha cometido estos crímenes y lo ha hecho porque “*al tiempo de la ofensa estaba obrando bajo tal defecto de razón, por una enfermedad de la mente, para no conocer la naturaleza y calidad de su acto o, si la conocía, que el no supo que lo que estaba haciendo estaba mal.*”²⁴⁷ Y lo ha probado satisfactoriamente, en los términos mas simples “sale a la calle” sin que medie ninguna medida de seguridad, o como quiera que se le demonice, es decir que en caso que se llegue a dar la absolución por este motivo –aunque es poco probable, más aun con el tiempo que les queda al Tribunal para la ex Yugoslavia y al de Rwanda para concluir su labor- tendríamos a un demente peligroso con la compulsión de cometer estos delitos o sin el control de estos actos que muy probablemente volvería a hacerlo, solo que esta vez no en el contexto macrocriminal sino como un simple delincuente común; es decir si reincidiese, sería en este caso la justicia domestica quien se encargaría del caso.

3.2.c) Consideraciones finales sobre las reglas de los tres tribunales:

Ahora bien, en caso tal de que ocurra la absolución ¿podría cualquier de los tres Tribunales Internacionales crear la medida de reclusión en institución mental? Consideramos que existe una posibilidad y es el artículo 15 del estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, 14 de los estatutos de los tribunales de Rwanda y Sierra Leona; este artículo establece que los jueces adoptaran las reglas de procedimiento y prueba para la conducta de las fases del proceso, la admisión de evidencia y la protección de víctimas y testigos, todo con un ítem adicional en el caso del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona que establece en su párrafo 2 que:

2. “los jueces de la Corte Especial como un todo, podrán enmendar las Reglas de Procedimiento y Prueba o adoptar reglas adicionales cuando las reglas aplicables, no, o de manera inadecuada, provean para una situación específica. Al hacerlo ellos serán guiados, como es apropiado, por el acto de Procedimiento Criminal, de 1965, de Sierra leona”²⁴⁸

²⁴⁶ Regla 99 de las reglas de procedimiento y prueba del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, del Tribunal Penal para Rwanda y de la Corte Especial para Sierra Leona.

²⁴⁷ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Apelaciones, Prosecutor vs. Zejnir Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”, caso numero IT-96-21-A del 20 de febrero de 2001, Parágrafo 582 Pág. 200

²⁴⁸ El párrafo 2 del artículo 14 establece en ingles original lo siguiente:

“2. The judges of the Special Court as a whole may amend the Rules of Procedure and Evidence or adopt additional rules where the applicable Rules do not, or do not adequately, provide for a specific situation. In so doing, they may be guided, as appropriate, by the Criminal Procedure Act, 1965, of Sierra Leone.”

En ese orden de ideas podríamos llegar a pensar que solo en la Corte Especial para Sierra Leona se permite la posibilidad a los jueces de crear reglas, sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia nos presenta lo contrario en el siguiente aparte del caso de Esad Landzo:

“A pesar de un reclamo por Landzo de lo contrario, no hay referencia de alguna de defensa de capacidad mental disminuida en el Estatuto del Tribunal. La descripción de la responsabilidad mental disminuida como una “defensa especial” en la regla 67(A)(ii) es insuficiente para constituirlo como tal. El poder de hacer reglas de los jueces está definido por el artículo 15 del Estatuto del Tribunal, que le da poder a los jueces de adoptar solamente:

[...] reglas de procedimiento y prueba para la conducción de la fase de procedimientos anterior al juicio, los juicios y las apelaciones, la admisión de evidencia, la protección de las víctimas y testigos y otras materias apropiadas.

La Cámara de Apelaciones ha establecido que este poder no permite que se adopten reglas que constituyan nuevas ofensas, sino solo reglas de procedimiento y prueba para la conducción de asuntos que caigan dentro de la jurisdicción del Tribunal. Se sigue que hay en consecuencia, ningún poder para adoptar reglas que constituyan nuevas defensas. Si hay una “defensa especial” de capacidad disminuida conocida por el derecho internacional, debe encontrarse en las fuentes usuales del derecho internacional –en este caso, por la ausencia de referencia a dicha defensa en la costumbre o ley convencional establecidas, en los principios generales del derecho reconocidos por todas las naciones.”^{249 250}

De acuerdo a esto, el Tribunal puede establecer reglas siempre y cuando no cree nuevas defensas u ofensas, pero dado el caso se pueden dar defensas que estén consagradas en las fuentes del derecho internacional.

Ahora bien, respecto al tema que nos atañe, podríamos decir que la creación de una regla que remita al absuelto por insania a una instalación de salud mental que pueda lidiar con su condición o una medida similar en ese mismo sentido es posible, en el sentido que el Tribunal –y podríamos hacerlo extensivo a los de Rwanda y Sierra Leona- no crearía una nueva ofensa o defensa, más aun podríamos decir que la

²⁴⁹ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Apelaciones, Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”, caso numero IT-96-21-A del 20 de febrero de 2001, Parágrafo 583 Pág. 201

²⁵⁰ En ingles original:

Parágrafo 583. “Notwithstanding a claim by Landzo to the contrary, there is no reference to any defence of diminished mental responsibility in the Tribunal’s Statute. The description of diminished mental responsibility as a “special defence” in Rule 67(A)(ii) is insufficient to constitute it as such. The rule-making powers of the judges are defined by Article 15 of the Tribunal’s Statute, which gives power to the judges to adopt only –

[...] rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters.

The Appeals Chamber has held that this power does not permit rules to be adopted which constitute new offences, but only *rules of procedure and evidence* for the conduct of matters falling within the jurisdiction of the Tribunal. It follows that there is, therefore, no power to adopt rules which constitute new defences. If there is a “special defence” of diminished responsibility known to international law, it must be found in the usual sources of international law – in this case, in the absence of reference to such a defence in established customary or conventional law, in the general principles of law recognised by all nations.”

eventual creación de una medida en este sentido se puede interpretar como una tendiente a la protección de las víctimas en el entendido de lo dicho por los artículos 14 o 15 de los tres Estatutos; sin embargo, tal vez el Tribunal que tuviera que tomar esta consideración podría establecer que es incompetente para crear la regla bajo el supuesto de que sería un acto posterior a las fases de “procedimientos anterior al juicio, los juicios y las apelaciones”²⁵¹ por que la actuación estaría inserta en la sentencia, que formalmente es una consecuencia del juzgamiento del procesado, esto podría decirlo el Tribunal que conozca de la materia, aunque lo consideramos poco probable, pues a nuestro parecer la norma esta redactada en el sentido de que un Tribunal puede crear medidas para las fases del proceso penal y también para la producción de evidencia y la protección de víctimas y testigos sin que las fases del proceso necesariamente tengan que ser concurrentes con lo siguiente que se establece en la norma, es decir podría crearse una norma para tener efectos en la sentencia.

Pero digamos que no se pudiera crear la regla bajo el artículo 14 o 15 según el caso, en tal evento consideramos que los tribunales podrían hacer uso de las fuentes de derecho internacional no tanto para crear la medida en si como para decir que existe. En ese sentido no sería muy técnico hablar de una costumbre internacional si bien es la primera fuente en la que se podría pensar, y mas bien consideramos que se podría decir por parte de los tribunales que existe un principio general del derecho; algo así como que la regla que establece que los criminales cuya conducta ha sido considerada sin responsabilidad penal a razón de un trastorno mental que nublo su raciocinio al momento de la comisión del delito deben ser remitidos a una institución que pueda rehabilitarlos y/o impedir que se hagan daño o hagan daño a los demás, es un principio general del derecho común a todos –o por lo menos la mayoría- de los ordenamientos domésticos y en ese sentido un regla para el Tribunal.

Sin embargo, tal vez haya una complicación adicional, y es la naturaleza que se le diera a esta medida, pues aquellos jueces que la consideraran una pena no podrían, pues el artículo 24 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 23 del Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y 19 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, numeral 1 en todos los casos establece que la pena para una persona condenada es la prisión. En ese orden de ideas si se considera la reclusión en un establecimiento psiquiátrico una pena sería una diferente a prisión y peor aun aplicada a una persona que no esta condenada.

Por supuesto solo podemos especular sobre que decidiría un Tribunal, si crearía la regla o no, mas aun si tenemos en cuenta que en estricto sentido solo puede absolver y liberar inmediatamente y es prácticamente improbable que alguno de los tres tribunales internacionales en comento se vea ante esta circunstancia. Así las cosas, lo siguiente es proseguir a revisar lo atinente en los paneles especiales de la Corte del Distrito de Dili en Timor Oriental.

Parte 3.3: Los Paneles Especiales de la Corte del Distrito de Dili:

Siguiendo con nuestro orden de ideas lo siguiente a examinar es como funciona el tema objeto de nuestro estudio en los paneles especiales de la Corte del Distrito de Dili. En ese sentido, lo primero que hay que tener en mente es que la regulación N° 2000/15 del

²⁵¹ Artículo 15 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y 14 de los estatutos del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Especial para Sierra Leona.

6 de junio de 2000 que crea los “paneles con exclusiva jurisdicción sobre serias ofensas criminales”²⁵² establece en su sección 19 las “circunstancias que excluyen la responsabilidad penal”²⁵³ y entre ellas se cuenta la circunstancia de enfermedad mental o defecto, por tanto, no es necesario indagar sobre si la circunstancia en cuestión es procedente o no, ya que esta indicada como tal por la normatividad de los Paneles Especiales. Así las cosas, la sección 19 numeral 1 ordinal a) de la regulación 2000/15 nos presenta la definición de enfermedad o defecto mental –con una redacción idéntica a la de su análogo en el Estatuto de Roma- estableciendo que no es penalmente responsable quien en el momento de incurrir en una conducta de las establecidas como crimen:

“a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;”^{254 255}

En ese sentido, en merito de la redacción idéntica de esta norma con su análoga en el Estatuto de Roma nos referiremos a sus particularidades cuando examinemos al artículo 31 numeral 1 ordinal a) de dicho instrumento internacional, y así mismo daremos paso al examen de las normas procedimentales de las regulaciones de los Paneles Especiales que pueden ser aplicables a la circunstancia eximente de responsabilidad de trastorno o deficiencia mental.

Así las cosas, siguiendo nuestro orden de ideas, la regulación 2000/30 enmendada por la regulación 2001/25 “las reglas transicionales de procedimiento penal para Timor Este”²⁵⁶ y en ellas están contempladas por una parte, las normas atinentes a la evidencia, la sección 33 se refiere a las normas de presentación de la evidencia, la sección 34 se refiere a las reglas de admisibilidad de la misma, la sección 35 establece a las garantías a los testigos, y la sección 36 regula el testimonio de los testigos y menciona a los testigos expertos –entre ellos podemos incluir al perito psiquiatra- en varias de sus disposiciones (36.3, 36.3 ordinales a) y c), 36.7 y 36.9) pero nada puntual respecto al perito psiquiatra, sin embargo, de la mención del testigo experto podemos deducir que se podrá probar la circunstancia de trastorno o enfermedad mental mediante estos.

Por otra parte, en cuanto a la decisión de la Corte –sección 39 de la regulación 2000/30- no se establece nada en particular sobre la liberación del acusado, sin embargo; si lo hace la sección 42 numeral 2 que establece que “una decisión que declare la absolución del acusado resultará en su inmediata liberación o en la cancelación de cualquier medida

²⁵² Regulation No. 2000/15, “ On The Establishment Of Panels With Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences” en inglés original.

²⁵³ “Grounds for excluding criminal responsibility” en inglés original.

²⁵⁴ Artículo 31, numeral 1 ordinal a) del Estatuto de Roma (en castellano).

²⁵⁵ La sección 19.1, a) de la regulación 2000/15 establece en inglés original lo siguiente:

“a) the person suffers from a mental disease or defect that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law;”

²⁵⁶ “UNTAET Regulation No.2000/30 on the Transitional Rules of Criminal Procedure” en inglés original.

restrictiva”²⁵⁷ lo que implica el mismo problema de los Tribunales anteriormente mencionados y es si se podría haber creado una medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico o no para quien fuera absuelto a razón de su trastorno o enfermedad mental.

Sobre este punto la regulación 2000/30 no es clara sobre la posibilidad o no de creación de una regla sin embargo establece en su sección 3 que “la Corte decidirá cada caso enviado a su consideración de acuerdo con la presente regulación y la ley aplicable como es establecido en la regulación de la UNTAET numero 1999/1”²⁵⁸ y en ese sentido la sección 3 de la regulación 1999/1 establece que las leyes aplicables en Timor Este hasta el 25 de octubre de 1999 aplicarán mientras no sean reemplazadas por regulaciones de la UNTAET o legislación creada por las instituciones democráticamente establecidas en Timor Este o en caso contrario siempre que no entren en conflicto con los estándares internacionales a observar de acuerdo a la sección 2 del mismo documento²⁵⁹.

En ese orden de ideas se podría atender a la sección 3 sobre el derecho aplicable en los Paneles especiales de la regulación N° 2000/15 que establece en primera medida que “en ejercicio de su jurisdicción los paneles podrán aplicar: a) la ley de Timor Este promulgada bajo las secciones 2 y 3 de la regulación de la UNTAET numero 1999/1 y cualquier regulación y directiva subsecuente”²⁶⁰ no conocemos si existe una regulación sobre medidas de internamiento en establecimiento psiquiátrico en Timor Este, es probable que para este momento -ya concluida la competencia de los paneles especiales la haya- por tanto es irrelevante, así que es pertinente proseguir al ordinal b) de esta sección que establece que se podía aplicar “cuando sea apropiado, tratados aplicables y principios y normas reconocidos por el Derecho Internacional, incluidos los principios establecidos en el Derecho Internacional del conflicto armado”²⁶¹ este ultimo aparte de la norma podría hacer argumentable la procedencia de una medida derivada de un principio de Derecho Internacional, sin embargo la falta de jurisprudencia en los Tribunales Internacionales sobre el tema lo hace una opción inviable.

No obstante lo anterior, el caso de Josep Nahak que examinaremos a continuación, si bien no da luces sobre este tema si insinúa al menos un criterio que se podría aplicar para la eventual instauración de una medida de este tipo en un tribunal penal internacional.

²⁵⁷Regulación 2000/30 de la UNTAET Sección 42.2 (en inglés original) “ A decision declaring the acquittal of an accused shall result in his or her immediate release or in the cancellation of any restrictive measure.”

²⁵⁸Regulación 2000/30 de la UNTAET Sección 3 (en inglés original) “A court shall decide every case submitted for its consideration in accordance with the present regulation and the applicable law as stated in UNTAET Regulation No 1999/1.”

²⁵⁹Regulación 1999/1 de la UNTAET Sección 3.

²⁶⁰Regulación 2000/15 de la UNTAET Sección 3.1 ordinal a) (en inglés original) “the law of East Timor as promulgated by Sections 2 and 3 of UNTAET Regulation No. 1999/1 and any subsequent UNTAET regulations and directives; and”

²⁶¹Regulación 2000/15 de la UNTAET Sección 3.1 ordinal b) (en inglés original) “where appropriate, applicable treaties and recognised principles and norms of international law, including the established principles of the international law of armed conflict.”

Parte 3.3.a) El caso de Josep Nahak:

Continuando con nuestro orden, lo primero que hay que advertir es que en este caso no se eleva la defensa de irresponsabilidad por trastorno mental sino que se define la incompetencia del procesado para poder estar en juicio, no obstante como establecimos anteriormente el caso es relevante por cierta mención que hace el panel especial acerca de la peligrosidad del sujeto como necesaria para darle una medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico.

En ese orden de ideas, en el caso se encontró que el procesado sufría de esquizofrenia crónica²⁶² desde 1999²⁶³ y que como consecuencia de esta su carácter antes y durante las diligencias penales era errático.²⁶⁴ Y así, si bien se estableció en su momento por un experto que era factible que el señor Nahak pudiera ser capaz de estar en juicio²⁶⁵ se decidió que como consecuencia de su trastorno no era capaz de ejercer su defensa material debidamente²⁶⁶ y por tanto se ordenó que el juicio fuera suspendido.²⁶⁷ En ese sentido, previo a la orden final se deliberó por el panel especial si internar al acusado en un establecimiento hospitalario o mantener las medidas que ya se presentaban contra el y en ese sentido el panel especial decidió lo siguiente respecto al acusado y es que “no se puede decir que represente peligro para si mismo y para otros”²⁶⁸ y por tanto se decidió el mantener las medidas que inicialmente se le habían prescrito al procesado²⁶⁹.

En ese sentido, es exactamente este ultimo punto es el cual deseamos resaltar, pues como dijimos con anterioridad -y reiteramos- a nuestro juicio se dio un guiño del criterio que se podría eventualmente utilizar para dictar una medida de internamiento en establecimiento de tratamiento hospitalario para una persona que fuera declarada irresponsable a razón de su trastorno o enfermedad mental esto por supuesto posterior a que se resolviera el problema previamente mencionado de creación de la medida. Concluido este punto, lo siguiente es examinar el objeto de nuestro estudio en la Corte Penal Internacional.

²⁶² Dili District Court, Special Panels for Serious Crimes; Deputy General Prosecutor for Serious Crimes V. Josep Nahak; caso numero 01a/2004 del 1 de Marzo de 2005; Paras. 51 y 102.

²⁶³ *Ibid.* Par. 70.

²⁶⁴ *Ibid.* Paras. 71, 73 a 82, 88 a 102, y 114 a 119

²⁶⁵ *Ibid.* Paras. 107 a 110

²⁶⁶ *Ibid.* Paras. 104, 131 a 151.

²⁶⁷ *Ibid.* Par. 156.

²⁶⁸ *Ibid.* Original en inglés, Par. 161.

²⁶⁹ *Ibidem.* Par. 162. y orden.

Capítulo 3: El Estatuto de la Corte Penal Internacional:

3.1. Antecedentes:

Como dijimos en los capítulos anteriores prácticamente desde que la Organización de Naciones Unidas comenzó a operar se discutió en su interior sobre la conformación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente y en ese sentido si bien se hizo un trabajo sobre la materia por parte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el proyecto como lo dijimos antes realmente tomó forma hasta la última década del siglo pasado.

Respecto al tema que nos ocupa, de entrada podemos decir que consagrar la defensa o circunstancia eximente de responsabilidad penal por trastorno mental es una novedad del Estatuto de Roma ya que los estatutos de los tribunales ad-hoc que le antecedieron no tenían norma positiva sobre la materia si bien como vimos era por lo menos posible invocar la defensa. Y también podemos ver que no hay norma sobre la materia en al menos varios de los proyectos que sobre la materia preparó la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.²⁷⁰ Más aun, podemos ver que ya el comité preparatorio para el establecimiento de una Corte Penal Internacional propiamente dicho se sugirió que tanto las defensas de intoxicación como la de insanía no fueran incluidas en el Estatuto es decir a todas luces se reconocía la existencia de esta defensa en el Derecho Penal Internacional.²⁷¹

3.2. El artículo 31.1. A) del Estatuto de Roma:

Sin embargo finalmente se incluyó el trastorno mental del agente de la conducta criminal como eximente de responsabilidad penal. Es mas, hay que hacer justicia y decir que esta es la primera vez que se codifican estas defensas (la de intoxicación y la de trastorno mental) en la ley aplicable para un Tribunal Penal Internacional²⁷².

En ese sentido el profesor Kai Ambos de la Universidad de Munich dice que el artículo 31 del Estatuto de Roma que establece las “circunstancias que excluyen la punibilidad” entre ellas la que nos ocupa fue citando al presidente del grupo de trabajo sobre esta materia como fuente “el más difícil de negociar” esto debido a las diferencias conceptuales entre los varios sistemas, y en especial se habla de la intoxicación en países donde la ingesta de bebidas alcohólicas esta prohibida²⁷³ y así como ya

²⁷⁰ Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1954, vol. II; Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II (part 2); si bien este proyecto fue mas sobre la creación de un Código de crímenes internacionales y menos sobre un tribunal internacional (Crawford James, the Work of the International Law Commission, The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol I, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002). y Draft Statute for an International Criminal Court Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II (part 2).

²⁷¹ Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 25 March-12 April 1996; A/AC.249/CRP.3/Add.1 8 April 1996.

²⁷² Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Pág 239.

²⁷³ Ver también: Lee, Roy S. The International Criminal Court, the making of the Rome Statute, issues, negociation; results; Springer publishings, primera edición, 1999; Pág. 206.

habíamos explicado antes se les llamó a estas en vez de defensas circunstanciales, excluyendo voluntariamente el primer termino que es natural de *Common Law*.²⁷⁴

Así las cosas, el artículo 31 del Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional consagró el trastorno mental como una de las “circunstancias que excluyen la punibilidad”. Y en ese mismo sentido es una excusa de la sanción penal en oposición a la justificación de la conducta conceptos que ya explicamos en los dos capítulos anteriores. Dicho artículo en su numeral 1 ordinal a) establece sobre el particular lo siguiente:

“Artículo 31

Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

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) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; ...”²⁷⁵

Esta circunstancia de acuerdo al profesor Antonio Cassese de la Universidad de Florencia consiste en que “un desorden mental serio, o una incapacidad mental o enfermedad mental podrá ser invocada como una excusa toda vez que dicho estado mental involucre que la persona este privada de la capacidad mental necesaria para decidir si el acto es correcto o no.”²⁷⁶ En ese sentido, la deficiencia psíquica por la cual se puede invocar la excusa puede ser cualquiera que destruya “la capacidad de percepción y autocontrol del autor”,²⁷⁷ y así mismo los dos elementos tienen que estar presentes al momento de la comisión del hecho y el trastorno tiene que ser de un carácter permanente²⁷⁸ y de tal magnitud que excluya totalmente la conciencia del actor sobre el acto.²⁷⁹ Todo esto de presente para evitar que se invoque la defensa a razón de los arrebatos emocionales o las alteraciones transitorias las cuales no tienen cabida en esta circunstancia salvo que se den unas condiciones muy excepcionales.²⁸⁰ Y en virtud de todo esto, en palabras del profesor Gerhard Werle podemos establecer una distinción de tres efectos que tendrá que tener la enfermedad o deficiencia mental para que se pueda dar lugar a la exención de la sanción penal por esta razón:

²⁷⁴ Ambos, Kai; Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility. The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol I, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002; Págs. 1027 y 1028.

²⁷⁵ Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, Art 31

²⁷⁶ (Traducción del autor de esta monografía) Cassese, Antonio; International Criminal Law, Oxford University Press, 2008 ,segunda edición; Pág 261

²⁷⁷ Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Pág 267.

²⁷⁸ Opus Cit.

²⁷⁹ Ambos, Kai; Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility. The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol I, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002; Pág. 1029.

²⁸⁰ Cassese, Antonio; International Criminal Law, Oxford University Press, 2008 ,segunda edición; Pág 266. y Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Pág 267.

“El art. 31.1 a) del Estatuto de la CPI distingue tres efectos de la enfermedad o deficiencia mental, los cuales, cada uno por sí mismo, conducen a la exención de responsabilidad penal: la privación de la capacidad de apreciar la ilicitud de la conducta; la privación de la capacidad de apreciar la naturaleza (el significado) de la conducta, y la privación de la capacidad para controlar la conducta a fin de no transgredir la ley.”

No obstante como hemos repetido a lo largo de esta monografía el asunto es de muy difícil ocurrencia y se hace quizás un poco más improbable el invocar esta circunstancia cuando observamos el parágrafo 2 del artículo 31 del Estatuto de Roma que establece lo siguiente:

“2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo.”

Lo anterior consideramos que tiene dos formas de interpretarse, por un lado podemos verlo como dijimos en el capítulo anterior y es que estas circunstancias son un elemento negativo del delito que se constata en conjunción a los elementos positivos de la conducta punible cuando se examina por –en este caso- la Corte Penal Internacional la viabilidad de la acción penal.²⁸¹ Y por otro lado, en un sentido positivo podemos verlo como que la Corte podrá tener una “amplia discreción para interpretar las defensas establecidas en el artículo 31 y esto no estará limitado a las defensas de este Estatuto”²⁸² y en ese sentido este parágrafo le da la facultad a los magistrados de la Corte Penal Internacional de examinar cual es la solución mas justa al caso que este en su conocimiento en ese momento²⁸³.

3.3. La circunstancia eximente de responsabilidad penal por trastorno o enfermedad mental frente a las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y el artículo 21 del Estatuto de Roma:

Concluido el punto anterior tenemos que centramos ahora en como se probaría esta circunstancia por parte del procesado y su defensa en las etapas del procedimiento penal ante la CPI. Y es que esa es la naturaleza de todo en el derecho, lo que se alega debe ser probado; así esta circunstancia excluyente de la responsabilidad penal y cualquier otra que se alegue tienen que ser probadas, lo que en el caso en cuestión se hace tradicionalmente mediante el dictamen de peritos médicos, y aquí no es la excepción. Éste medio de prueba el cual si bien no está explícitamente regulado en el Estatuto de Roma podemos deducir su procedencia como tal de los artículos 48 numeral 4 y 100 ordinal d) de dicho tratado internacional.

Más aun, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establecen regulaciones para el examen medico del acusado que de una manera similar que las dispuestas para esta materia en las reglas de procedimiento de los Tribunales ad Hoc para Rwanda, la Ex Yugoslavia y Sierra Leona exámenes médicos que bien pueden versar sobre cuestiones físicas o mentales del acusado, y en ese sentido nosotros nos centraremos exclusivamente en lo mental si bien no hay ninguna diferencia de fondo ni

²⁸¹ Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch, 2005, Págs 177 a 182.

²⁸² (Traducción del autor de esta monografía) Ambos, Kai; Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility. The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol I, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002; Pág. 1028.

²⁸³ Opus Cit.

de forma por supuesto en lo que al campo jurídico respecta. Así las cosas, la regla 113 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI establece que la Cámara de Cuestiones preliminares de esta Corte podrá de oficio o a petición del fiscal, la defensa o el investigado ordenar que este último sea sujeto a examen, y quien lo examine podrá ser seleccionado de una lista aprobada por el secretario de la CPI, o seleccionado por la Cámara de cuestiones preliminares o el interesado.

Lo anterior se predica de la fase previa al juicio, ya en el juicio propiamente dicho la regla 135 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI establecen que la Cámara de juicio por diversas razones una de ellas saber si el acusado comprende los cargos que se le imputan,²⁸⁴ podrá ordenar de oficio o a petición de parte un examen médico del acusado; y al igual que bajo la regla anteriormente mencionada para las cuestiones preliminares se seleccionará el experto bien sea de la lista presentada por el Secretario de la Corte, o aprobado por la Cámara o del que sea solicitado por la parte interesada. Lo siguiente que establece el artículo –y sale del objeto de nuestro estudio- es que pasa si no es capaz de estar en juicio y como dicho evento de su inasistencia puede ser revisado por la Sala, lo que como dijimos en el capítulo anterior no significa que el acusado sea de plano penalmente irresponsable.

Ahora bien, respecto a la eventual absolución del acusado, consecuencia natural de que este sea hallado penalmente irresponsable a razón de su trastorno mental el artículo 81 del Estatuto de Roma establece en su numeral 3, ordinal c) lo siguiente:

“c) Si la sentencia fuere absolutoria, el acusado será puesto en libertad de inmediato, con sujeción a las normas siguientes:

i) En circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta entre otras cosas, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación, la Sala de Primera Instancia, a solicitud del Fiscal, podrá decretar que siga privado de la libertad mientras dure la apelación;

ii) Las decisiones dictadas por la Sala de Primera Instancia en virtud del inciso precedente serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.”

En ese orden de ideas nos enfrentamos al mismo problema que con los Tribunales ad-hoc de Rwanda, la Ex Yugoslavia y Sierra Leona y es que siguiendo en estricto sentido las reglas de procedimiento y prueba y el Estatuto –tanto de la CPI como de las antes nombradas- llegamos a una solución que nos puede parecer materialmente injusta y riesgosa esta es que una persona que en efecto cometió conductas muy perjudiciales para el género humano y en especial para los directamente afectados por su conducta cometida a razón de un trastorno o enfermedad mental de carácter permanente sea puesto en libertad sin ninguna restricción o tratamiento para ese trastorno que tuvo influencia determinante en la comisión de la conducta lesiva en cuestión.

Así las cosas, como vimos en el artículo 81 ordinal c) numeral i) existe la posibilidad de retener al acusado durante la duración de la apelación y para tal fin la Corte o el Fiscal podrían decir en virtud de la norma citada que debido a como el acusado es absuelto se está ante unas circunstancias del orden de las excepcionales –y consideramos que por

²⁸⁴ Artículo 64, Numeral 8 ordinal a) del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

menos materialmente lo serían ya que nadie ha sido absuelto bajo esta defensa o circunstancia en lo que llevan existiendo tribunales de Derecho Penal Internacional- y por otro lado, también se podría mantener la medida de retención del procesado porque que es altamente probable que se apele el fallo por parte del fiscal. Todo esto finalmente no soluciona nada respecto a la situación definitiva del procesado ya que si en apelación se resuelve que los actos del acusado debido a su trastorno no son punibles éste tiene que ser liberado de inmediato y si no se encuentra la existencia de esta circunstancia por la Cámara de Apelaciones, pues muy seguramente le espera una condena asumiendo que otra circunstancia o cuestión adicional no le haga acreedor de la absolución.

En todo caso en lo que respecta a la creación de una eventual medida de reclusión en una institución mental, la Corte Penal Internacional se puede hacer valer de normas diferentes a su Estatuto, sus Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los crímenes si estos no son agotan la materia en su totalidad. Es decir la CPI al igual que varios Tribunales Internacionales antes de ella (vgr. La Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia) tiene una norma en su Estatuto que establece cual es su derecho aplicable; esta norma es el artículo 21 del Estatuto de Roma que establece lo siguiente:

“1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte 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, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”

En ese sentido lo primero que tenemos que observar es si la materia puede ser agotada en las normas de operación y juzgamiento de la Corte y lo segundo que tenemos que observar es, si en caso contrario podemos encontrar una posible vía jurídica para que la Corte Penal Internacional pueda lidiar con este asunto.

En primer lugar, el artículo 21 del Estatuto de Roma establece como vimos antes en su numeral 1 que antes que cualquier otra fuente de derecho aplicable el “pináculo de la

pirámide”²⁸⁵ de las normas que puede usar la Corte Penal Internacional son las normas que se le han dado específicamente para cumplir su función lo que es lógico, corresponde de cierta al principio de “*Nullum Crimen sine Legem*” y en consecuencia no tendría porque tener nada de criticable, al menos en principio.

Sin embargo si hay una critica a esto y es del profesor Alain Pellet de la Universidad Paris X quien señala que esta supremacía de las normas de la Corte Penal Internacional que fue debido a las presiones de los Estados Unidos en las negociaciones del Estatuto de Roma se puede interpretar en el sentido de no confiar en los jueces al “congelar” las normas del Estatuto²⁸⁶ es decir restringir el poder de creación del derecho para los jueces y que esto le resta eficiencia a la Corte en su lucha contra el actuar criminal²⁸⁷.

En ese sentido, hay que decir que esta criticable rigidez es clara para los delitos y las penas, mas no lo es para normas de procedimiento adicionales. Pues en virtud del artículo 51, parágrafo 3 los Magistrados por una mayoría de dos tercios pueden crear reglas provisionales cuando las ya existentes no resuelvan la situación concreta, y estas regirán hasta que la asamblea de Estados parte “las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones.”²⁸⁸ Lo cual podría representar una solución.

Así, esta solución por si misma tiene sus problemas, de entrada el primer problema sería si se considera la medida como una pena o como una medida administrativa, por que si se considera como una pena cae en ese ámbito de rigidez que tiene la CPI en cuanto a la modificación de sus normas. Entonces asumamos que se consideraría como lo ultimo es decir una medida administrativa que tomaría un Estado –no la Corte-, y en ese sentido la Corte podría solicitarle a un Estado en virtud de su cooperación con esta entidad que recluya al procesado absuelto –eso si- en una institución mental.

Lo anterior nos llevaría a un segundo problema y es que el artículo 51 establece en su parágrafo 4 que las medidas provisionales deben estar en consonancia con el Estatuto y como vimos antes éste establece que “Si la sentencia fuere absolutoria, el acusado **será puesto en libertad de inmediato**”²⁸⁹ (negritas fuera del texto) y uno podría interpretarlo como de inmediato y sin condiciones, entonces no se podría ordenar una medida en ese sentido, o se podría interpretar en un sentido digamos que contrario es decir que el Estatuto le da funciones a la Corte no solo en lo que a castigar crímenes se refiere, sino que también le da funciones a los órganos de juzgamiento y cuestiones preliminares de protección a las víctimas y a los detenidos, estas ultimas hay que advertir que de acuerdo a la redacción de las normas sobre la materia esto no se ve tan claras en el fallo²⁹⁰ en lo que respecta a esta posibilidad.

²⁸⁵ (Traducción del autor de esta monografía) Alain, Pellet; *Applicable Law. The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol II*, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002; Pág. 1077.

²⁸⁶ *Ibid.* Pág. 1058.

²⁸⁷ *Ibidem.*

²⁸⁸ artículo 51 parágrafo 3, Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

²⁸⁹ Artículo 81 ordinal C), Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

²⁹⁰ Respecto a la Sala de Cuestiones preliminares artículo 57, parágrafo 3 ordinal C. respecto a la Sala de Primera Instancia, artículo 64, parágrafo 6 ordinal e) aunque establece que podrá hacerlo antes o durante el juicio lo cual implica que no podría ser posterior es decir representaría un obstáculo.

Pero asumamos que si se pudiera establecer una regla provisional, entonces aparece el tercer problema a saber, y sería que si la norma provisional no es aprobada por la asamblea de Estados Partes cualquier proceso seguido bajo ella sería encontrado inválido²⁹¹ es decir se crearía una situación de inseguridad jurídica.

Ahora bien, asumamos que el asunto no se agota en el ordinal a) del artículo 21 del Estatuto de Roma, y en consecuencia y como vimos el ordinal b) de este mismo artículo entraría la Corte a usar como derecho aplicable los “tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”. Tal vez sin necesidad de hacer una revisión de los tratados internacionales podríamos descartarla, podría decirse más aun que esta previsión se refiere más a elementos de los crímenes de conocimiento de la CPI (vgr. Las convenciones de Ginebra y de la Haya en cuanto a crímenes de guerra, o la convención de Prevención y Castigo del delito de Genocidio en cuanto a éste) y a derechos y garantías del procesado (vgr. La Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Declaración Universal de Derechos Humanos). Para complicar más las cosas en cuanto a este ordinal hay que señalar que el profesor Alain Pellet nos presenta como poco probable y difícil para la Corte el aplicar este ordinal.²⁹²

En consecuencia de lo anterior es mejor seguir de una buena vez al ordinal c) del artículo 21 que se vale de “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo” incluyendo los del Estado que hubiese ejercido competencia sobre el crimen del que conoce la Corte en ese momento, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto.

En ese sentido, hemos visto que tanto en el sistema penal colombiano, como en el inglés, estadounidense, francés y el de Sierra Leona existen con las diferencias del caso medidas de internamiento en instituciones mentales para quienes cometan conductas punibles en un estado de enajenación mental, es mas, sin buscar afirmar que existe un principio general podríamos decir que es altamente probable que esta sea una practica común en todos los sistemas penales, y que en ese sentido es igual de altamente probable que de esta practica común en todos los sistemas se pueda deducir un principio general del derecho.

Así las cosas, es de nuevo Alain Pellet quien nos da luces de cómo podría aplicarse esto, de acuerdo a el no es necesario que se comparen todos los sistemas legales del mundo, sino que estos principios se encuentren en los grandes sistemas jurídicos es decir que podrían agruparse en tres sistemas jurídicos, el continental europeo, el anglosajón y el islámico.²⁹³ Pero eso no es todo, el principio debe ser transferible al ordenamiento penal internacional,²⁹⁴ es decir, debe ser ajustable a las “únicas características de los procedimientos penales internacionales”²⁹⁵.

²⁹¹ Alain, Pellet; *Applicable Law. The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary* Vol II, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002; Pág. 1065.

²⁹² *Ibid.* Pág. 1069.

²⁹³ *Ibid.* Págs. 1073 y 1074.

²⁹⁴ *Ibid.* Pág. 1074.

²⁹⁵ *Ibid.* Pág. 1074. también ver: *International Criminal Tribunal to the former Yugoslavia , Appeals Chamber, 29 de Octubre de 1997, caso Blaš kić, referencia: IT-95-14- AR108bis, parágrafo 23 y International Criminal Tribunal to the former Yugoslavia , Appeals Chamber, 2 de Octubre de 1995, caso Tadić, IT-94-1-AR72, parágrafo 42.*

Esto último implicaría entonces un gran obstáculo para usar esta de derecho aplicable ya que como vimos en el capítulo anterior todos los Tribunales inmediatamente antecedentes a éste establecen como norma la liberación inmediata del acusado cuando este es absuelto, por tanto podríamos considerar que una medida como la que aquí hemos planteado sería inaplicable bajo este contexto. Así las cosas, solo nos queda examinar unos cuantos aspectos adicionales sobre esta materia.

3.4. Aspectos finales sobre la circunstancia eximente de responsabilidad penal por trastorno o enfermedad mental y sus consecuencias en el régimen de la Corte Penal Internacional:

En ese sentido hay varios aspectos que hay que mencionar. En primer lugar, podemos resaltar como un aspecto positivo que la consagración de esta circunstancia en el Estatuto de Roma ofrece una garantía tangible a quien desee invocarla de que la circunstancia eximente existe y que por tanto puede ser admisible como tal. Esto, en oposición a lo que ocurría en los Tribunales de Nuremberg, Tokio, Rwanda, la ex Yugoslavia y Sierra Leona en los cuales se deducía su existencia sin ninguna verdadera certidumbre más que la de la práctica usual en la justicia penal doméstica.

Y en mismo sentido podemos considerar que su consagración en el Estatuto de Roma cristaliza la práctica internacional sobre la materia en el Derecho Penal Internacional – no digamos la costumbre sobre la materia porque usar este término en Derecho Internacional Público podría resultar antitécnico-. Esta cristalización que hemos mencionado le da más certidumbre a la invocación de esta defensa y en consecuencia su uso podría hacerse más accesible e incluso frecuente en tribunales ad hoc futuros y presentes. Lo que en últimas puede representar una garantía mayor de que estos tribunales y la Corte Penal Internacional juzgaran a los verdaderos culpables de estos serios crímenes que se persiguen por el Derecho Penal Internacional y no a personas que debido a una condición mental aberrante cometieron dichas conductas punibles.

Y en ese sentido otro aspecto que no hemos evaluado hasta ahora -y que tenemos el deber de hacerlo-, es en lo que respecta a la procedencia de esta circunstancia en materia de los delitos de conocimiento de la Corte Penal Internacional. Por que se podría considerar que debido a la configuración de algunos crímenes como por ejemplo el Genocidio, o lo que tradicionalmente se entiende por el crimen de agresión –haciendo la salvedad que aun no ha sido definido- sería complicado considerar esta defensa como admisible.

Respecto a esto hay que decir que de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de Roma la defensa es admisible sin importar el cargo imputado al procesado, esto porque las normas del Estatuto de Roma y sus elementos de los crímenes no establecen ningún impedimento, si bien el asunto aun esta sujeto a interpretación y la Corte en su momento podría llegar a algún desarrollo contrario a esto en virtud del artículo 31.2 del Estatuto de Roma que vimos anteriormente.

Si embargo si bien existe esa posibilidad antes mencionada, consideramos que el invocar esta circunstancia es admisible, interpretando lo establecido sobre el particular en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales. Y es que aunque hemos visto hasta ahora que la defensa o circunstancia de irresponsabilidad penal por trastorno o

enfermedad mental no ha sido formalmente invocada ante ningún Tribunal Penal Internacional de los que mencionamos en el capítulo anterior si hemos visto que ha sido un aspecto que por lo menos se ha discutido, y en ese sentido podemos hacer algunas interpretaciones al respecto.

En ese sentido, en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg como vimos antes dos casos se refieren tangencialmente al particular, en el caso contra Rudolph Hess y otros, el jerarca nazi fue imputado por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, crímenes contra la paz y concertación para cometer estos crímenes;²⁹⁶ y en este mismo tribunal en el caso contra Eduard Strauch y otros fueron elevados cargos contra los procesados por crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el participar en una organización criminal.²⁹⁷ Así, ambos acusados y sus respectivos defensores orientaron más su labor a afirmar que estos dos individuos no estaban calificados para enfrentar un juicio, sin embargo, el asunto de su irresponsabilidad mental se trajo de cierta forma a colación como lo vimos en su momento, y en ese mismo momento no se dijo nada acerca de que existiera una presunción de sanidad incontrovertible para sus crímenes.

Así mismo en los casos que ya mencionamos antes del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia se discutieron cuestiones muy ligadas al tema objeto y por tanto se sentaron ciertos lineamientos sobre este tema que ya vimos con detalle en su momento. Así en el caso Landzo se discutió la capacidad disminuida del acusado en cuanto a crímenes de guerra; y en el caso Jelisic se discutieron cuestiones más sobre la intención específica del acusado de cometer genocidio que sobre su irresponsabilidad mental *per se*, sin embargo en ambos casos también se trajo el tema a discusión.

Por otra parte, podemos resaltar de nuestro estudio sobre la materia, un aspecto negativo y es la ausencia de lo que domésticamente llamamos “medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico o institución adecuada”²⁹⁸ tema que ya hemos discutido con anterioridad respecto a los Tribunales mencionados en el capítulo 2. Y en ese sentido lo negativo de esto es que consideramos que la liberación de un procesado absuelto bajo esta circunstancia sería una situación que podría acarrear injusticias y peligros para las víctimas y serias posibilidades de que como dijimos antes persistiendo el trastorno el acusado pueda reincidir en sus conductas.

Pero en sentido contrario podríamos descartar esto como un aspecto negativo, argumentando que el verdadero objeto del Derecho Penal Internacional es perseguir no al simple individuo que ha cometido crímenes de grave relevancia para la humanidad sino perseguir a aquellos que han cometido estos actos bajo un concepto de “macrocriminalidad política” y así luchar para la erradicación de esta misma en el mundo. En ese sentido el profesor Kai Ambos nos ilustra en su texto “Parte General del Derecho Penal Internacional” en que consiste ese concepto:

²⁹⁶ Nuremberg Trial, first day, November 20, 1945; Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language Volume 1, Pages 29 to 94.

²⁹⁷ Amended Indictment; Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946 - April 1949, Volume IV, (“Green Series”) (the “Einsatzgruppen case”) Pags 13 a 22.

²⁹⁸ Artículos 69 y 70, ley 599 de 2000.

“1. La “Macrocriminalidad” comprende, fundamentalmente, “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”, “macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional”; ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas “normales” de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado. La macrocriminalidad es más limitada que la “criminalidad de los poderosos” (“Kriminalität der Mächtigen”), ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los “poderosos” para la defensa de su posición de poder, y ni estos “poderosos” ni el “poder” (económico) que defienden son necesariamente idénticos al Estado o al poder Estatal. La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de “político”. De este modo, se rechaza también —coincidentemente con Jager— la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. Macrocriminalidad política significa, por tanto, en sentido restringido, “criminalidad fortalecida por el Estado”, “crimen colectivo políticamente condicionado” o —con menor precisión— crímenes de Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental. Aquí se trata siempre de criminalidad “estatal interna”, orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. Esto constituye también un interés central de esta investigación.

2. En un sentido amplio, el concepto de macrocriminalidad política comprende, ciertamente, también a los crímenes internacionales de actores no estatales.

...

Esta comprensión amplia de macrocriminalidad se sustenta también en la concepción de los crímenes internacionales tal como ha sido ahora consagrada en los arts. 6 a 8. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio ya no es necesaria una relación con un conflicto armado para que puedan ser criminalizadas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión —también no estatal— determinado, generalizado y sistemático. Respecto de los crímenes de guerra, éstos pueden ser cometidos por las partes en conflicto, y por ello penados, no sólo —como “grave breaches”— en un conflicto internacional, sino en todo conflicto aunado (no internacional) que sobrepase el umbral del art. 1 (2) del PACG II.90 Con esto queda en claro que la comisión de crímenes internacionales no puede ser considerada por mucho más tiempo como un “privilegio” de los actores estatales, sino que puede conducir, absolutamente, a la responsabilidad jurídico-penal de actores no estatales. El concepto de macrocriminalidad política se debe extender, por tanto, según una comprensión moderna del derecho penal internacional a los actores no estatales.”²⁹⁹

Así, podríamos llegar a decir que pese a cualquier injusticia que podemos pensar que se cometa contra las víctimas y la comunidad liberando sin condiciones al procesado declarado penalmente irresponsable bajo la circunstancia objeto de estudio, hacer lo contrario en el sentido que lo hemos expresado a lo largo de esta monografía es irrelevante al objeto del Derecho Penal Internacional que es luchar contra estas formas de “macrocriminalidad” arriba mencionadas. Con esto dicho, examinaremos éste punto con mayor detalle en las conclusiones.

Por último queda un aspecto adicional a examinar si bien no está tan íntimamente ligado con el tema objeto de nuestro estudio. Y es las críticas hechas por el profesor

²⁹⁹ Kai, Ambos. Parte General del Derecho Penal Internacional, 2005. ed Temis, Págs. 44 a 48

Alain Pellet en cuanto a lo estático que puede llegar a ser el sistema de regulaciones que tiene la Corte Penal Internacional para su funcionamiento.

Respecto al tema que nos corresponde y en particular respecto a la pregunta de si es procedente o no la formulación de una medida de internamiento en un establecimiento médico que pueda lidiar con su condición de enajenado mental podríamos decir que es totalmente argumentable cualquier crítica o elogio a razón de esto, más aun si tenemos en consideración lo anteriormente mencionado sobre el objetivo del Derecho Penal Internacional; no obstante, si estamos de acuerdo con este Iuspublicista en cuanto a que esa incapacidad de la Corte Penal Internacional para hacer cambios puede hacer del Estatuto de Roma y sus normas adicionales instrumentos insuficientes para la persecución penal y puede hacer de la CPI una organización que no cumpla el objetivo de la Organización de Naciones Unidas de crear un gran tribunal permanente de Derecho Penal Internacional, toda vez que cada vez que se presente una circunstancia novedosa con la que por esta razón la Corte no pueda lidiar de manera efectiva se seguirán creando tribunales Ad Hoc y la Corte finalmente podría en unos años perder toda relevancia.

Capítulo 4: La Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito y la Justicia Transicional.

Habiendo sido ya examinado al menos de una manera suficiente el tema objeto de nuestro estudio en el ámbito exclusivo del Derecho Penal Internacional, lo siguiente que debemos hacer es revisar si una declaratoria de irresponsabilidad penal a razón de las circunstancias que hemos estudiado u otras circunstancias de excusa, podría tener alguna relevancia en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados y en el ámbito de la justicia transicional.

Así las cosas, de entrada tenemos que establecer que los ambos conceptos se refieren a dos cuestiones diferentes que pueden o no tener origen en unas mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Por un lado, la Responsabilidad de los Estados por el hecho Internacionalmente Ilícito se refiere a las obligaciones que nacen entre dos Estados³⁰⁰ o mas, es decir es un asunto de la orbita del Derecho Internacional Público General y en ese sentido no esta necesariamente relacionada a los crímenes de Derecho Penal Internacional puesto que dichas obligaciones pueden nacer de otras fuentes como explicaremos mas adelante.

Con esto de presente, antes de hablar de la justicia transicional consideramos importante hacer una precisión sobre de la Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito respecto al tema que nos ocupa. Como sabemos, los crímenes de derecho penal Internacional son conductas ilícitas cometidas de manera sistemática y generalizada contra la población de un Estado propio o ajeno por individuos bajo el amparo o con ocasión de la dirección de un Estado u Organización criminal –aunque es debatible- o beligerante; y en ese sentido, en ocasiones ocurrirá que víctima y victimario son de Estados diferentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿Qué pasa si el “victimario” es hallado penalmente irresponsable? Pues se podría pensar en pedir una reparación civil. O dado el caso, incluso podría el Estado de la víctima –de acuerdo a las reglas de la protección diplomática- pedir ante un tribunal internacional que se haga patrimonialmente responsable al Estado del cual es nacional el “victimario” que es penalmente irresponsable.

En ese orden de ideas consideramos que resulta ilustrativo –sin pretender llegar a ninguna conclusión- el observar como operan los dos regimenes de responsabilidad, y como podrían llegar a hacerlo dado el caso de que un individuo resulte beneficiado por una exención de responsabilidad debido a un trastorno mental.

³⁰⁰ Artículo 1; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001; texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53 en 2001; reporte de la Comisión a la asamblea general (A/56/10); también en Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, parte dos; Par. 2, Pág. 32. citando a: Corte Permanente de Justicia Internacional, Phosphates in Morocco, Judgment; 1938, P.C.I.J; Series A/B, No. 74; parágrafo 10, pág. 28.

Ahora bien, volviendo al tema de la justicia transicional; esta se predica más bien de las relaciones Estado-individuo-individuo, siendo estos dos últimos en un extremo, las personas o grupos que cometieron crímenes atroces bajo el régimen opresivo o se beneficiaron de éste; y en otro extremo, las víctimas en calidad de individuos o colectivos. Y en ese sentido la justicia transicional consiste en la administración de justicia, la reconstrucción de la historia, la modificación de las instituciones y la búsqueda de la reconciliación nacional³⁰¹ en “una sociedad que está en tránsito a un régimen democrático”³⁰².

Por tanto, podemos afirmar que la justicia transicional a diferencia del régimen de Responsabilidad de los Estados sí está bastante relacionada con el Derecho Penal Internacional, ya que por regla general los actos cometidos bajo el régimen anterior a la transición son actos que caen en la órbita de los crímenes objeto de esta especialidad. Así mismo, –ya mirando la relación desde un criterio orgánico- en varias ocasiones ha sido un tribunal penal internacional o uno de carácter mixto el encargado de administrar justicia sobre los responsables de dichos crímenes (vgr. la Alemania posterior al nazismo o Rwanda) y en otras, la justicia nacional o se ha omitido el proceso penal contra los responsables en aras de la paz.

En ese orden de ideas, comenzaremos por analizar nuestro tema en la Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito.

4.1. La Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito:

Así las cosas, retomando lo anteriormente dicho sobre el particular, para el régimen de responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito el sujeto responsable es el Estado, a lo que hay que añadir, que es responsable siempre que le sea atribuible un hecho u omisión³⁰³ y que éste constituya una brecha a una obligación internacional³⁰⁴. Y en ese sentido, dicha obligación internacional puede tener su fuente en un contrato³⁰⁵ –entiéndase un tratado internacional bilateral o multilateral- o en otra fuente (vgr. La costumbre internacional³⁰⁶).

Así mismo, el sujeto pasivo de esa obligación también es un Estado, el cual puede obrar en defensa de sus intereses propiamente dichos (por ejemplo la construcción o no de una represa en un río que sea frontera común con otro Estado) o en defensa de los intereses de uno de sus súbditos, en cuyo caso opera bajo la figura denominada como protección diplomática; esto es, la capacidad que tiene un Estado de adoptar un reclamo

³⁰¹ De Gamboa Tapias, Camila; Justicia Transicional: Dilemas y Remedios para Lidar con el Pasado; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005. Pág. 22

³⁰² Opus cit. Pág. 21.

³⁰³ Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 781.

³⁰⁴ Artículo 2, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001; texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53 en 2001; reporte de la Comisión a la asamblea general (A/56/10); también en Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, parte dos. Pág. 34

³⁰⁵ Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 779.

³⁰⁶ Se habla también de los actos unilaterales de los Estados, ver casos Nueva Zelanda vs. Francia Australia vs. Francia Corte Internacional de Justicia.

de un nacional ultrajado³⁰⁷, quien puede ser una persona natural o jurídica y en tal caso, el Estado elevará dicho reclamo ante una instancia internacional -pactada con anterioridad o para el caso- para obtener una reparación³⁰⁸ por parte del Estado que ha cometido la actuación que dio lugar a una brecha de una obligación internacional.

Estas actuaciones que resultan en un hecho internacionalmente ilícito, son efectuadas por supuesto por individuos que pueden obrar como parte de la organización estatal³⁰⁹ o no³¹⁰. Y en ese sentido, para el Derecho Internacional clásico dicho sujeto que actuaba en nombre del Estado no era relevante al momento de imputar responsabilidad, sino que solo importaba que el hecho en cuestión hubiera sido cometido por uno de los “órganos” de ese Estado. Más aun, se consideraba que el individuo no existía independientemente del Estado con el que estaba vinculado a través de su nacionalidad es decir, era considerado como un órgano del Estado *de iure* o *de facto*³¹¹.

Sin embargo, esa óptica respecto al individuo cambió de cierta forma por lo que se denomina por algunas personas como la “revolución de Nuremberg”³¹², que no es más que los juicios celebrados por el tribunal internacional militar radicado en esa ciudad alemana en la segunda mitad de los 40’s y que fueron los primeros en juzgar crímenes internacionales bajo la regla de la responsabilidad penal individual, como ya lo hemos visto.

En ese sentido, la relación Estado-Individuo del derecho internacional clásico cambia especialmente, por que de acuerdo al profesor Pierre-Marie Dupuy actualmente “las acciones de los individuos criminales son generalmente consideradas en relación con la naturaleza de sus lazos con un aparato Estatal o en un conflicto con éste”³¹³ esto tiene varias implicaciones para el Derecho Penal Internacional y para el Derecho Internacional Público propiamente dicho, y se relaciona con el hecho que ciertos crímenes implican mayor o menor dependencia de la responsabilidad individual y de la del Estado.

Así las cosas, una de esas implicaciones es que la Responsabilidad de los Estados –si bien es diferente reiteramos- puede coexistir con la responsabilidad que se predica en el Derecho Penal Internacional,³¹⁴ en ese sentido establece la Corte Internacional de

³⁰⁷ Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 808.

³⁰⁸ La cual de acuerdo al artículo 34 del proyecto de estatuto de Responsabilidad por el Hecho Internacionalmente Ilícito de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas puede consistir en restitución, compensación y satisfacción o una combinación entre ellas.

³⁰⁹ Por ejemplo, en el caso hermanos LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos de America); 27 de junio de 2001 de la Corte Internacional de Justicia. En donde la administración de justicia del estado de Texas (un estado federado) ejecuta bajo la pena capital a un ciudadano alemán, en consecuencia haciendo a los Estados Unidos responsable internacionalmente.

³¹⁰ Por ejemplo, el caso del personal diplomático y consular en Teherán (Estados Unidos de America vs. Irán) de 1980 de la Corte Internacional de Justicia, en donde unos estudiantes iraníes secuestran la embajada de los Estados Unidos y toman de rehén a su personal, Irán es hecho responsable por su apoyo a los actos de los estudiantes, en el entendido que fallo en proteger la embajada y después condono el acto y que algunos de ellos son condecorados por la toma de rehenes.

³¹¹ Dupuy, Pierre-Marie; International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State; The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol II, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002; Pág. 1086.

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibidem.*

³¹⁴ *Opus Cit*; Pág. 1082.

Justicia en el caso concerniente a la aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio entre Bosnia Herzegovina y Serbia y Montenegro de 2007 lo siguiente:

“La Corte Observa que esa dualidad de responsabilidad continúa siendo un constante rasgo del derecho internacional. Este rasgo es reflejado en el artículo 25, parágrafo 4, del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, ahora aceptado por 104 Estados: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional” la Corte también nota que los artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente ilícito de la ILC -Comisión de Derecho Internacional por sus siglas en inglés- (nota fuera del texto original) (anexo a la resolución de la Asamblea General 56/83 del 12 de diciembre de 2001), que serán denominados de ahora en adelante como los “artículos de la ILC sobre Responsabilidad de los Estados” afirman en su artículo 58 al otro lado de la moneda: “estos artículos son sin perjuicio a cualquier cuestión de responsabilidad individual bajo el derecho internacional de cualquier persona actuando en nombre de un Estado” ...”³¹⁵

Así las cosas, podemos observar una cierta interrelación –guardadas las proporciones– en lo atinente a los crímenes entre el régimen de responsabilidad de los Estados del Derecho Internacional Público y el régimen de responsabilidad individual del Derecho Penal Internacional. Así, de un mismo hecho pueden surgir dos responsabilidades paralelas pero que en todo caso tendrán una unidad de circunstancias de tiempo, modo y lugar mas no de sujeto justiciable y consecuencia; y en ese sentido señala el profesor Pierre-Marie Dupuy que hay dos categorías de crímenes, una en cuanto a cuales involucran necesariamente a un Estado o colectividad como lo son el de agresión, los crímenes contra la humanidad y el de genocidio; y la otra, en cuanto a cuales no están relacionados, en donde se encuentran los crímenes de guerra³¹⁷.

En ese sentido podemos ver el ejemplo mas claro de lo arriba establecido en el caso del crimen de agresión considerado como el doble crimen³¹⁸ es decir, por una parte, que necesariamente implica en su comisión la existencia de un Estado desde donde sus líderes políticos y militares organicen y planeen el crimen³¹⁹. Y por otra parte, que ese

³¹⁵ Traducción del autor de esta monografía, en inglés original:

“The Court observes that that duality of responsibility continues to be a constant feature of international law. This feature is reflected in Article 25, paragraph 4, of the Rome Statute for the International Criminal Court, now accepted by 104 States: “No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.” The Court notes also that the ILC’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Annex to General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001), to be referred to hereinafter as “the ILC Articles on State Responsibility”, affirm in Article 58 the other side of the coin: “These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State” ...”

³¹⁶ Corte Internacional de Justicia; Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro; Caso Concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio; 26 de febrero de 2007; parágrafo 173.

³¹⁷ Dupuy, Pierre-Marie; *International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State*; *The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol II*, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002; Pág. 1088.

³¹⁸ El profesor Antonio Casesse se refiere a esta dualidad de regimenes en su artículo “On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression”. Cassese, Antonio; *On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression*; *Leiden Journal of International Law*, 20 (2007); Págs. 841 a 849

³¹⁹ *Opus Cit.* Pág. 848.

Estado cometa una brecha de las obligaciones establecidas a la comunidad internacional en cuanto a la no agresión –valga la redundancia- contra otros Estados y en particular contra el injuriado.

Con lo anterior en mente, debemos traer a consideración dos cuestiones: primero, que una diferencia entre el régimen de responsabilidad penal individual del Derecho Penal Internacional y el régimen de Responsabilidad de los Estados. Y segundo, la imputación o atribución de responsabilidad a los Estados por el hecho de sus agentes.

Así las cosas, el profesor Antonio Cassese establece que es clara una distinción entre los dos regímenes y es que –parafraseando a Cassese- “la aproximación judicial hecha por las cortes que procesen a las personas acusadas –de agresión establece el internacionalista pero podemos aplicarlo en general- diferirá de la posición tomada por los cuerpos políticos internacionales tal y como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.³²⁰ En ese sentido, es claro que no podemos mezclar una cuestión política como es las condenas internacionales que hacen los órganos políticos de las organizaciones multilaterales, con la aproximación judicial de los tribunales respecto a los individuos. Más aun, podemos añadir que los tribunales internacionales –de Derecho Internacional Público- también analizarán –y lo han hecho como vimos- el hecho y la intervención del Estado y –o a través de- los individuos con una óptica diferente a la de los tribunales de Derecho Penal Internacional propiamente dichos.

Esto nos lleva entonces al segundo aspecto anteriormente enunciado, que es la imputación o atribución de la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito a un Estado. En ese sentido, como hemos dicho en reiteradas ocasiones el Estado opera a través de agentes, que pueden formar parte del aparato estatal³²¹ o no³²², y en ese mismo sentido al Estado debe atribuírsele las conductas cometidas por sus agentes. Esta doctrina de la atribución, en palabras del profesor Malcolm Shaw de la universidad de Leicester es “una ficción legal que asimila la acción u omisión de los oficiales del Estado al Estado mismo y que vuelve al Estado responsable por el daño resultante a la propiedad o persona del extranjero”³²³ y más aun, hay que resaltar que esta doctrina es una parte fundamental del Derecho Internacional Público consagrada como regla

³²⁰ Cassese, Antonio; On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression; Leiden Journal of International Law, numero 20 (2007); Pág. 846

³²¹ En ese sentido parte del poder ejecutivo, legislativo, judicial o cualquier otra función tal y como se establece en el artículo 4 del Proyecto de Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el cual –debemos añadir- es una recopilación de la costumbre internacional sobre la materia. Artículo 4, comentario; parte dos. Adicionalmente, el artículo 5 de este mismo proyecto establece que la conducta de personas que no sea parte del organigrama estatal pero que ejerzan elementos de autoridad gubernamental también será atribuible al Estado; y el artículo 6 establece que la conducta de un órgano del Estado puesto a disposición de otro Estado será atribuible a este ultimo si el órgano ejerce una autoridad gubernamental en el Estado a donde a sido puesto a disposición. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001; texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53 en 2001; reporte de la Comisión a la asamblea general (A/56/10); también en Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II.

³²² Esto por supuesto sujeto a ciertas condiciones que examinaremos posteriormente.

³²³ (traducción del autor de esta monografía, texto original en inglés) Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 786.

derivada de la costumbre internacional por diversos fallos³²⁴ y que cubre unidades y subunidades del Estado³²⁵. En ese sentido es necesario preguntarnos ¿que pasa si el agente obra fuera de sus facultades atribuidas por el Estado o contraviniendo instrucciones es decir *Ultra Vires*? Y consideramos que la respuesta es, que el acto seguirá siendo atribuible al Estado.³²⁶ Más aun, el profesor Malcolm Shaw considera que esto opera de acuerdo a la teoría de la responsabilidad objetiva generalmente aceptada, e incluso no es limitado por la referencia que hace el artículo 7 del proyecto sobre el ejercicio aparente de autoridad,³²⁷ es decir cuando un individuo que es agente de un Estado u órgano de éste comete actos privados en aparente ejercicio de su autoridad³²⁸.

En consecuencia, estando de acuerdo con la apreciación del profesor Shaw; solo basta decir, que el hecho que el acto sea atribuible al Estado no significa en estricto sentido que el acto sea una brecha de una obligación internacional, o que el Estado injuriado este legitimado para hacer el reclamo. Ya que en ese orden de ideas, si “el hecho que las instrucciones dadas a un órgano fueron ignoradas, o si la acción fue *Ultra Vires* o contrario a las instituciones podría ser relevante en determinar si la obligación fue incumplida o no” o por otra parte, que hayan remedios locales disponibles a ser usados que son necesarios para que el Estado injuriado pueda hacer uso de la protección diplomática debidamente.^{329 330}

³²⁴ Corte Internacional de Justicia; opinión consultiva concerniente a las Diferencias Relativas a la Inmunidad de Jurisdicción de Proceso Legal de un Reportero Especial; 1999, Paras. 62 a 87. Corte Internacional de Justicia; Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro; Caso Concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio; 26 de febrero de 2007; párrafo 385.

³²⁵ Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 787. Capítulo II, Attribution of Conduct to a State, comentario; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001; texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53 en 2001; reporte de la Comisión a la asamblea general (A/56/10); también en Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, parte dos. Pág. 38

³²⁶ Artículo 7; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001; texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53 en 2001; reporte de la Comisión a la asamblea general (A/56/10); también en Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, parte dos. Pág. 45. también Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 789.

³²⁷ Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 789. citando como ejemplos: el caso Caire 5 United Nations Reports of International Arbitral Awards, Pág. 516 (1929); 5 Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (now International Law Reports), Pág. 146; el caso *Velásquez Rodríguez*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Series C, No. 4, 1989, par. 170; 95 ILR, Págs. 259 a 296; e *Ilascu v. Moldova y Rusia*, Corte Europea de Derechos Humanos, fallo del 8 de julio de 2004, par. 319. Y también T. Meron, 'International Responsibility of States for Unauthorised Acts of Their Officials', 33 BYIL, 1957, Pág. 851

³²⁸ Artículo 7, comentario; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001; texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53 en 2001; reporte de la Comisión a la asamblea general (A/56/10); también en Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, parte dos. Par. 7, Pág. 46.

³²⁹ El párrafo 10 de los comentarios establece:

(10) As a rule of attribution, article 7 is not concerned with the question whether the conduct amounted to a breach of an international obligation. The fact that instructions given to an organ or entity were ignored, or that its actions were *ultra vires*, may be relevant in determining whether or not the obligation has been breached, but that is a separate issue. Equally, article 7 is not concerned with the admissibility of claims arising from internationally wrongful acts committed by organs or agents acting *ultra vires* or contrary to their instructions. Where there has been an unauthorized or invalid act under local law and as a result a local remedy is available, this will have to be resorted to, in accordance with the principle of exhaustion of local remedies, before bringing an international claim.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que es altamente probable que el acto sea tenido como una brecha de una obligación internacional, debido a lo que ha establecido la jurisprudencia internacional sobre el particular³³¹, así el profesor Shaw cita los casos Youmans³³², y Union Bridge Company³³³; como muestra de la aplicación de la responsabilidad objetiva para los actos *Ultra Vires* o contrarios a instrucciones en el Derecho Internacional Público.³³⁴

Y de ellos, es el último el que nos puede dar luces sobre el tema objeto de esta monografía si lo interpretamos por analogía. De acuerdo al profesor Shaw, en éste caso “un oficial británico de la *Cape Government Railway* erróneamente se apropió de propiedad neutral durante la guerra de los Boer –en Sudáfrica-. Y fue establecido que seguía habiendo responsabilidad a pesar del honesto error y la falta de intención de parte de las autoridades al apropiarse del material en cuestión. Lo relevante fue que la acción estuvo en el rango general del deber del oficial.”^{335 336}

Ahora bien, a título de ejemplo para hacer más sencilla nuestra analogía tomemos un caso hipotético que nos presenta Antonio Cassese en el capítulo 12 (justifications and excuses) de su libro *International Criminal Law* y es el siguiente:

*“Un capitán actúa bajo un error de hecho, en el que ordena el fusilamiento de un número de civiles en territorio ocupado los cuales, según le han dicho, han cometido crímenes de guerra y han sido debidamente sujetos a Corte Marcial, no obstante el hecho de que no han cometido los crímenes ni han sido debidamente procesados, como se requiere para el Derecho Internacional Humanitario.”*³³⁷

De acuerdo al profesor Cassese en este caso, el agente cree estar ejecutando una conducta lícita (similar al caso *Cape Government Railway*) y en su caso en materia de responsabilidad penal individual si bien el *Actus Reus* de la conducta punible es –en palabras del propio Cassese- indudable, carece del elemento de *Mens Rea*³³⁸ lo que a la postre hace la conducta penalmente excusable.

Ahora asúmanos adicionalmente que hay dos Estados involucrados; un Estado A del cual el capitán es agente y un Estado B del cual son nacionales los ejecutados. Asúmanos entonces que el Estado B ejerce la protección diplomática en protección de los intereses de sus nacionales contando con todos los elementos para hacerlo;

³³⁰ Ibid. Par.10, Pág. 47.

³³¹ También debemos tener en cuenta los casos citados en el pie de página 26.

³³² 4 United Nations Reports of International Arbitral Awards, Pág. 110 (1926); 3, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (now International Law Reports) Pág. 223.

³³³ 6 United Nations Reports of International Arbitral Awards, Pág. 138 (1924); 2 Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (now International Law Reports) Pág. 170.

³³⁴ Shaw, Malcolm N; *International Law* 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Págs. 788 y 789.

³³⁵ (Traducción del autor de esta monografía) en inglés original:

“In the Union Bridge Company case, a British official of the Cape Government Railway mistakenly appropriated neutral property during the Boer War. It was held that there was still liability despite the honest mistake and the lack of intention on the part of the authorities to appropriate the material in question. The key was that the action was within the general scope of duty of the official.”

³³⁶ Opus. Cit. Pág. 789.

³³⁷ (traducción del autor de esta monografía) Cassese, Antonio; *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, segunda edición; Pág. 256.

³³⁸ Ibid.

supongamos también, que entre los remedios legales ordinarios³³⁹ que tenían las víctimas estaba un Tribunal de Derecho Penal Internacional, el cual declara que el capitán se encontraba bajo un error de hecho y en consecuencia bajo una excusa de su responsabilidad penal; y en consecuencia, el Estado B eleva un reclamo ante la instancia internacional con poder jurisdiccional sobre el asunto. Más aun, tengamos en cuenta de acuerdo a lo arriba enunciado sobre los regimenes de Derecho Penal Internacional y de Responsabilidad Internacional por el Hecho Internacionalmente Ilícito³⁴⁰ no habría ningún obstáculo para hacerlo.

En ese sentido, asumiendo que la instancia en cuestión –supongamos que es un arbitraje internacional o la Corte Internacional de Justicia- siguiera la lógica del caso *Cape Government Railway*, consideramos que no hay ningún obstáculo para que al igual que en el caso en cuestión, se concluya que lo relevante es que la acción estuvo en el rango general del deber del oficial y en consecuencia declarar responsable al Estado A. Incluso, podríamos llegar a pensar que podría extenderse a la circunstancia eximente de responsabilidad penal objeto de estudio en esta monografía asumiendo que el acto estuviera también entre los deberes del oficial -Vgr. Un militar con un defecto o enfermedad mental que ve en unos civiles o soldados fuera de combate un enemigo que esta combatiendo- más aun podríamos decir que aun si el hecho no fuera atribuible por conducto del agente, si podría serle atribuible al Estado el hecho de no cumplir con sus funciones al dejar a un agente mentalmente enfermo haciendo estragos – esto asumiendo que otro agente de ese Estado tuviera el deber de comprobar o monitorear el estado mental del personal militar- y por tanto le sería imputable responsabilidad al Estado.

Hasta aquí, hemos contemplado la eventualidad de que el sujeto por el cual le es imputado el acto a un Estado es un órgano de ese Estado, pero ¿que pasa si es un sujeto privado? En este caso el acto es imputable al Estado si este no obró³⁴¹ debidamente, o lo hizo apoyando o ratificando los actos del particular³⁴², u obteniendo algún beneficio de sus actos como quedarse con propiedad saqueada³⁴³ o controlando directamente esos actos o el territorio donde se cometen³⁴⁴.

³³⁹ El agotamiento de los remedios legales, es un elemento necesario para invocar la protección diplomática; junto con el vinculo de nacionalidad efectiva del agraviado con el Estado Reclamante. Malanczuk, Peter; Akehurst's Modern Introduction to International Law, seventh revised Edition; ed. Routledge, 7ª edición, 1997. Págs. 263 a 268.

³⁴⁰ En particular ver, Corte Internacional de Justicia; Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro; Caso Concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio; 26 de febrero de 2007; parágrafo 173.

³⁴¹ No tuvo la diligencia debida, no castigó a los individuos o hubo denegación de justicia; Malanczuk, Peter; Akehurst's Modern Introduction to International Law, seventh revised Edition; ed. Routledge, 7ª edición, 1997. Pág. 259.

³⁴² Ibid. también el caso concerniente al personal diplomático y consular en Teherán (Estados Unidos de America vs. Irán) de 1980 de la Corte Internacional de Justicia

³⁴³ Ibid. Malanczuk citando a: 10 United Nations Reports of International Arbitral Awards, Pág. 525

³⁴⁴ Sobre el grado de control ver el caso concerniente a las actividades paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua Vs. Estados Unidos) de 1986 de la Corte Internacional de Justicia y el caso Tadic del Tribunal Penal Para la Ex Yugoslavia, 38 ILM, 1999, pp. 1518, 1541. y el caso concerniente a la presencia de Sudáfrica Namibia (Namibia vs. Sudáfrica) opinión consultiva del 21 de junio de 1971 de la Corte Internacional de Justicia. Citados por Shaw en Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008; Pág. 790.

En ese orden de ideas, podemos llegar a una conclusión y es que bajo las circunstancias arriba enunciadas, y debido al estricto régimen de imputación de la Responsabilidad de los Estados por el Hecho Internacionalmente Ilícito, sin importar que el agente haya sido parte de la organización estatal o no, es prácticamente irrelevante el hecho de que el individuo haya sido declarado penalmente irresponsable a razón de un trastorno o enfermedad mental toda vez que en las condiciones adecuadas, el Estado podrá ser encontrado responsable sin distinción de que el individuo lo sea en su ámbito particular.

4.2. La Justicia Transicional:

Continuando con el orden de este capítulo ahora debemos examinar el tema objeto de nuestro estudio en el caso de la justicia transicional. Como se dijo con anterioridad la justicia transicional consiste en el cumplimiento de ciertos objetivos que ya mencionamos en una sociedad que esta pasando de un régimen opresivo a uno democrático; sin embargo a esto se le debe añadir que la justicia transicional busca garantizar tres derechos fundamentales, el derecho a la Justicia, el derecho a la Verdad y el derecho a la Reparación³⁴⁵. Tales derechos tradicionalmente se han buscado garantizar mediante ciertas medidas o remedios que de acuerdo a la profesora Camila de Gamboa de la Universidad del Rosario pueden agruparse en cuatro categorías: “sanciones criminales, sanciones no criminales, el reconocimiento del pasado y las comisiones de la verdad, y las medidas reparatorias”³⁴⁶.

En ese orden de ideas sería adecuado enfocarnos en las sanciones criminales, puesto que dichas sanciones son impuestas por una autoridad jurisdiccional, que puede ser un cuerpo colegiado o un juez individual. Y así mismo puede ser de carácter doméstico, como es el caso de la Sala de Justicia y Paz de nuestro Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá prevista en la ley 975 de 2005 para el proceso de paz con los paramilitares-; de carácter mixto es decir con un componente internacional y uno doméstico –como en el caso de los Paneles Especiales de la Corte del Distrito de Dili en Timor Este-; o de carácter internacional –como el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y los varios ejemplos que vimos durante este trabajo-. Dicha autoridad jurisdiccional determina si el procesado es penalmente responsable o no y le asigna determinada consecuencia preestablecida en su ley aplicable para sus actos, es decir, la sanción criminal.

En ese sentido, como hemos visto a través de esta monografía, en las diligencias penales tendientes a determinar la imposición de esa sanción el procesado puede defenderse de la acusación hecha por un fiscal, juez de instrucción o quien haga sus veces y lo puede hacer valiéndose de diversos medios previstos en la ley aplicable bajo la que es juzgado, uno de ellos la defensa de insanía, inimputabilidad o como se le determine en dicho sistema.

Así las cosas, de entrada podemos decir que la figura jurídica objeto de estudio es relevante para la justicia transicional en el entendido que sus objetivos se garanticen

³⁴⁵ De Gamboa Tapias, Camila; Justicia Transicional: Dilemas y Remedios para Lidar con el Pasado; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005.

Págs. 22 y 23

³⁴⁶ Opus cit. Pág. 23.

mediante sanciones criminales, sin embargo esto presenta dos preguntas: la primera, ¿por que no se predica esta relevancia en las otras tres categorías? Y la segunda, ¿Cómo se garantizan los derechos de Verdad, Justicia y Reparación en ese caso?

La primera pregunta se responde fácilmente, ya que ni las sanciones no criminales –consistentes en una depuración de la administración pública de los servidores del antiguo régimen³⁴⁷-; ni el reconocimiento del pasado mediante comisiones de verdad u otros medios –pese a que carecen de las restricciones procedimentales de los procesos penales³⁴⁸ y en ese sentido garantiza una reconstrucción histórica mas precisa³⁴⁹-; ni las medidas reparativas –pues buscan dar una ayuda económica a la víctima, que el Estado haga un reconocimiento del dolor que ellas sufrieron, y disuadir al Estado o a los particulares de cometer las conductas victimizantes³⁵⁰- son medidas que impliquen un juicio de responsabilidad tan riguroso e individual como lo debe ser el proceso penal.

En cuanto a la segunda pregunta, esta requiere una respuesta más elaborada, en consecuencia vamos a examinar cada uno de los derechos fundamentales que busca garantizar la justicia transicional comenzando por la justicia. Así las cosas, sin importar a que teoría de la justicia uno se suscriba, esta palabra en su concepto más elemental implica castigar al culpable de un acto considerado criminal y en ese sentido podríamos considerar que el excluir del castigo a una persona que cometió dicho acto a razón de que sufría una enfermedad o trastorno garantiza en ese sentido la justicia.

Más aun, a esto le podemos añadir dos elementos adicionales a tener en consideración, y son: por un lado, si hay alguna relación entre la justicia y la pena privativa de la libertad –ya que la persona con trastorno o enfermedad mental no será objeto de esta- y por otro lado, si juzgar a un enfermo mental contribuiría o no a la materialización de la justicia.

Así las cosas, podemos comenzar diciendo que de acuerdo al profesor Cornelius Prittwitz de la universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt no hay una relación directamente proporcional entre la pena privativa de la libertad y la materialización de la justicia, y en ese sentido la impunidad se predica mas bien de “la ausencia de cualquier reacción del Estado y de partes de la sociedad, el olvido y el perdón total, el “no establecer responsabilidad” la continuación rápida de la vida cotidiana de los actores y las víctimas como si nada hubiera ocurrido”³⁵¹ en consecuencia, podríamos decir que si se dieran las circunstancias objeto de nuestro estudio en un proceso penal –hagamos un lado a la sociedad y sus reacciones-, en efecto habría una reacción del Estado –el proceso- y se establecería una responsabilidad –así fuera por su ausencia- y en ese orden de ideas no podríamos hablar de impunidad.

³⁴⁷ De Gamboa Tapias, Camila; Justicia Transicional: Dilemas y Remedios para Lidar con el Pasado; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005. Pág. 25.

³⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 29.

³⁴⁹ Osiel, Mark J; Perder la Perspectiva, Distorsionar la Historia; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005. Págs. 43 a 112.

³⁵⁰ Citando a Neil Kritz, De Gamboa Tapias, Camila; Justicia Transicional: Dilemas y Remedios para Lidar con el Pasado; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005. Pág. 32.

³⁵¹ Prittwitz Cornelius; la relación entre “justicia” y la pena privativa de la libertad; cuadernos del conflicto, justicia, verdad y reparación en medio del conflicto; Fundación Ideas para la Paz; abril de 2005, ed. Legis. Pág. 29.

Por otra parte esta la tensión entre el juzgar o no a una persona con una enfermedad o trastorno mental y si tal decisión es una manera de garantizar la justicia. Y en ese sentido habría que tener en cuenta que en varios de los casos que hemos visto en esta monografía la controversia de la enfermedad o trastorno mental ha quedado o ha tratado de quedar en las diligencias preliminares de determinación de capacidad del procesado –como en los casos de Josep Nahak, Rumeka Shumei o el de Rudolph Hess quien si fue considerado capaz-.

En consecuencia, teniendo en cuenta los casos anteriormente mencionados podemos considerar que lo que se ha buscado es depurar los sistemas de procesos innecesarios para cumplir de una manera mas efectiva ese fin del Derecho Penal Internacional que es combatir la macrocriminalidad –como vimos en el capitulo anterior- y adicionalmente garantizar la justicia –como objetivo de la justicia transicional-.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que bien manejados los procesos penales pueden servir –en palabras del historiador Roger Duthie del International Center for Transitional Justice- “para combatir la impunidad, reestablecer el imperio de la ley, individualizar la culpa, y reducir los estereotipos y la estigmatización”³⁵² y que por el contrario si los “enjuiciamientos” son “agresivos, pueden promover el resentimiento, la tensión y la inestabilidad.

Por otra parte, si los enjuiciamientos son débiles o no existen, pueden ser interpretados como una amnistía total de facto. Si los juicios son selectivos, no respetan el debido proceso o son, en general injustos o percibidos como tales, pueden ser interpretados por los excombatientes como una forma de “justicia del vencedor”³⁵³.

Así las cosas, con todo lo anterior de presente podríamos justificar las declaraciones de incapacidad para estar en juicio debido a trastornos o enfermedades mentales, la liberación inmediata en caso de ser absuelto y la consecuente ausencia de una medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico; y en si, la existencia de esta circunstancia o defensa en si misma como una forma de manejar los procesos penales en un contexto de justicia transicional haciéndolos moderados, garantistas, pero a la vez permitiendo que excluyan de una manera adecuada y eficiente a aquellos procesados cuyo enjuiciamiento no sirve para sus fines.

Por otra parte, en cuanto a la verdad; podríamos decir que las indagaciones que se hacen para construir la acusación, las que hace la defensa para derribarla, las diligencias judiciales y finalmente la sentencia que determina la responsabilidad del acusado son instrumentos que construyen la verdad –o una verdad-. En ese sentido, podemos adherirnos a la postura del profesor Mark J. Osiel quien dice que debido a las formas y figuras propias del proceso penal es muy difícil hablar de una construcción histórica adecuada y que más aun es probable que los procesos penales distorsionen la construcción de la memoria colectiva³⁵⁴ es decir, mas que la verdad, es una verdad.

³⁵² Duthie, Roger, parte III: reestablecer el equilibrio: justicia y reconciliación; cuadernos del conflicto, reconstrucción, reinserción y región; Fundación Ideas para la Paz; septiembre de 2006, Pág. 32.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ Osiel, Mark J; Perder la Perspectiva, Distorsionar la Historia; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005. Págs. 43 a 112.

En ese sentido, es difícil establecer si excluir en la etapa de determinación de competencia para estar en juicio a un presunto criminal de este calibre contribuye o no a la adecuada garantía de la verdad; ya que, por un lado si consideramos que los procesos penales son herramientas idóneas para la construcción de la verdad sería importante llevar estos procesos hasta el final de todas sus etapas para así poder llevar a cabo una reconstrucción de lo sucedido. Pero por otro lado, si consideramos lo contrario, esto podría implicar hacer más complicado algo que ya de por sí es complejo y sesgado.

Así las cosas, podemos ver un aspecto adicional y es que una declaratoria de irresponsabilidad por trastorno mental podría traer un problema implícito y es que el derecho a la verdad debe ir acompañado de “reconocimiento a las víctimas”³⁵⁵ esto quiere decir que debe ser reconocida oficialmente y públicamente para elevar su validez.³⁵⁶ En ese sentido, ¿podemos decir de una declaratoria de irresponsabilidad por trastorno mental, reconoce a la víctima o no lo hace? O más aun, podríamos preguntarnos si excluir al investigado en las diligencias previas es un desconocimiento –o reconocimiento aunque es altamente debatible- de la calidad de víctima?

Para cerrar este punto basta decir que las preguntas quedan en el aire, responderlas de una manera juiciosa daría lugar a una monografía por sí misma y en ese sentido es importante resaltar que el tema objeto de esta monografía sí tiene relevancia sobre el derecho a la verdad en materia de justicia transicional, al menos desde un punto de vista de debate.

Por último, en cuanto al derecho a la reparación podemos decir que el proceso penal puede considerarse una medida de reparación en sí misma, especialmente si se tiene en cuenta que hay medidas de reparación patrimoniales dentro del proceso penal. No obstante, si estas medidas de reparación no pudieran llevarse a cabo, probablemente habrá un programa de reparación administrativa que se encargue de reparar el daño patrimonial sufrido por las víctimas y así se lograría garantizar este derecho. Pero por otra parte si la reparación se llevara a cabo pero con una declaratoria de ausencia de responsabilidad penal o de una responsabilidad penal parcial como en el caso de las circunstancias objeto de nuestra monografía se estaría cumpliendo con la garantía de reparación.

En ese sentido, hay que entender que la reparación es un proceso o un conjunto de procesos³⁵⁷. Y como tal no es tan importante con que se busca reparar a la víctima sino los procesos que tienen lugar respecto a ese “con que”³⁵⁸ y en ese sentido se podría considerar como dijimos anteriormente que la declaratoria de ausencia de responsabilidad es como proceso que es –o parte o resultado de un proceso en sentido literal- es un componente válido del derecho a la reparación.

³⁵⁵ Gómez Isa, Felipe; Verdad, Justicia y Reparación, Derechos Interdependientes; Revista Hechos del callejón; PNUD Agosto 28 de 2008; Pág. 13.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ Gómez Isa, Felipe; Verdad, Justicia y Reparación, Derechos Interdependientes; Revista Hechos del callejón; PNUD Agosto 28 de 2008; Pág. 13.

³⁵⁸ *Ibid.*

5. Conclusiones:

Éste trabajo consistió en revisar como el tema de la eximente de responsabilidad por trastorno o enfermedad mental o inimputabilidad o como se le determine en el Derecho Penal Internacional, es decir, su positivización o existencia como costumbre; en que consiste; si alguna vez ha sido concedida como defensa o circunstancia; así mismo, presentamos de una manera muy somera cuales son los medios de convicción para demostrarla, también dijimos que hubo un cambio en la terminología sobre ese punto en el Estatuto de Roma; revisamos si era posible o no hablar de una medida de internación en un centro psiquiátrico o algo similar en la justicia penal internacional como lo es en la practica común del Derecho Penal Domestico y finalmente revisamos el tema en la justicia transicional. Y de todo esto sacamos tres conclusiones:

En primer lugar, cuando revisábamos el particular en el sistema de la Corte Penal Internacional concluimos que era muy difícil, por no decir inviable considerar la posibilidad de una medida de internamiento en establecimiento psiquiátrico, con el agravante de que nunca se ha encontrado alguien exento de responsabilidad bajo esta defensa o circunstancia por un tribunal penal internacional y por lo tanto, no hay un precedente determinado del cual valerse.

En segundo lugar, respecto a la justificación de la existencia de esta figura en el Derecho Penal Internacional, podemos concluir que debido a el Derecho Penal Internacional consagra la responsabilidad penal individual y que la conducta criminal se configura -a la usanza del common law- por dos elementos Mens Rea y Actus Reus que deben ser probados, la eximente de responsabilidad penal por trastorno o enfermedad mental es una forma de demostrar la ausencia de intención criminal y en consecuencia la ausencia de responsabilidad penal o su presencia de otra forma –según sea el caso-. Adicionalmente podemos ver que el Derecho Penal Internacional tiene su objeto en la sanción y persecución de lo que conocemos como “macrocriminalidad política”. Y en ese sentido cumple dicho objeto a través de la persecución y juzgamiento de los individuos que cometan aquellas conductas reconocidas como crímenes y que estén cobijadas bajo el manto de dicha macrocriminalidad.

Con estas dos cosas en mente, debemos decir que para cumplir este objeto el Derecho Penal Internacional se estructura sobre una base –como hemos dicho antes- de responsabilidad penal del individuo y en ese sentido ya desde el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se estableció lo siguiente:

*“Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen aquellos crímenes es que lo dispuesto en el derecho internacional puede tener efecto”*³⁵⁹³⁶⁰

³⁵⁹ Traducción por el autor de esta monografía, en ingles original:

“Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.”

³⁶⁰ Judgment, Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language Volume 1, Pág. 223.

En consecuencia la defensa o circunstancia eximente de responsabilidad penal por trastorno o enfermedad mental tiene su razón de ser en que el acusado debe ser juzgado por los actos que en efecto material e intencionalmente cometió, y más importante aun que los cometió siendo amo y señor de sus actos ya que bien lo establece el derecho común de donde saca el Derecho Penal Internacional su estructura del delito “la mera acción de un acto no hace culpable, a no ser que haya una mente culpable”³⁶¹ y en ese sentido la defensa o circunstancia objeto de nuestro estudio tiene un doble carácter de garantía para el procesado por un lado, y por otro, de un medio para castigar y perseguir de una manera mas efectiva la “macrocriminalidad política”

Y finalmente, en tercer lugar, podemos concluir que el Derecho Penal Internacional en su labor también ayuda a instrumentalizar la justicia transicional y en consecuencia podemos hablar de una complementación reciproca, así al garantizar sus propios objetivos, el Derecho Penal Internacional es y ha sido un instrumento efectivo en la transición de un régimen opresivo a uno democrático y así mismo los diversos mecanismos para garantizar la verdad, justicia y reparación de la justicia transicional pueden llegar a contribuir en el objetivo del Derecho Penal Internacional de sancionar y perseguir la “macrocriminalidad política”, y en este sentido podemos decir que la circunstancia objeto de nuestro estudio sirve como un filtro para lograr que estos fines se lleven a cabo de una manera mas efectiva dejando a los verdaderos responsables para ser juzgados y liberando a los jueces de cargas innecesarias.

³⁶¹ James, Philip, Introducción al Derecho Ingles, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág. 144.

Bibliografía.

1. Doctrina:

- Shaw, Malcolm N; International Law 6ª edición; Cambridge University Press 2008.
- Malanczuk, Peter; Akehurst's Modern Introduction to International Law, seventh revised Edition; ed. Routledge, 7ª edición, 1997.
- Kai, Ambos. Parte General del Derecho Penal Internacional, 2005. ed. Temis.
- Zagrebelsky, Gustavo; El Derecho Dúctil. Ley, derechos, Justicia; ed. Trotta 4ª edición 2002.
- Agudelo Betancur, Nodier, lección 22: imputabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002.
- Guerrero Lebrón Macarena, Fernández de Bujan Alberto; La Injuria Indirecta en el Derecho Romano, ed. Dykinson.
- Velázquez V. Fernando, manual de Derecho Penal, parte general. Tercera edición, ed Temis, 2004.
- Esbec Enrique, Manual de Psicología Jurídica y Forense. Consejo general del Poder Judicial y Corte Suprema de Justicia. Tegucigalpa, Honduras, 2006. Tomado de documento del Centro Internacional de Formación e Investigación en Psicopatología Criminal y Forense.
- Bonnesara Cesare, Marques de Beccaria, De Los Delitos y Las Penas, Traducción de Juan Antonio de las Casas. Beccaria y su Obra, estudio previo de Guillermo Cabanellas.
- Rodríguez, Agustín W, Galetta de Rodríguez Beatriz, fundamentos del Derecho Penal y Criminología ed. Juris, 2001.
- Ferri, Enrico; “Teoría de la Imputabilidad y Negación del Libre Albedrío.”
- Reyes Echandia, Alfonso, Derecho Penal, Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia 3ª edición. 1974.
- Ferri. Enrico. Defensas Penales, Ed. Temis, 200. Traducido por Jorge Guerrero. Pág. 135.
- Velázquez v. Fernando, Manual de Derecho Penal, parte general. ed. Comlibros, 2007. Pág. 408.
- Córdoba Angulo, Miguel, lección 21: culpabilidad, lecciones de Derecho Penal, Ed. Externado, 2002.

- Reed Hurtado, Michael, Judicialización de crímenes de sistema, Centro Internacional para la Justicia Transicional (2008).
- Laverde Aponte, Vicente, Temas Penales y de procedimiento penal, ed. Temis, 1960.
- James, Philip, Introducción al Derecho Ingles, ed. Temis 1996, traducido por Jesús Torres García. Pág.
- Blackstone William, Blackstone's Commentaries on the law of England, Oxford : impreso en Clarendon Press, 1765-1769.
- Mateo Ayala Eladio José, La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado: Alemania. Italia. Francia, primera edición, ed. Dykinson 2007.
- Pradel J, Droit Pénal, tome I, droit pénal général, éditions Cujas, 11^a édition, Paris 1996.
- Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, ed. Tirant lo Blanch , 2005.
- Brown, Keith; The past in question, Modern Macedonia and the uncertainties of nations, Princeton University Press, 2003.
- Schabas William A, The Un international Tribunals, The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone; Cambridge University Press, primera edición, 2006.
- Altava Laval, Manuel Guillermo (coordinador) varios autores, Lecciones de Derecho Comparado; ed Universitat Jaume I, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Manual de Derecho Penal, parte general. Sexta edición, ed. Ediar, 1996.
- Sotomayor A, Juan Oberto; Inimputabilidad y Sistema Penal; ed. Temis, 1996.
- Mantilla Jácome, Rodolfo; La Imputabilidad y la Inimputabilidad Penal; 2^a edición, ed. Temis 2008.
- Crawford James, the Work of the International Law Commission, The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol I, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002.
- Lee, Roy S. The International Criminal Court, the making of the Rome Statute, issues, negociation; results; Springer publishings, primera edición, 1999.

- Ambos, Kai; Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility. The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol I, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002.
- Cassese, Antonio; International Criminal Law, Oxford University Press, 2008 ,segunda edición.
- Alain, Pellet; Applicable Law. The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol II, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002.
- Dupuy, Pierre-Marie; International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State; The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary Vol II, editors Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R.W.D. Jones; Oxford University Press, 2002.
- LexisNexis, LexisNexis Capsule Summary, Criminal Law 2004 LexisNexis, a division of Reed Elsevier Inc. All rights reserved.

2. Ensayos, Informes, Tesis, Artículos y Journals:

- Mesa Azuero, José Gregorio, Otero Orjuela Carlos Alberto; La inimputabilidad, la revisión de un proceso, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Medicina, Departamento de Psiquiatría y Salud Mental, Bogotá. 2006.
- L'irresponsabilité pénale des malades mentaux, les documents de travail du sénat, série législation comparée, 2004, sénat français.
- Cassese, Antonio; On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression; Leiden Journal of International Law, 20 (2007).
- Parma, Carlos. Referencias válidas en el Derecho Penal Actual. <http://www.carloparma.com.ar/doctrina.html>.
- Ruiz Lopez Pedro M; Análisis De La Calidad Asistencial En La Patología Litiasica Biliar Quirurgica Universidad Complutense de Madrid, febrero de 1991 (tesis)
- Bernate Ochoa Francisco, El sistema Penal debe construirse a partir de finalidades que se el asignen y del modelo de Estado. ¿cambio en el paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo?, revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Volumen 7 Numero 1, 2005.
- Ingersoll Robert, The Law Is A Ass Installment number 190, 04/ 01 2003 www.worldfamouscomics.com/law/back200330.shtml

- Collins, Kimberly; Hinkebein, Gabe; Schorgl, Staci (3Ls). The John Hinckley Trial & Its Effect on The Insanity Defense.
- <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/hinckley/hinckleyinsanity.htm>
- Spring, Raymond L. The end of Insanity, Washburn Law.Journal. volumen 19, nº 36 1979-1980.
- Donna Edgardo Alberto, Capacidad de Culpabilidad o Imputabilidad, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos aires, 1996, Pág. 46.
- Linton, Suzannah; New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor; RICR Mars, IRRC March, 2002.
- Granados Peña, Jaime Enrique, la inimputabilidad aminorada o disminuida; Estudios Penales, homenaje al maestro Bernardo Gaitan Mahecha, Pontificia Universidad Javeriana, ed. Legis, 1ª edición 2005.
- Yeo, Stanley, the insanity defence in the criminal law of the commonwealth of nations; Singapore Law Journal of Legal Studies, Nº 214, diciembre de 2008.
- De Gamboa Tapias, Camila; Justicia Transicional: Dilemas y Remedios para Lidar con el Pasado; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005.
- Osiel, Mark J; Perder la Perspectiva, Distorsionar la Historia; Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 7; Centro Editorial Universidad del Rosario; Agosto de 2005.
- Prittwitz Cornelius; la relación entre “justicia” y la pena privativa de la libertad; cuadernos del conflicto, justicia, verdad y reparación en medio del conflicto; Fundación Ideas para la Paz; abril de 2005, ed. Legis.
- Duthie, Roger, parte III: reestablecer el equilibrio: justicia y reconciliación; cuadernos del conflicto, reconstrucción, reinserción y región; Fundación Ideas para la Paz; septiembre de 2006.
- T. Meron, ‘International Responsibility of States for Unauthorised Acts of Their Officials’, 33 BYIL 1957.
- Gómez Isa, Felipe; Verdad, Justicia y Reparación, Derechos Interdependientes; Revista Hechos del callejón; PNUD Agosto 28 de 2008; Pág. 13.

3. Jurisprudencia Domestica e Internacional:

- Corte Constitucional colombiana sentencia C-578 de 2002

- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia Cámara de apelación Procurador c/ Duško Tadic. Sentencia del 2 de octubre de 1995. Caso No IT-94-1-AR72, en 35 ILM 32 (1996).
- Reino Unido: R. vs. Jones y otros, decidido por la Casa de los Lores el 26 de marzo de 2006.
- Sentencia C-297 de 2002, Corte Constitucional Colombiana, MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C-176 de 1993, Corte Constitucional Colombiana, MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal, casación del 8 de mayo de 1958, LXXXVII (2195-6)
- Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal, casación del 13 diciembre de 1958 LXXXIX (2203-5)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Rodolfo Mantilla Jacome, Radicación 2490 del 30 de Agosto de 1988.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Jorge Enrique Valencia M, Radicación 9201 del 1º de Noviembre de 1994.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Jorge Aníbal Gómez Gallego, acción de revisión. Radicación 16785 del 19 de diciembre de 2001.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, acción de revisión. Radicación 25056 del 11 de Julio de 2007.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Julio Enrique Socha Salamanca. Radicación 23417 del 02 de diciembre de 2008.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Sigifredo Espinoza Pérez, Radicación 29118 del 23 de abril de 2008.
- U.S. Supreme Court, *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952) U.S 251
- U.S Supreme Court, *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64 (1994)
- U.S. Supreme Court, *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952) U.S 251, U.S 257
- U.S. Supreme Court, *Robinson v. California* 370 U.S. 660 (1962)

- Editor's comments High Court of Justice, Queen's Bench Division, R v. Byrne, June 20 1960 [1960] 2 QB 396.
- U.S. Supreme Court Foucha v. Louisiana, 504 U.S. 71 (1992).
- U.S. Supreme Court Jones v. United States, 463 U.S. 354, 370 (1983).
- Caso Kordić et al, (IT-95-14/2-T) fallo del 26 de febrero de 2001.
- Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language Volume 1.
- Order of the Tribunal rejecting the motion on behalf of Defendant Hess, and designating a commission to examine Defendant Hess with reference to his mental competence and capacity to stand trial; Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language. Volume 1.
- Report of commission to examine Defendant Hess, Attachment II Report, Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language. Volume 1.
- Judgment, Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language. Volume 1.
- Parte X, final statement of the defendants, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946 - April 1949, Volume IV, ("Green Series) (the "Einsatzgruppen case").
- Parte XI, Opinion and judgment, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946 - April 1949, Volume IV, ("Green Series) (the "Einsatzgruppen case").
- Tribunal Militar de Oriente Lejano, XLII; Tokyo Major War Crimes Trial; ed. John Pritchard, 1998.
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Juzgamiento, Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a "Pavo", Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a "Zenga", caso numero IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998.

- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Apelaciones, Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravco Mucic a.k.a “Pavo”, Hazim Delic, & Esad Lanzo a.k.a “Zenga”, caso numero IT-96-21-A del 20 de febrero de 2001.
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; Cámara de Apelaciones, Prosecutor vs. Goran Jelusic, caso número IT-95-10-A del 5 de julio de 2001.
- Dili District Court, Special Panels for Serious Crimes; Deputy General Prosecutor for Serious Crimes V. Josep Nahak; caso numero 01a/2004 del 1 de Marzo de 2005.
- International Criminal Tribunal to the former Yugoslavia , Appeals Chamber, 29 de Octubre de 1997, caso Blaškić, referencia: IT-95-14- AR108bis.
- Nuremberg Trial, first day, November 20, 1945; Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nuremberg 14 November 1945- 1 October 1946; published at Nuremberg Germany, 1947. Official text in the English language Volume 1.
- Amended Indictment; Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946 - April 1949, Volume IV, ("Green Series) (the "Einsatzgruppen case")
- Corte Permanente de Justicia Internacional, Phosphates in Morocco, Judgment; 1938, P.C.I.J; Series A/B, No. 74; parágrafo 10.
- Corte Internacional de Justicia; caso hermanos LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos de America); 27 de junio de 2001.
- Corte Internacional de Justicia; caso del personal diplomático y consular en Teherán (Estados Unidos de America vs. Irán) de 1980.
- Corte Internacional de Justicia; Caso Concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio(Bosnia Herzegovina vs. Serbia y Montenegro); 26 de febrero de 2007.
- Corte Internacional de Justicia; opinión consultiva concerniente a las Diferencias Relativas a la Inmunidad de Jurisdicción de Proceso Legal de un Reportero Especial; 1999.
- Caso Caire 5 United Nations Reports of International Arbitral Awards, Pág. 516 (1929); 5 Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (now International Law Reports).
- Caso Velásquez Rodríguez, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Series C, No. 4, 1989.

- Ilascu v. Moldova y Rusia, Corte Europea de Derechos Humanos, fallo del 8 de julio de 2004.
- Caso Youmans 4 United Nations Reports of International Arbitral Awards, Pág. 110 (1926); 3, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (now International Law Reports).
- Union Bridge Company 6 United Nations Reports of International Arbitral Awards, Pág. 138 (1924); 2 Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (now International Law Reports)
- Corte Internacional de Justicia; caso concerniente a las actividades paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua Vs. Estados Unidos)
- Corte Internacional de Justicia, opinión concerniente a la presencia de Sudáfrica Namibia (Namibia vs. Sudáfrica) opinión consultiva del 21 de junio de 197.

4. Legislación Domestica:

- Alfonso X, Las siete Partidas, Reproducción facsímil de la edición de Madrid, en la Imprenta Real, 1807. Localización: Biblioteca General de la Universidad de Alicante. Sig. D/BG 347/ ALF/sie.
- Las siete partidas del Rey D. Alfonso X el Sabio glossadas por... Gregorio Lopez... Partida primera / [corregidas y publicadas por] Joseph Berni y Catalá, Editor Monfort, Benito. Fecha 1767 publicada en Valencia España.
- Ley 599 de 2000.
- Constitución Política de la Republica de Colombia de 1886.
- Decreto 100 de 1980
- Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act de 1991
- Código Federal de los Estados Unidos de America.
- Código Penal Francés de 1994.
- Código penal francés de 1810
- Código de Procedimiento Penal Frances.
- Código Civil Colombiano.

- Sierra Leone Criminal Procedure Act of 1965.
- Ley 600 de 2000.
- Ley 906 de 2004.

5. Instrumentos Internacionales y de Carácter Mixto:

- Tratado de Versalles, Junio 28 de 1919.
<http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/all440.html>
- Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, puesta a firma y ratificación el 9 de diciembre de 1948 mediante resolución 260 A (III) de la Asamblea General de la ONU.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.
- Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.
- Reglas de Procedimiento y Prueba para la Corte Penal Internacional.
- International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) Charter.
- Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.
- Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.
- Reglas de Procedimiento y Prueba para el Tribunal Penal Internacional para Rwanda.
- Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Especial para Sierra Leona.
- UNTAET Regulation No. 2000/15, “ On The Establishment Of Panels With Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences”.
- “UNTAET Regulation No.2000/30 on the Transitional Rules of Criminal Procedure”.
- Regulación de la UNTAET 1999/1.
- Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1954, vol. II; Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II (part 2).

- Draft Statute for an International Criminal Court Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II (part 2).
- Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 25 March-12 April 1996; A/AC.249/CRP.3/Add.1 8 April 1996.
- Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001; texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53 en 2001; reporte de la Comisión a la asamblea general (A/56/10); también en Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, parte dos.

6. Artículos de Prensa, Diccionarios y Literatura:

- Luzón Peña, Diego-Manuel (director); Enciclopedia Penal Básica; editorial Comares S.L., 2002.
- Tomeo, Javier, A propósito de los criminales natos y de los otros, periódico El Mundo (España) martes, 27 de febrero de 1996. AÑO VIII Numero 2.296
- Diccionario Merriam-Webster Harvard Medical School.
- Asimov, Isaac; The Golden Door- The United States from 1865 to 1918, Alianza Editorial, 1977.
- Asimov, Isaac, book of Facts.
- Timeline: Bosnia-Herzegovina,
http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/country_profiles/1066981.stm.
- Rwanda: How the genocide happened,
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/1288230.stm>
- http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/country_profiles/1508119.stm
- Q&A: Sierra Leone's hostages, BBC,
http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1999/01/99/sierra_leone/252822.stm#map
- Sierra leone timeline, BBC News, Africa,
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/741070.stm>

- Sierra Leone: Worse than Kosovo?, Saturday, July 3, 1999 Published at 16:49 GMT 17:49 UK,
http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/from_our_own_correspondent/383985.stm
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en castellano
<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>.
- <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/E/EjusdemorEiusdemGeneris.aspx>
- <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/B/BalanceofProbabilities.aspx>