

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El supuesto de *duress*: ¿Mecanismo de defensa ante
crímenes internacionales u otro método de impunidad?**

Helen Juliana Arturo Silva

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Helen Juliana Arturo Silva

Código: 00214152

Cédula de identidad: 1726070616

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

EL SUPUESTO DURESS: ¿MECANISMO DE DEFENSA ANTE CRÍMENES INTERNACIONALES U OTRO MÉTODO DE IMPUNIDAD?¹

TOWARDS AN EFFECTIVE BORDER MEASURES REGIME TO COMBAT ILLICIT TRADE IN ECUADOR

Helen Juliana Arturo Silva ²
july.dftba.13@gmail.com

RESUMEN

Aunque duress puede ser una defensa válida en el plano internacional, su aplicación presenta serias preocupaciones ya que puede resultar excesiva. El presente estudio propuso una nueva alternativa para lograr un equilibrio entre justicia y responsabilidad en el derecho penal internacional, al establecer que sus efectos deben ser matizados al considerarse como una defensa parical. En efecto, mediante métodos mixtos de investigación se analizó exhaustivamente como la defensa de puede ser mal utilizada en cuanto a la ambigüedad de sus requisitos. De esta forma, se reveló que es necesaria la introducción de los conceptos de autoría y formas de participación en el crimen para determinar quien realmente es responsable y evitar el abuso de este supuesto. De tal forma que, es imperante el estudio interseccional de las figuras de responsabilidad de mando y obediencia de superiores para evitar contradecir el propósito de la Corte Penal Internacional .

PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional Penal, Coacción o Miedo Insuperable, Justicia Internacional, Participación.

ABSTRACT

Although duress can be a valid defense in international law, its application raises serious concerns as it can be excessively broad. This study proposed a new alternative to achieve a balance between justice and accountability in international criminal law, suggesting that its effects should be nuanced by considering it as a partial defense. Using mixed research methods, the study thoroughly analyzed how the defense of duress can be misused due to the ambiguity of its requirements. It revealed the need for the introduction of concepts such as authorship and modes of participation in the crime to determine who is truly responsible and prevent abuse of this defense. In this way, an intersectional study of command responsibility and superior orders is essential to avoid contradicting the purpose of the International Criminal Court. This approach aims to ensure that duress does not undermine accountability for those accused of serious international crimes.

KEY WORDS

International Criminal Law, Duress or Irresistible Fear, International Justice, Participation.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Albán Alencastro.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DERECHO INTERNACIONAL PENAL.- 5.1 RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL Y SUS EXIMENTES.- 6. NATURALEZA JURÍDICA DE DURESS COMO DEFENSA.- 6.1 EVOLUCIÓN EN LOS SISTEMAS DE COMMON Y CIVIL LAW.- 7. CARACTERÍSTICAS Y CRITERIOS DE LA DEFINICIÓN DEL ARTÍCULO 31.- 7.1 DISTINCIÓN ENTRE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD.- 7.2 LIMITACIONES E INCOMPATIBILIDAD DE DURESS COMO DEFENSA COMPLETA.- 8. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA.- 8.1 LA RESPONSABILIDAD DE MANDO.- 8.2 LAS ÓRDENES DE SUPERIOR.- 9. PROPUESTA DE REVISIÓN: DURESS COMO DEFENSA PARCIAL.- 10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

No se discute que un sistema de justicia penal internacional deba prever motivos por los que una persona pueda quedar exenta de responsabilidad por los actos cometidos en escenarios extraordinarios, producto de factores drásticos que afectan la imputabilidad de su comportamiento. Sin embargo, las causas de exclusión que recoge el Estatuto de Roma, ER, resultan ser problemáticas debido a cómo se ha configurado su redacción.

Esto se traduce, concretamente, a que no se expone una restricción sobre la manera en que deben utilizarse³. Dado que determinar la admisibilidad de una de ellas puede dar lugar a la alteración de los criterios de atribución de responsabilidad penal⁴, esta laguna da origen a un conflicto que requiere delicada atención.

En el derecho penal nacional, la palabra que denota la negación de responsabilidad ante una acusación es defensa⁵. A este respecto, es evidente que las consideraciones anteriores encajan en este paradigma, ya sea como ‘respuestas’ completas o como argumentos que podrían mitigar la responsabilidad y, en consecuencia, el castigo⁶.

En lo que atañe al Derecho Internacional Penal, DIP, la defensa de *duress* se considera una de las más importantes desde un punto de vista práctico⁷. Este supuesto,

³ Javier Dondé Matute, “Responsabilidad penal internacional: los nuevos escenarios dogmáticos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2018), 451–78, doi:10.22201/ijj.24487872e.2018.18.12107.

⁴ Joshua Dressler, “Some Very Modest Reflections on Excusing Criminal Wrongdoers”, *Texas Tech Law Review* 42 (2009), 1-9.

⁵ William Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes* (Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2000).

⁶ William Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*.

⁷ Kai Ambos, “Other Grounds for Excluding Responsibility” En *International Criminal Law*, editado por Michael Bohlander, 231-253 (Oxford: Hart Publishing, 2013).

alude a lo que opera como estado de necesidad exculpante por coacción o miedo insuperable. Consiste en que el sujeto activo del hecho actúa ilícitamente sólo porque se encuentra bajo circunstancias excepcionales al estar sometido a una fuerte presión externa. No obstante, la forma en que se ha codificado le ha otorgado un rango de aplicación más amplio de lo que quizás tendría en otras jurisdicciones, sin que se establezcan salvedades sobre su implementación, aún para el crimen de genocidio⁸.

Como tal, parece que su inclusión en el ER tiene un efecto socavador sobre el propósito de la Corte Penal Internacional, CPI, ya que su naturaleza es maleable⁹. Es bajo el umbral de la proporcionalidad que *duress* en especial resulta tan difícil de comprender en el contexto del ER¹⁰. Existe un desacuerdo, reflejo de la incertidumbre moral común al respecto que subraya la cuestión esencial con la que se enfrenta este trabajo: ¿presenta el miedo natural humano al dolor y a la muerte un argumento moral tan poderoso como para superar todos los tabúes morales deontológicos y eximir completamente al actor de responsabilidad por hacer cosas horribles a personas inocentes?

Por tanto, esta última noción de exclusión total es de carácter confuso, particularmente dada la jurisdicción sobre crímenes graves que la CPI maneja. A la luz de esto, es necesario examinar las consecuencias que acarrea su posible aceptación. La pregunta de investigación se encamina a determinar qué parámetros de la norma establecida en el ER deben revisarse para que la imputabilidad de los individuos acusados de crímenes internacionales no se vea afectada de forma negativa.

En cuanto a la metodología, el análisis partirá con un enfoque deductivo donde, se presentarán las características y limitaciones de *duress* en el DIP. Luego, se considerarán los factores propios de su autonomía que han desatado controversia dentro de la materia a partir de un enfoque cualitativo. La segunda sección, examinará las razones para hacer uso de esta defensa, incluyendo un análisis dogmático del trabajo de los más juristas destacados en este ámbito y de la jurisprudencia de anteriores tribunales penales internacionales.

En cuanto a su aplicación y funcionamiento, se profundizará en los límites que pueden imponer el propio ER y el derecho internacional consuetudinario, sobre todo, cuando el uso de las defensas está prohibido o restringido respecto de determinados

⁸ Vera Bergelson, "Duress Is No Excuse", *Ohio State Journal of Criminal Law* 15 (2018), 398-428, doi: 10.2139/ssrn.3228775.

⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford Inglaterra: Oxford University Press, 2008).

¹⁰ Sarah J Heim, "The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians" *Cornell International Law Journal* 46 (2013), 166-190.

crímenes. También se explorará el potencial de esta última posibilidad, dado el uso de términos diferentes en las causas de exclusión de la responsabilidad penal del artículo 31 del ER, y la defensa de órdenes superiores, que pretende disminuir la responsabilidad penal.

2. Estado del Arte

A continuación, se detallará el estado de la literatura existente en torno a la complejidad de la aplicación y aceptación del supuesto *duress* en los tribunales internacionales. El presente apartado se enfoca en explorar la interseccionalidad de los parámetros que surgen al plantear esta defensa y la necesidad de su estricta interpretación.

Según indica Ambos, aunque no hay una barrera jurídica que invalide esta defensa *a limine*, su implementación en la práctica suele fallar por la dificultad de probar sus precisos requisitos fácticos¹¹. Así, el autor recalca la importancia de evaluar las circunstancias propias de cada caso, tanto en términos del peligro que enfrenta el acusado, como de las normas internacionales aplicables¹². Esta postura contribuye a la discusión sobre los límites de la defensa de *duress* en casos de crímenes internacionales. Además, ofrece un marco para entender cuándo y cómo el DIP podría adoptarla.

En lo que respecta a Risacher, enfatiza que *duress* no corresponde a un supuesto de justificación de la conducta, sino a una causa de exculpación de la misma¹³. Esto implica que la voluntad del individuo coaccionado se ve comprometida al punto de impedirle tomar una decisión libre, razón por la que comete el hecho ilícito, careciendo de culpabilidad moral¹⁴. A raíz de esta observación, queda claro que la CPI debe aplicar un criterio dual que debe condenar las acciones del perpetrador¹⁵, pero que a la vez le puede absolver de responsabilidad por gravedad de la amenaza que enfrenta.

En la misma línea, Chiesa argumenta que sería injusto castigar a una persona que comete un acto ilícito debido a una amenaza extrema sobre su propia vida, ya que exigir heroísmo en este caso es excesivo¹⁶. Plantea la duda de si la defensa de *duress* debería depender en que el daño que causa el acusado sea estrictamente proporcional al daño que

¹¹ Kai Ambos, *La parte general del Derecho Penal Internacional* (Berlin, Alemania: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005).

¹² Kai Ambos, *La parte general del Derecho Penal Internacional*.

¹³ Benjamin Risacher, "No Excuse: The Failure of the ICC's Article 31 'Duress' Definition", *Notre Dame Law Review* 89 (2014), 1403 -1426.

¹⁴ Benjamin Risacher, "No Excuse: The Failure of the ICC's Article 31 'Duress' Definition".

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Luis Chiesa, "Duress, Demanding Heroism and Proportionality: The Erdemovic Case and Beyond", *Vanderbilt Journal of Transitional Law* 741 (2008), 742 -773, doi:10.2139/ssrn.1019286.

intentaba evitar al ceder ante la coacción¹⁷. Este aporte cuestiona si la existencia de esta equivalencia debería ser una condición fundamental para admitir la defensa, o si, existen casos en los que su empleo que debería flexibilizarse.

En contraposición, Osiel destaca que, a pesar de la presión psicológica y el riesgo de castigo, el Derecho Internacional Humanitario, DIH, mantiene que la comisión de ciertos crímenes atroces como el asesinato de inocentes, nunca pueden ser excusados¹⁸. Ante esto, Cassese recalca que basta con que las órdenes sean manifiestamente ilícitas o contrarias al derecho internacional y a los derechos humanos, para que sea el deber de un soldado desobedecerlas¹⁹. Por consiguiente, estos autores cuestionan la admisibilidad de *duress* en entornos militares, dado que la subordinación no puede ser un escudo absoluto.

Por último, Moran examina que la exigencia de inminencia en el ER restringe significativamente al supuesto en situaciones donde la amenaza es grave y persistente, pero no necesariamente próxima²⁰. Esto implica un desafío para contextos como los conflictos armados, donde debe valorarse que la sustancia de *duress* puede no limitarse a un único momento²¹. Este enfoque complementa el objeto de estudio, ya que reflexiona sobre qué pautas son adecuadas para su correcta aplicación y cómo deben evaluarse.

3. Marco Normativo

La única regulación respecto de la exclusión de la responsabilidad penal la contiene el artículo 31 del ER, de la CPI de 1998. Su primer apartado esclarece exhaustivamente las circunstancias de exoneración que domina: i. trastorno o incapacidad mentales, ii. intoxicación, iii. defensa propia o de otros, y, iv. coacción o *duress*²².

Aunque esta última disposición impone ciertos requisitos estrictos para ser alegada, su composición introduce conceptos propios del estado de necesidad, creando confusión e incertidumbre en su interpretación jurídica y en su instauración²³. El aporte a la cuestión que presenta este enfoque es esclarecer esta ambigüedad en la norma.

¹⁷ Luis Chiesa, “Duress, Demanding Heroism and Proportionality: The Erdemovic Case and Beyond”.

¹⁸ Mark Osiel, “Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War”, *California Law Review* 86 (1998), 944-971.

¹⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*.

²⁰ Clare Frances Moran, “A Perspective on the Rome Statute’s Defence of Duress: The Role of Imminence”, *International Criminal Law Review* 18 (2018): 154–77, <https://doi.org/10.1163/15718123-01801001>.

²¹ Clare Frances Moran, “A Perspective on the Rome Statute’s Defence of Duress: The Role of Imminence”.

²² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, 2187 U.N.T.S. 90, artículo 31.

²³ Kai Ambos, “Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Actualidad Penal* 44 (2000).

A la par, un análisis de la mano de los artículos 25 y 28 del ER, es de relevancia para una comprensión más matizada de las posibles acciones individuales que pueden desencadenarse bajo presión extrema²⁴. A esto se agrega la posibilidad de influencia de agentes que crean condiciones que pueden exacerbar el fenómeno de *duress*²⁵.

Ahora bien, al ser los preceptos del ER aplicables a todos los crímenes bajo la competencia de la CPI, los ‘más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto’²⁶, los tribunales internacionales permiten que se invoque la defensa para cualquiera de ellos²⁷. A este respecto, y a falta de una línea de derecho internacional consuetudinario claramente establecida sobre el tema, los jueces se han basado en los principios generales de DIP para determinar el alcance de *duress* por caso individual²⁸.

Esto se ha definido en los precedentes jurisprudenciales más importantes en la materia, como en los Juicios de Nuremberg, en el caso Einsatzgruppen 1948²⁹; en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, TPIY, en el caso Erdemović 1998³⁰ y en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, TPIR, en el caso Musema 2000³¹. Todas estas sentencias subrayan la complejidad de la defensa de *duress* en el DIP, desde su reconocimiento hasta la discusión sobre si la coacción o miedo insuperable pueden realmente influir en la capacidad de un individuo para tomar decisiones éticas y legales.

Finalmente, se utilizará la opinión disidente del juez Cassese, quien expresó un profundo compromiso con la consecución de un resultado equitativo, argumentando que la justicia no debe consistir únicamente en sancionar, sino también en comprender los factores subyacentes que conducen hacia el comportamiento delictivo³². Esta visión holística enmarca nuevos criterios a tomarse en cuenta dentro del contexto planteado.

4. Marco Teórico

²⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 25.

²⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 28.

²⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 5.

²⁷ William Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*.

²⁸ Josephina S.R. Manifold, “What Is the Law on Duress under International Criminal Law (ICL)? Is It a Defence (Full or Partial)? If Not, What Effect Does It Have in Mitigating Culpability?”, *War Crimes Memoranda* (2008), 1-35.

²⁹ Caso *Einsatzgruppen*, en *Juicio de los Grandes Criminales de Guerra Ante el Tribunal Militar Internacional*, Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 - 1 de octubre de 1946.

³⁰ Caso No. IT-96-22-A, *Prosecutor vs. Drazen Erdemović*, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 29 de septiembre de 1998.

³¹ Caso No. ICTR-96-13-T, *Prosecutor vs. Alfred Musema*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 27 de enero de 2000.

³² Caso No IT-96-22-A, *Prosecutor vs. Erdemovic*, sentencia de 7 de octubre de 1997, opinión separada y disidente del juez Cassese.

A través de una combinación de planteamientos de derecho penal y DIP, la presente sección explora las corrientes argumentativas fundamentales para precisar los términos sobre cómo debe funcionar la exculpación o reducción de responsabilidad en situaciones donde *duress* juega un papel preponderante.

En cuanto a la postura objetivo-formal, se encuentra la teoría del dominio del hecho, que destaca que para delimitar quién es responsable no sólo importa la participación física, sino quién tiene el control decisivo sobre la ejecución del acto³³. Bajo esta perspectiva, cuando alguien obra a través de otra persona, utiliza a este individuo como un instrumento para cometer el crimen³⁴. Así, el dominio de la acción pasa a residir en el sujeto que ejerce la amenaza dado que, a partir de su control, la voluntad y la autodeterminación del coaccionado se encuentran suprimidas³⁵.

Con relación a esto, Olásolo propone evaluar los conceptos de autoría y participación, que tienen peso especial en el DIP, buscando evitar que los autores directos de estos crímenes evadan la justicia bajo el alegato de *duress*³⁶. Es imperativo poder calificar como autores a aquellos líderes políticos y militares que juegan un rol clave en la comisión de los delitos internacionales, ya que su gravedad moral no es inferior a la de los subordinados que llevan a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo³⁷.

En contraste, la postura subjetiva aboga por restringir la culpabilidad a quienes participaron materialmente en los crímenes³⁸. Para el finalismo, sólo quienes ejecutan el delito de manera activa y con plena conciencia del acto ilícito pueden ser responsables³⁹. Si se determina que el autor entendía las consecuencias de su acción y tenía un propósito delictivo, será culpable. Por ende, *duress* podrá ser un factor atenuante pero no eliminará la responsabilidad individual, ya que el elemento subjetivo, la intención, persiste⁴⁰.

Consecuentemente, si se establece que la persona no tenía control sobre la situación debido a coacción o miedo insuperable, entonces podría no serle imputable el

³³ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid, España: Ediciones Jurídicas de Castilla y León, 2006).

³⁴ Héctor Olásolo Alonso, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, (Bogotá, Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2009), 340.

³⁵ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.

³⁶ Héctor Olasolo Alonso, “Los fines del derecho internacional penal”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 14 (2017), doi:10.11144/Javeriana.il14-29.fdiip.

³⁷ Héctor Olásolo, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*.

³⁸ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (New York, Estados Unidos: Oxford University Press, 2000).

³⁹ Hans Welzel, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (Montevideo, Uruguay: Editorial B de f, 2006).

⁴⁰ Hans Welzel, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*.

resultado delictivo⁴¹. De esta forma, los preceptos expuestos por ambas teorías examinan si el autor realmente quería cometer el delito o si simplemente fue forzado a actuar sin que su voluntad estuviera completamente alineada con el acto que realizó.

Mientras la teoría del dominio del hecho busca establecer un marco más amplio para determinar responsabilidad, la teoría de la culpabilidad subjetiva introduce un componente de humanidad, sugiriendo que las circunstancias personales y contextuales deben ser consideradas⁴². Para los fines del trabajo planteado, corresponde realizar un análisis bajo la perspectiva de que la responsabilidad individual también radica en la capacidad de decisión y mando del individuo, y no solo en la ejecución material del crimen.

5. Derecho Internacional Penal

Es una rama del Derecho Internacional Público que emplea figuras del derecho penal general en el plano internacional, combinando elementos de cada ordenamiento⁴³. En este sentido, su carácter material se concreta en principios que rigen la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de trascendencia internacional⁴⁴. Su propósito es fijar conductas, procedimientos y determinar consecuencias jurídicas para ilícitos que atentan contra los intereses colectivos de la comunidad internacional y del individuo⁴⁵.

Si bien los Estados pueden proteger estos bienes jurídicos en su fuero interno, cuando no pueden, o no quieren hacerlo, el derecho internacional lo hará actuando como mecanismo complementario⁴⁶. Es necesario precisar que este ámbito no busca sustituir a las jurisdicciones penales nacionales, sino construir un sistema normativo más amplio⁴⁷. A partir de la integración de instituciones internacionales, como el *aut dedere aut judicare* o la jurisdicción universal, y nacionales, empieza la construcción de lo que ha denominado como un ‘sistema penal internacional de procuración de justicia’⁴⁸.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*.

⁴³ Alicia Gil y Elena Marculan, *Derecho Penal Internacional* (Madrid: Editorial Dykinson, 2019), 37.

⁴⁴ Mahmoud Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2012).

⁴⁵ Javier Dondé Matute, *Derecho Penal Internacional* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

⁴⁶ Arturo Villarreal Palos, “Sobre la definición y contenido del Derecho Internacional Penal y sus diferencias con el Derecho Penal Internacional”, *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia VII* 19 (2021), 81 -111, doi:10.32870/dgedj.v6i19.360

⁴⁷ Augusto Hernández Campos, “La Corte Penal Internacional: fundamentos y características”, *Derecho PUCP* 55 (2002), 437 – 517, doi:10.18800/derechopucp.200201.019

⁴⁸ Víctor Corzo y Ernesto Corzo, “El Sistema Penal Internacional”, *Revista Mexicana de Justicia: Los nuevos desafíos de la Procuraduría General de la República, Sexta Época* 13 (2006), 15-35.

Su característica fundamental es que se concentra en la responsabilidad de los individuos, no de los Estados. Entonces, el DIP es un espacio de intersección entre marcos jurídicos que intervienen para evitar la impunidad de conductas atroces perpetuadas por hombres ordinarios⁴⁹. Esto corresponde a que las nuevas corrientes del derecho internacional contemporáneo se han definido a partir del reconocimiento de la capacidad delictiva del individuo⁵⁰. Para que pueda operar se requiere que las violaciones sean masivas y sistemáticas. Es decir, con un nivel de planificación que evidencie que no son resultado del azar o del infortunio sino un esfuerzo activo contra la comunidad⁵¹.

Si bien existen algunas acepciones del DIP con utilidad propia de acuerdo a distintos fines⁵², todas concuerdan en su objetivo. Al establecer un marco jurídico permanente para juzgar crímenes atroces, se proporciona un medio para hacer rendir cuentas a los perpetradores de los mismos. Pese a eso, para evitar que la justicia internacional se convierta en un mecanismo de venganza⁵³, se debe garantizar que el acusado tenga acceso al derecho de defensa durante el proceso judicial, de acuerdo con estándares internacionales de derechos humanos y el debido proceso⁵⁴. A este respecto, la presunción de inocencia también está intrínsecamente vinculada.

Lamentablemente, armonizar estos enfoques resulta un obstáculo. En lo que corresponde a *duress*, la ambivalencia de la comunidad internacional a su respecto se deriva en gran medida a partir de que la intuición moral suele decantarse hacia el acusado. Surge la preocupación en cuanto a: ¿Quién es -víctima o victimario- y cómo debe tratarlo el sistema? La opinión se divide entre la empatía con su difícil situación como objeto de coacción ilegal, por un lado, y el desprecio por su elección de cometer un delito en lugar de resistir la amenaza, por otro.

Mientras que el DIP establece normas claras para la rendición de cuentas, también reconoce que no todas las situaciones permiten una culpabilidad plena. Este principio fundamental asegura que cualquier duda razonable en torno a los hechos sea interpretada

⁴⁹ Víctor Corzo y Ernesto Corzo, “El Sistema Penal Internacional”.

⁵⁰ Christopher A. Servín Rodríguez, “Eximentes De Responsabilidad En Derecho Internacional Penal: ¿Debe La Corte Penal Internacional Distinguir Entre Causas De Justificación Y Excluyentes De Culpabilidad?”, *Revista Electrónica Cordobesa De Derecho Internacional Público* 1 (2020), 299-317.

⁵¹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*.

⁵² Robert Cryer, et al. *An introduction to international criminal law and procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

⁵³ Christopher A. Servín Rodríguez, “La legítima defensa en Derecho Internacional Penal: análisis de sus elementos con particular referencia a los crímenes de guerra”, *Revista Digital Mundo Asia Pacífico* 5 (2019), 230–75, doi: 0.17230/nfp.15.92.6.

⁵⁴ Kleber Cárdenas, et al, “Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos”, *RECIAMUC* 8 (2024), 47–58, doi: 10.26820/reciamuc/8.(2).abril.2024.47-58

en favor del acusado. En virtud de mantener su imparcialidad, los tribunales se ven obligados a considerar exhaustivamente los índices que apoyen la existencia de un alegato de defensa, evaluándolos cuidadosamente antes de imponer una condena.

5.1 Responsabilidad Penal Internacional y sus eximentes

La eficacia del principio responsabilidad penal individual, recae en el estudio de dos elementos: *actus reus*, el acto delictivo; y *mens rea*, la intención o estado mental⁵⁵. Ambos deberán probarse para establecer la culpabilidad de una persona en crímenes internacionales⁵⁶. Empero, existen circunstancias que pueden influenciar la conducta del acusado, contempladas como argumentos que se pueden invocar a favor de suprimir su responsabilidad criminal⁵⁷. Esto en virtud del reconocimiento de que ciertos actores no poseen la culpabilidad moral que los convertiría en apropiados para el castigo⁵⁸.

La combinación de estos factores representa un equilibrio entre la imputabilidad de los actos ilícitos y el reconocimiento de las condiciones particulares del autor⁵⁹. Los ejemplos menos controvertidos de no responsabilidad se corresponden con la falta de capacidad básica de una persona para tomar y ejecutar acciones de manera consciente⁶⁰.

Entre tales defensas están la enfermedad o deficiencia mental y el estado de intoxicación involuntario. En estas circunstancias, los actores carecen esencialmente de agencia moral debido a una deficiencia volitiva o cognitiva y, por ende, son impotentes para elegir un curso de acción que aumente sus posibilidades de no infringir la ley⁶¹. En consecuencia, se determina que sería manifiestamente injusto culparles de las infracciones que fueron incapaces de evitar⁶².

Existen otros supuestos en los que, debido a una grave incapacidad volitiva, la capacidad de un agente para elegir un curso de acción no delictivo estaba disminuida⁶³. Este último precepto caracteriza a *duress* y constituye la base de un argumento

⁵⁵ Kai Ambos, "Principios General de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Criminal Law Forum* 10 (1999), 1-32.

⁵⁶ Javier Dondé Matute, "Responsabilidad penal internacional: los nuevos escenarios dogmáticos".

⁵⁷ Kai Ambos, *Tratado de Derecho Penal Internacional: Fundamentos y Parte General* (Oxford: Oxford University Press, 2013)

⁵⁸ Jelena Pejic, "Accountability for International Crimes: From Conjecture to Reality", *Revue Internationale de La Croix-Rouge/International Review of the Red Cross* 84 (2002), 13-33, doi:10.1017/S1560775500105097.

⁵⁹ Rosmerlin Estupiñán Silva, "Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales", *Anuario mexicano de derecho internacional* 12 (2012), 133-73.

⁶⁰ Paul H. Robinson, "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis", *Columbia Law Review* 82 (1982), 264-291.

⁶¹ Joshua Dressler, "Some Very Modest Reflections on Excusing Criminal Wrongdoers".

⁶² Stephen P. Garvey, "Tempering Justice with Compassion", *Ohio State Journal of Criminal Law* 15 (2018), 283-291.

⁶³ Vera Bergelson, "Duress Is No Excuse".

excusatorio directo⁶⁴. No obstante, el actor coaccionado o con miedo, difiere radicalmente de otros excusados. Es un agente moral, capaz de comprender sus elecciones actuando en consecuencia: y, a diferencia de un actor demente o equivocado, tiene la capacidad de no infringir la ley, pero dadas las circunstancias, considera preferible infringirla⁶⁵.

Tradicionalmente, la defensa de *duress* se ha basado en la concesión del derecho penal ante la fragilidad humana⁶⁶. Por esta razón, se reprocha al autor en tanto a si tenía la posibilidad de actuar de manera menos perjudicial⁶⁷. En este último caso, la culpabilidad del actor coaccionado le diferencia de otros actores excusados y, a la inversa, revela su parecido familiar con los actores justificados, lo que sugiere que *duress* es sólo una excusa parcial y que tiene un fuerte componente justificatorio⁶⁸. Se ahondará sobre este particular más adelante.

5.2 Relevancia de la culpabilidad moral

Dicho esto, la culpabilidad moral se convierte en un criterio esencial no solo para hacer justicia en términos punitivos, sino también para brindar una comprensión completa de las dinámicas de poder y coerción en los crímenes internacionales⁶⁹. Al centrarse en las motivaciones, el nivel de conciencia, y la intención con que los individuos actúan en contextos de violencia extrema, se puede ajustar la respuesta penal a la realidad del autor⁷⁰. A partir de esto, las decisiones sobre el tipo y la existencia de circunstancias, atenuantes y eximentes, se ven condicionadas por el grado de reprochabilidad moral y las distinciones significativas entre los distintos grados de participación en el crimen.

Sin embargo, la literatura en cuanto a la culpabilidad moral generalmente se contextualiza en escenarios más o menos estables y ordinarios, en lugar de aquellos que se pueden identificar debido a la existencia de conflictos y violaciones sistemáticas de derechos humanos⁷¹. En este sentido, ya que las decisiones y el control sobre las acciones pueden variar enormemente en función de la posición jerárquica o de poder del actor,

⁶⁴ Paul H. Robinson, "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis".

⁶⁵ Joshua Dressler, "Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for Its Proper Limits".

⁶⁶ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1978).

⁶⁷ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*.

⁶⁸ Mark J. Osiel, "Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War".

⁶⁹ Kirsten Fisher, *Moral Accountability and International Criminal Law Holding Agents of Atrocity Accountable to the World* (Londres: Routledge, 2011).

⁷⁰ Agustín Martínez Pacheco, "La violencia. Conceptualización y elementos para su estudio", *Política y Cultura* 46 (2016), 7-31.

⁷¹ Camila de Gamboa-Tapias, La culpabilidad moral de los actos atroces en situaciones de violencia política", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 17 (2010), 355-380.

dentro de una organización criminal estatal o insurgente, analizar su responsabilidad moral y penal no debe juzgarse con la misma severidad para todos⁷².

En principio, quienes ocupan posiciones de mando tienen mayor libertad para elegir un curso de acción, lo que conlleva una mayor obligación y culpabilidad⁷³. Entonces, los líderes de estos grupos no sólo son responsables de sus actos individuales, sino de crear un entorno en el que los crímenes resultan posibles, promoviendo una cultura organizativa que desprecia la dignidad humana y normaliza la violencia⁷⁴. Al inducir a otros a cometer atrocidades, normalizan este tipo de conductas en sus subordinados.

Por otra parte, aunque los miembros de rango inferior carecen de autoridad y control sobre la organización, continúan siendo responsables de sus actos aunque su culpabilidad puede considerarse debilitada por su posición subordinada⁷⁵. Dado que el poder decisivo reside en quien ejerce la amenaza, se puede argumentar que el individuo coaccionado o con miedo no tiene el mando sobre su conducta⁷⁶. Por lo tanto, es crucial evaluar cada caso aisladamente, considerando si estas personas podrían haber actuado de otro modo o haberse resistido sin incurrir en peligro para su vida o su bienestar⁷⁷.

Ahora bien, no basta sólo con aplicar una norma de manera rígida y punitiva; también se debe evaluar si realmente es justo demandar que una persona actúe de acuerdo con la ley en un contexto extraordinario. De hecho, cabe discutir si la exigibilidad es el fundamento de la atribución de culpabilidad ante la ausencia de normalidad de las circunstancias en las que obró el acusado.

La pregunta de por qué se ha de castigar al autor, se enmarca dentro de la concepción normativa de la culpabilidad cuando se realiza un juicio de reproche al delincuente⁷⁸. Para que una persona sea culpable de una infracción, debe existir la capacidad real y razonable de cumplir con la norma⁷⁹. A la par, la exigibilidad de un

⁷² Camila de Gamboa-Tapias, “La culpabilidad moral de los actos atroces en situaciones de violencia política”.

⁷³ Claudia López, “The Principle of Command Responsibility”, en *Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, ed. de Ulrich Fastenrath (Oxford: Oxford University Press, 2011), 605–621.

⁷⁴ Agnes Heller, “The Limits to Natural Law and the Paradox of Evil”, *HIS Political Science Series Working Paper 6* (1993), 1-15.

⁷⁵ Kai Ambos, *Treatise on International* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

⁷⁶ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*.

⁷⁷ Christopher M. Henson, “Superior Orders and Duress as Defenses in International Law and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *The Eagle Feather* (2004), doi: 10.12794/tef.2004.3.

⁷⁸ Hernán Hormazábal Malarée, “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, *Revista de Derecho Valdivia* 18 (2005), 167-185.

⁷⁹ James Goldschmidt, “La concepción normativa de la culpabilidad”, *Revista Peruana de Ciencias Penales* (2019), 231-268.

comportamiento conforme a derecho requiere de algunos elementos puntuales, como que el autor tenga el deber de actuar conforme a lo estipulado en la legislación, y que tenga el poder de hacerlo en tanto a lo que se espera de él⁸⁰.

No obstante, en virtud de la existencia de escenarios donde los presuntos culpables cometen ilícitos en cuanto a ‘motivaciones anormales’, se constituyen los únicos presupuestos de no exigibilidad de conducta⁸¹. Aquellos pueden constituir causas de exculpación. Con el propósito de evitar una criminalización excesiva, se reconoce que los principios garantísticos y los derechos de las personas no pueden ser sacrificados de manera arbitraria⁸², y que la exigibilidad no siempre es un presupuesto de la culpabilidad.

6. Naturaleza jurídica de *duress* como defensa

En el escenario del DIP, esta defensa ha generado importantes debates doctrinales debido a su complejidad ética, moral y jurídica; y los desafíos únicos que presenta⁸³. Es una inclusión poco ortodoxa en el ER, dadas las dudas sobre su existencia, y la falta de principios generales en la materia⁸⁴. Emperox, es cuando no podemos recurrir a otras defensas y necesitamos evaluar la calidad moral de una elección perjudicial que beneficia al agente, cuando surge el verdadero reto de *duress*⁸⁵.

Su evolución en los sistemas jurídicos comparados occidentales refleja la imperante necesidad de búsqueda de un balance entre proteger la autonomía de los individuos y asegurar que la justicia no quede comprometida frente a crímenes atroces⁸⁶. Este reconocimiento plantea interrogantes sobre hasta qué punto es justificable excluir la responsabilidad penal en casos donde *duress* está presente, sobre todo cuando se trata de violaciones de magnitud global, afectando no sólo a las víctimas directas⁸⁷.

⁸⁰ James Goldschmidt, “La concepción normativa de la culpabilidad”.

⁸¹ Vladimir Rodríguez Sanabria, “Una cuestión vigente: La exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad” en *Fundamentos contemporáneos del Derecho Público: transformaciones necesarias*, ed. de Mónica Fernández (Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2017), 89-99.

⁸² Jesús María Silva Sánchez, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 9 (2002), 83-102.

⁸³ Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations* (La Haya: Kluwer Law International, 1999)

⁸⁴ Augusto Hernández Campos, “El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria”, *Agenda Internacional* 7 (2000), 77-94, doi:10.18800/agenda.200001.006.

⁸⁵ Jeremy Horder, *Excusing Crime* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

⁸⁶ Clare Frances Moran, “A Perspective on the Rome Statute’s Defence of Duress: The Role of Imminence”.

⁸⁷ Rosmerlin Estupiñán Silva, “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales”.

Inicialmente, el borrador del estatuto de la CPI no contenía artículos que definieran o trataran las defensas debido a la divergencia en opiniones y considerable falta de acuerdo entre sus redactores. Posteriormente, y contrario a la antigua práctica de el TMI y el TPIY de dejar su disponibilidad en manos de los jueces de primera instancia⁸⁸, *duress* fue considerada como opción para el texto. Finalmente, su inclusión enmarcó el rechazo de la opinión mayoritaria en Erdemovic, y fue articulada en base a las condiciones señaladas por el juez Cassese en su voto disidente⁸⁹. Dado que se trata en gran medida de una creación novedosa, debe prestarse especial atención a su redacción.

Actualmente, desde un punto de vista pragmático, la defensa de *duress* es generalmente aceptada como válida. A pesar de ello, es evidente que la definición adoptada, como muchas otras codificaciones en la materia, representa un compromiso entre ideales contrapuestos⁹⁰. Por esta razón, contempla estrictas condiciones para su admisibilidad, que requieren de un análisis riguroso y la verificación de ciertos requisitos.

6.1 Evolución en los Sistemas de *Common* y *Civil Law*

Duress es el más polémico de los motivos que excluyen la responsabilidad penal en el ER, debido a la histórica y preexistente falta de acuerdo sobre cómo debe aplicarse en la legislación nacional. A este nivel, esta eximente ni siquiera está disponibles de manera uniforme para el asesinato; y, aun así, se ha tomado la decisión de incluirla en un estatuto que regula el enjuiciamiento de delitos considerados inhumanos⁹¹.

Previo a su incorporación al DIP, su evolución ha planteado criterios específicos para su entendimiento dependiendo de la influencia de la corriente y de los doctrinarios que la han estudiado. Mientras el sistema anglosajón presenta un enfoque restrictivo frente a crímenes particularmente graves, limitando su aplicación⁹², el de tradición jurídica romano-germánica destaca por otorgar una interpretación más flexible donde su evaluación prioriza las circunstancias personales concretas del acusado⁹³.

En primer lugar, en lo que respecta al *common law*, el concepto de *duress* surgió como una defensa reconocida y ajustable a situaciones donde el acusado cometía un delito

⁸⁸ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*.

⁸⁹ *Ibid*.

⁹⁰ Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations*.

⁹¹ Amy Elkington, "The Historical Development of Duress and the Unfounded Result of Denying Duress as a Defence to Murder", *The Journal of Criminal Law* 87 (2023), 207-217.

⁹² Francesc Mestres y José Vives-Rego, "La coacción desde una perspectiva evolutiva: ¿función biológica o social?", *Diálogo Filosófico* 98 (2017), 267-281.

⁹³ Alan Reed, "Duress and Provocation as Excuses to Murder: Salutory Lessons from Recent Anglo-American Jurisprudence", *Florida State University Journal of Transnational Law and Policy* 6 (1996), 51-92.

bajo amenaza grave e inminente de daño físico o muerte⁹⁴. Tradicionalmente, los sistemas de Inglaterra, Gales y Estados Unidos practicaban una clasificación entre: *duress per minas*, coacción por amenazas directas de violencia, y *duress of circumstances*, donde la situación externa imponía una presión irresistible al autor, como un peligro próximo⁹⁵.

Una característica importante que esta concepción consagra es que la defensa no es aplicable en casos de asesinato. Los tribunales han sostenido que, independientemente de la amenaza enfrentada, no se puede justificar la toma de una vida inocente para salvar la propia⁹⁶. Este enfoque se observa claramente en el Reino Unido en el caso R v. Howe, donde la Cámara de los Lores dictaminó la inadmisibilidad de *duress* para acusaciones de asesinato en base a los argumentos de heroísmo, terrorismo y competencia⁹⁷.

Por el contrario, en los sistemas de *civil law*, como los de Alemania y Francia, *duress* se ha analizado desde una perspectiva más matizada, con un enfoque mayor en la teoría de la culpabilidad y la responsabilidad moral del individuo⁹⁸. En lugar de limitarse estrictamente a la inmediatez y gravedad de la amenaza, tienden a evaluar de manera más amplia la inevitabilidad de acción del acusado⁹⁹.

A diferencia del *common law*, un principio clave en el *civil law* es la proporcionalidad entre el daño amenazado y el daño causado por la acción. En Alemania, este se refleja en la indispensabilidad de que el acto delictivo sea un último recurso y que el daño causado no sea desproporcionado con respecto al daño que el acusado estaba tratando de evitar¹⁰⁰. Pero al tomar en cuenta esta condición, la legislación erra al tratar la noción como estado de necesidad como justificación en lugar de como excusa.

Desde este punto ya es evidente que existe un problema. Aunque el sistema alemán permite en pocos casos, que se invoque *duress* incluso para delitos graves bajo este criterio¹⁰¹, lo hace mezclando supuestos que comparten propiedades pero que claramente no son ni pueden considerarse como lo mismo.

⁹⁴ Alan Reed, "Duress and Provocation as Excuses to Murder: Salutory Lessons from Recent Anglo-American Jurisprudence".

⁹⁵ Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2022).

⁹⁶ Javier Dondé Matute, "Elementos del Common Law en el Derecho Penal Internacional", *Revista Penal México* 3 (2012), 95-129.

⁹⁷ Findlay Stark, "Regina v. Howe (1987): Heroism, Terrorism and Competence", SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2015), <https://doi.org/10.2139/ssrn.2640912>.

⁹⁸ Benjamin Risacher, "No Excuse: The Failure of the ICC's Article 31 'Duress' Definition".

⁹⁹ Hans-Heinrich Jescheck, "Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2003), 1-19.

¹⁰⁰ Hans-Heinrich Jescheck, "Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria".

¹⁰¹ *Ibid.*

7. Características y criterios de la definición del artículo 31

Antes que nada, vale precisar que dependiendo de las circunstancias bajo las cuales se invoca, *duress* puede tener dos tipologías. La más común es la física, y aplica cuando el individuo es forzado a cometer un delito bajo la amenaza explícita de sufrir un daño inmediato contra su propia vida o integridad corporal, o las de un tercero¹⁰². O puede ser moral, basada en la presión psicológica o emocional intensa, acompañada del miedo a sufrir represalias¹⁰³. Esta última cobra magnitud en contextos de subordinación.

A pesar de su importancia, estas categorías no han sido expuestas en el texto del ER. La formulación general y simplificada de la norma induce a que los jueces de la CPI valoren cada caso en su contexto específico¹⁰⁴. La ausencia de esta distinción explícita otorga la oportunidad de adaptar la interpretación de la defensa, dado que puede afectar la forma en que se evalúa la culpabilidad, y se preserva el equilibrio entre los derechos de los acusados y la aplicación de justicia para las víctimas¹⁰⁵. Aun así, el análisis de los preceptos que si están contemplados en la norma es imprescindible para comprender no sólo su funcionamiento, sino por qué resulta causar dilemas en la práctica.

El concepto de *duress* se aborda específicamente en el artículo 31 (1) (d) del ER. Según esta disposición, deben cumplirse algunas determinaciones para que quien incurra en una conducta como resultado de coacción o miedo insuperable no sea penalmente responsable. En primer lugar, se requiere que la persona haya actuado bajo una amenaza real, inminente, y seria de muerte o daño físico grave¹⁰⁶.

La misma, debe ser tangible, directa e inmediata, no hipotética o futura; generando una presión insostenible no sólo sobre el acusado sino también hacia su familia u otras personas cercanas.¹⁰⁷ Este elemento materializa que una persona puede ser forzada a cometer actos delictivos si su libertad de acción se ve comprometida¹⁰⁸.

En segundo lugar, se establece un referente alto para invocar la defensa al requerir que se demuestre que la persona no tenía una opción razonable para evitar cometer el

¹⁰² Pablo Sanchez-Ostiz, “Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal”, *Persona y Derecho* (2020), 185–200, doi:10.15581/011.81.185-200.

¹⁰³ Pablo Sanchez-Ostiz, “Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal”.

¹⁰⁴ William A. Schabas, *The International Court: A Commentary on the Rome Statute 2nd Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

¹⁰⁵ Kleber Cárdenas, et al, “Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos”.

¹⁰⁶ Art. 31, ER, 1998.

¹⁰⁷ Héctor Olásolo, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*.

¹⁰⁸ Clare Frances Moran, “A Perspective on the Rome Statute’s Defence of Duress: The Role of Imminence”.

delito¹⁰⁹. Esto significa que el acto fue una reacción directa a la coacción o miedo insuperable y el acusado no tuvo manera de escapar de la amenaza, ni elegir otro curso de acción sin incurrir en un daño significativo¹¹⁰. Sin esta valoración de inminencia, el acusado podría haber tenido otras opciones que no implicaran la violación de la ley, como desobedecer la orden, huir, o resistir¹¹¹. Debe aplicarse con cautela, especialmente en crímenes que implican la muerte o sufrimiento de un gran número de víctimas.

En la misma línea, y si la amenaza es suficiente para inducir a cualquier persona sensata en la misma situación a ceder ante ella, se entiende que la defensa podrá usarse¹¹². De acuerdo con esta apreciación, el requisito ‘razonablemente’ se refiere en exclusivo a la capacidad de la persona para soportar la presión, lo que refleja la idea del ‘desierto justo’¹¹³. Contrario a una evaluación positiva de su carácter, alude a que el acusado no merece ser castigado porque su acto no refleja un grado de culpabilidad suficiente¹¹⁴.

Y, en tercer lugar, se establece que el daño causado por el acusado debe ser proporcional al daño que intentaba evitar¹¹⁵. Esto significa que *duress* no puede justificar un daño mayor que aquel que el acusado trataba de prevenir. De esta forma, impone un límite importante, ya que condiciona el uso de la defensa a un estricto umbral de proporcionalidad, que corresponde al argumento del balance entre ‘el menor de dos males’¹¹⁶. La adopción de este criterio refleja la negativa de Cassese en contra de permitir que *duress* esté disponible en crímenes que involucran la muerte de personas inocentes¹¹⁷.

Asimismo, el artículo concluye con una peculiar precisión en cuanto a la fuente de la amenaza. Establece que puede provenir de otras personas o de circunstancias fuera del control del que incurre en la conducta; terminología que amplía aún más el alcance de la defensa¹¹⁸. Incluye la posibilidad de que factores externos, como el entorno en el que se encuentra, propicien una presión que restringe la capacidad de elección del acusado.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Sarah J Heim, “The Applicability of the Duress Defense to the Killing of Innocent Persons by Civilians”.

¹¹¹ Clare Frances Moran, “A Perspective on the Rome Statute’s Defence of Duress: The Role of Imminence”.

¹¹² Peter Westen, “Does Duress Justify or Excuse?: The Significance of Larry Alexander’s Ambivalence in *Moral Puzzles and Legal Perplexities* editado por Heidi Hurd (Cambridge: Cambridge University Press, 2018).

¹¹³ Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (Nueva York: Matthew Bender & Company, 2018).

¹¹⁴ Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*.

¹¹⁵ Luis E. Chiesa, “Duress, Demanding Heroism and Proportionality: The Erdemovic Case and Beyond”.

¹¹⁶ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (La Haya: T.M.C Asser Press, 2005).

¹¹⁷ *Prosecutor vs. Drazen Erdemović*, opinión separada y disidente del juez Cassese.

¹¹⁸ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*.

La combinación de todos estos elementos, junto con el lenguaje que utiliza el artículo, demuestra que el ER introduce conceptos propios del estado de necesidad¹¹⁹. Tanto *duress* como el estado de necesidad son supuestos reconocidos como defensas, pero con efectos jurídicos distintos, lo que refleja la imperante urgencia de diferenciarlos. El contenido de la disposición anterior crea un concepto híbrido difícil de clasificar como excusa o justificación. El siguiente apartado se concentrará en esclarecer esta confusión que ha obstaculizado el análisis de la responsabilidad penal en la materia.

7.1 Distinción entre causas de justificación y excluyentes de culpabilidad

A primera vista, el ER no distingue entre las categorías ‘eximentes’, ‘justificaciones’ ni ‘excusas’. Aunque no menciona estos términos en ninguna parte de sus disposiciones sobre causas de exclusión de la responsabilidad penal, un examen más detenido pone de manifiesto que esta clasificación subyace a su artículo 31, apartado 1.

A pesar de que sus redactores eligieron conscientemente un vocabulario neutro para que no pareciese que favorecían a una tradición jurídica más que a otra¹²⁰, este documento cuestiona dicha afirmación. Sostiene que la distinción, particularmente entre justificación y excusa, es vital para una taxonomía viable dentro del DIP. La combinación de ambos conceptos los confunde y conduce a resultados fuera de la implementación de la justicia internacional, así como a la posibilidad de imponer penas incompatibles con la culpabilidad moral del actor¹²¹.

A continuación, se va a identificar y separar correctamente cada uno de estos supuestos. Para empezar, la justificación reconoce que el daño cometido se percibe como necesario y menos dañino que las alternativas, lo que convierte la conducta en aceptable¹²². Por consiguiente, cuando se justifica una acción, el acto pierde su carácter ilícito, y se le considera una respuesta legítima y adecuada ante la situación.

En cambio, en un supuesto de excusa, la acción ilegal del acusado sigue siendo inaceptable. Pero, debido a las condiciones específicas en las que se encuentra, el acusado no será considerado responsable de su acción, ya que se resulta ser incapaz de reconocer la ilicitud de su conducta o no cabía esperar que actuara legalmente¹²³.

¹¹⁹ Benjamin Risacher, “No Excuse: The Failure of the ICC’s Article 31 ‘Duress’ Definition”.

¹²⁰ Beatrice Krebs, “Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2 (2013), 382-410.

¹²¹ Beatrice Krebs, “Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute”.

¹²² Heid Hurd: “Justification and excuse, wrongdoing and culpability”, *Notre Dame Law Review* 74 (1999), 1551-1773..

¹²³ Mitchell Berman: “Justification and excuse, law and morality”, *Duke Law Journal* 53 (2003), 1-77.

Así pues, la justificación se centra en el acto, mientras que la excusa se centra en el actor¹²⁴. A este respecto, vale recalcar que, mientras *duress* se enfoca en la mentalidad del individuo coaccionado y en su capacidad para elegir moralmente un curso de acción, la necesidad se basa en el comportamiento y las acciones del individuo¹²⁵. Consecuentemente, se logra identificar dos categorías de estado de necesidad, la justificante y la exculpante. Esta última encaja con la definición de excusa, y a su vez, su naturaleza denota patrones característicos de la defensa de *duress*.

Cabe poner estos aspectos en perspectiva. Si una persona es coaccionada a matar a un grupo de civiles bajo amenaza de ser asesinada, el daño infligido a las víctimas es considerablemente mayor que el daño que intenta evitar. Esta desproporción plantea una disyuntiva ética sobre si *duress* puede justificar crímenes tan graves¹²⁶. A pesar de lo anterior, el juez Cassese llegó a la conclusión de que *duress* sólo podía ser una defensa contra el asesinato de civiles inocentes si el daño causado era menor que el evitado.

Al insertar este estricto requisito de proporcionalidad, adjuntó infundadamente una restricción justificatoria a la defensa de *duress*, la cual se incorporó a la codificación del ER¹²⁷. La solución del juez Cassese elude a la diferencia entre la elección entre males¹²⁸, y, en consecuencia, entre justificaciones y excusas.

El voto disidente, introduce un elemento atípico, que otorga una falta de claridad teórica a *duress* en contextos extremos donde su aplicación es impracticable e injusta. En estos casos, el objetivo no debería ser colocar dos daños diferentes en una escala para identificar cuál es mayor; sino que debería ser determinar si se ha vencido o no la voluntad del individuo coaccionado para que no pudiese tomar una decisión moral de este estilo.

Por ende, cuando el artículo 31 (1) (d) confunde ambas categorías, incurre en un error. El enfoque correcto dentro de la materia es que ningún grado de coacción o miedo insuperable puede justificar el asesinato, y mucho menos el genocidio¹²⁹. Por lo tanto, la fusión argumentada de esta defensa crea más paradojas para el ER, ya que los preceptos

¹²⁴ Mitchell Berman: "Justification and excuse, law and morality".

¹²⁵ Christopher Servín Rodríguez, "La legítima defensa en Derecho Internacional Penal: análisis de sus elementos con particular referencia a los crímenes de guerra", *Revista Digital Mundo Asia Pacífico* 15 (2019), 230-275.

¹²⁶ Antonio Cassese, *International Criminal Law*.

¹²⁷ Sien Ho Yee, "The Erdemovic Sentencing Judgment: A Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *GEORGIA JOURNAL OF INT'L & COMP. L.* 26, (1997), 295-302.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ William A. Schabas, *The International Court: A Commentary on the Rome Statue 2nd Edition*.

inherentes de la norma permiten que los crímenes de guerra y de lesa humanidad puedan justificarse con fundamento en la presión bajo la que actuó el acusado¹³⁰.

A estos efectos, resulta extremadamente problemático el hecho de que ambos conceptos se hayan incluido como eximentes completas, propiciando la total exclusión de la responsabilidad penal en caso de aceptarse. Es a raíz de esta equivocación que el riesgo de crear un vacío legal que predisponga la impunidad aumenta exponencialmente. Se entiende que, si los perpetradores están al tanto de que pueden invocar estas defensas con éxito, se debilita el objetivo disuasorio del derecho internacional, menoscabando el respeto por las leyes humanitarias.

7.2 Limitaciones e incompatibilidad de *duress* como defensa completa

Aunque la disposición del artículo 31 (1) (d) proporciona una potencial defensa para los acusados que actúan bajo coacción o miedo insuperable, existen importantes críticas e impedimentos a su aplicación. La primera cuestión es determinar si una defensa de este tipo puede excusar cualquier crimen dentro de la jurisdicción de la CPI¹³¹.

Como se discutió anteriormente, Cassese ofreció el convincente argumento de que la ley no debe establecer normas de comportamiento intratables que exijan a la humanidad realizar actos de martirio, y calificar de criminal cualquier comportamiento que esté por debajo de esas normas¹³².

La jurisprudencia y el requisito de proporcionalidad han hecho que la defensa de *duress* sea muy difícil de aceptar en estos contextos devastadores porque su magnitud no puede ser comparada a los ilícitos que maneja el derecho penal nacional. Dado que los crímenes internacionales, por su naturaleza, suelen ser asimétricos en términos de daño, el uso de *duress* como una defensa exculpatória completa no es el adecuado¹³³.

De la misma forma, la segunda cuestión aborda que el DIP no pondera entre la fuerte presunción de responsabilidad individual y la de inocencia. La primera, choca con la idea de que un acusado pueda ser completamente exonerado bajo la defensa, ya que considera que, incluso bajo coacción o miedo insuperable, hay un importante grado de

¹³⁰ Noam Wiener, "Excuses, Justifications, and Duress at the International Criminal Tribunals" *Pace International Law Review* 26 (2014), 88-131.

¹³¹ Noam Wiener, "Excuses, Justifications, and Duress at the International Criminal Tribunals".

¹³² *Prosecutor vs. Drazen Erdemović*, opinión separada y disidente del juez Cassese.

¹³³ Claus Kreß y Stefan Barriga. "Article 31: Grounds for Excluding Criminal Responsibility." En *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, editado por Otto Triffterer y Kai Ambos, 869-904. (Munich: C.H. Beck, Hart, y Nomos, 2016).

agencia facultativa¹³⁴. En general, los tribunales han mostrado reticencia a absolver completamente a aquellos que participan en crímenes masivos, aun bajo amenaza¹³⁵.

Este enfoque restrictivo se ha manifestado en *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, alcalde ruandés que dijo actuar bajo presión de los altos mandos del régimen Hutu¹³⁶. Se destacó que su rol como líder le otorgaba una potestad significativa de acción, a pesar de las amenazas, y el tribunal negó totalmente la defensa. Se llegó a la misma conclusión en el caso Tadić, acusado de crímenes de guerra por su participación en la limpieza étnica en Bosnia¹³⁷.

En este punto, es prudente recordar la influencia del tribunal encargado de juzgar a los *Einsatzgruppen*, unidades paramilitares nazis responsables de atrocidades masivas durante la Segunda Guerra Mundial, el cual se enfrentó a la compleja tarea de evaluar la responsabilidad penal en un período en el cual el DIP aún estaba en desarrollo¹³⁸.

En el mismo, los jueces determinaron que los acusados no podían justificar sus actos exclusivamente en la obediencia debida o en la amenaza de *duress*, ya que tenían la opción de rehusarse y enfrentarse a las consecuencias personales en lugar de participar en crímenes atroces¹³⁹. Esto estableció un precedente según el cual, la obligación de los individuos de abstenerse de cometer atrocidades prevalece sobre el temor a represalias.¹⁴⁰

A pesar de este carácter disparado en virtud de la realidad del acusado, el argumento de *duress* se negó debido a la imposibilidad de justificar actos contrarios a los principios de humanidad. Con todo, la previa afirmación sugiere la adopción de un estándar absoluto que choca con el núcleo de los confines aceptables de la responsabilidad individual y la obligación un comportamiento conforme al derecho según el DIP.

No obstante, el ER no recoge explícitamente este precepto. Por consiguiente, se plantea una preocupación de impunidad, ya que surge la posibilidad de que personas responsables de graves violaciones a los derechos humanos eludan su responsabilidad

¹³⁴ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Caso No. ICTR-96-4-T, *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2 de Septiembre de 1998.

¹³⁷ Caso No. IT-94-1, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Tribunal Internacional de la ex-Yugoslavia, 02 de octubre de 1995.

¹³⁸ Caso *Einsatzgruppen*, en *Juicio de los Grandes Criminales de Guerra Ante el Tribunal Militar Internacional*.

¹³⁹ Caso *Einsatzgruppen*, en *Juicio de los Grandes Criminales de Guerra Ante el Tribunal Militar Internacional*.

¹⁴⁰ Yudith López Soria, “Los juicios de Núremberg. Análisis de su enfoque a la culpabilidad”, *Revista Universidad y Sociedad* 13 (2021) 517-527.

penal bajo la excusa de haber sido forzadas¹⁴¹. Aun así, cabe precisar que, en el particular objeto de estudio, el daño infligido no es el ‘proyecto’ del acusado, sino que otra persona le impuso ese proyecto, coaccionándolo o provocándole miedo. Hasta cierto punto, el acusado puede compararse a una persona utilizada por otra como ‘instrumento inocente’¹⁴².

Tanto en virtud del *common law* como del Model Penal Code, MPC, toda la responsabilidad por el daño infligido por un ‘instrumento inocente’ recae sobre el autor que hace que esa persona actúe de forma delictiva¹⁴³. Por supuesto, en lo que respecta al DIP, el acusado coaccionado no es un completo ‘inocente’. En el mejor de los casos, se le podrá reconocer como un ‘instrumento parcialmente inocente’¹⁴⁴. Sólo con respecto a esa parte, podrá considerarse exculpado.

En vista de lo anterior, la última cuestión señala que, en muchos casos de crímenes internacionales, los acusados que actúan bajo coacción resultan ser subordinados que operan bajo las órdenes de un superior¹⁴⁵. Esto plantea la duda de cómo se debe distribuir la responsabilidad entre el coaccionado o subordinado, y el coaccionador o el superior.

8. Aplicación del concepto de Autoría Mediata

El artículo 25 (3) del ER describe las diferentes maneras en que una persona puede participar en la comisión de un crimen internacional. Estas incluyen una diferenciación de grados de responsabilidad según la posición de ejecución directa o de ser quien da la orden, facilita, colabora o asiste. Por ende, resulta fundamental profundizar al respecto.

La teoría de la autoría mediata sostiene que una persona puede ser considerada autor de un delito incluso sin haber ejecutado personalmente el acto, cuando deliberadamente utiliza a otra persona como instrumento para cometer el ilícito¹⁴⁶. En este escenario, el coaccionado actúa bajo una presión tan intensa que su control decisivo sobre la ejecución del acto se ve gravemente limitado, es decir, no tiene el dominio objetivo sobre la realización del crimen¹⁴⁷. La base de esta hipótesis es la noción de que

¹⁴¹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*.

¹⁴² George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*.

¹⁴³ Paul H. Robinson, “Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis”.

¹⁴⁴ Mark J. Osiel, “Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War”.

¹⁴⁵ Jessica Liang, “Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context”, *The Goettingen Journal of International Law* 2 (2010).

¹⁴⁶ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.

¹⁴⁷ Hanz Welzel, *El Derecho Penal Alemán: una exposición sistemática* – (Berlín; Walter de Gruyter, 1969).

el coaccionador controla la voluntad del coaccionado, explotando su vulnerabilidad y aprovechándose de su incapacidad para resistir la amenaza¹⁴⁸.

Para Zaffaroni, el esquema de supuestos de autoría funciona de la siguiente manera. Es autor mediato el que no incurre en el injusto, pero se vale de otros interpuestos para ello, excepcionalmente de uno sin culpabilidad¹⁴⁹. En cambio, es autor directo cuando su poder radica en su aporte para la ejecución individual del delito y en tanto su conducta no puede ser moralmente inferior a la de quien lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo¹⁵⁰.

Según Roxin, en esta forma de participación criminal, el denominado autor mediato, se convierte en el principal responsable del delito, mientras que el coaccionado puede ser considerado como responsable de forma atenuada o incluso eximido, dependiendo del nivel de coacción al que fue sometido¹⁵¹. Esto planteó una revelación desafiante para la doctrina internacional penal, ya que supone que el coaccionado puede ser visto como alguien que materialmente comete el crimen, pero cuya responsabilidad debe ser evaluada a la luz de la coacción sufrida.

Actualmente, este concepto desarrollado por el derecho penal alemán ha encontrado eco en el DIP. Aunque la CPI no se ha referido directamente a él, han aplicado estos postulados en el arresto contra Muammar Gaddafi y de Omar Al Bashir¹⁵². Para esto, sus conclusiones al determinar autoría mediata se centraron en la fungibilidad de ejecutores, el dominio del aparato de poder y el control ejercido por los líderes¹⁵³.

En estos foros, la idea de autor mediato ha sido clave para entender cómo los altos mandos o líderes pueden ser responsables de crímenes internacionales cuando actúan a través de subordinados o terceros que ejecutan los delitos bajo órdenes o coacción¹⁵⁴. Esta

¹⁴⁸ José Ulises Hernández Plasencia, *La autoría mediata en derecho penal* (España, Editores Comares, 1996).

¹⁴⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. (Buenos Aires: Ediar, 2007).

¹⁵⁰ Héctor Olásolo, *Tratado de autoría y participación en el derecho penal internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).

¹⁵¹ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*.

¹⁵² Héctor Olásolo, “Los primeros casos a nivel internacional de aplicación autónoma del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder: los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi, y Abdullah Al-Senussi”, *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* (2011), 263-402.

¹⁵³ Héctor Olásolo, “Los primeros casos a nivel internacional de aplicación autónoma del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder: los casos contra Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi, y Abdullah Al-Senussi”.

¹⁵⁴ Farid Samir Benavides Vanegas, “Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional”, *Revista Academia & Derecho* 7 (2016), 237-264.

relación se agrava cuando el coaccionador es una figura de autoridad o un comandante que ejerce responsabilidad de mando porque surge la posibilidad de que sea procesado¹⁵⁵.

8.1. La Responsabilidad de Mando

Dicho esto, el análisis estaría incompleto sin abordar que la estructura general de la defensa de *duress* implica, a nivel fáctico, una presión de arriba hacia abajo. En otras palabras, las personas que se encuentran en la cúspide no pueden invocarla porque no pueden ser coaccionadas¹⁵⁶. Esto significa que los superiores tienen la capacidad de imponer sanciones y castigos a aquellos que se niegan a cumplir sus órdenes al ser los arquitectos e instigadores de las políticas, entornos y estrategias que pueden resultar en crímenes¹⁵⁷.

Esencialmente, dado que los ejércitos se basan en una estructura jerárquica a la que hay que adherirse rígidamente, se reconoce que los miembros de rango inferior de los servicios armados no tienen la intención o propósito necesarios para ejecutar la mayoría de los delitos¹⁵⁸. Un concepto estrechamente relacionado, sin ser una defensa, es la noción de responsabilidad de mando. Recogida en el artículo 28 del ER supone que un oficial superior puede controlar las acciones de sus subordinados y, por tanto, es responsable de sus actos siempre que se cumplan tres condiciones específicas.

Debe existir una relación superior/subordinado, que el superior sepa o tenga motivos para saber que se ha producido o se va a producir un delito, y que el superior se abstenga de tomar alguna medida para impedir o castigar dichos actos¹⁵⁹. De esta forma, establece que los superiores también pueden ser responsables¹⁶⁰.

Su relación con la defensa de *duress* ha sido objeto de intenso debate doctrinal, ya que algunos autores argumentan que la existencia de un coaccionador con autoridad debería atenuar la responsabilidad del coaccionado¹⁶¹. Los puntos principales de discusión incluyen cómo evaluar el conocimiento y la intención de los superiores en

¹⁵⁵ Miren Odriozolo-Gurrutxaga, “La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* 1 (2013), 86-104.

¹⁵⁶ Beatrice Krebs, “Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute”.

¹⁵⁷ Patricia Faraldo Cabana, *Responsabilidad Penal del dirigente en estructuras jerárquicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

¹⁵⁸ Kai Ambos, “La Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (1999), 527-594.

¹⁵⁹ Christopher M. Henson, “Superior Orders and Duress as Defenses in International Law and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”.

¹⁶⁰ Art. 28, ER, 1998.

¹⁶¹ Jérémie Gilbert, “Justice not revenge: The International Criminal Court and the ‘grounds to exclude criminal responsibility’ – defences or negation of criminality?”, *The International Journal of Human Rights* 10 (2006), 143-160, doi: 10.1080/13642980600608541.

contextos de estado de necesidad exculpante¹⁶², cómo los estándares de responsabilidad difieren entre los niveles de la cadena de mando¹⁶³ y cómo la interacción de estos repercute al momento de establecer quién es culpable.

Esta doctrina se plantea en esta instancia debido a su estrecha asociación con la defensa de las órdenes del superior, porque la comprensión de ambos conceptos es necesaria para una discusión más rica de ambos temas. Esta conducta es un principio fundamental en el DIP, y su impacto en la graduación de la pena es crucial cuando se trata de crímenes cometidos bajo *duress*, reconociendo que el acusado no actuó con total autonomía¹⁶⁴.

Siguiendo esta misma línea, el ER determina que, si los jefes y superiores tuvieron poder y dirección absolutos sobre las circunstancias que llevan a coacción o miedo insuperable, al haber predispuesto condiciones u omitido un control oportuno de los actos de las fuerzas a su cargo, deberán asumir la responsabilidad principal¹⁶⁵.

Esta perspectiva tiene profundas implicaciones para el caso de Alfred Musema en Ruanda, quien transportó a atacantes armados, incluidos empleados de la fábrica que dirigía, a las comunas de Gisovu y Gishyita y les ordenó atacar a los tutsis que buscaban refugio allí¹⁶⁶. La acusación en su contra se modificó posteriormente para incluir cargos de violencia sexual al haber alentado a otros a violar y matar a mujeres tutsis¹⁶⁷.

El caso cobró relevancia porque Musema, a pesar de ser una figura civil y no un militar, desempeñó un papel central en la organización y ejecución de los actos atroces. Esto fue especialmente significativo, ya que el TPIR enfatizó que el mero hecho de actuar liderando un grupo o una estructura jerárquica civil tampoco exonera a una persona de la responsabilidad penal, especialmente cuando dicho individuo participa deliberadamente en actos de extrema gravedad¹⁶⁸. Esto se pone de manifiesto en los párrafos 924 y 925.

¹⁶² Yoram Dinstein, “War Crimes, Orders, Command Responsibility and Defences” en *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge; Cambridge University Press, 2022).

¹⁶³ Jens David Ohlin, *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights* (Cambridge; Cambridge University Press, 2016).

¹⁶⁴ Kai Ambos, “Principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho* 8 (2001), 199-229.

¹⁶⁵ Art. 28 ER, 1998.

¹⁶⁶ *Prosecutor vs. Alfred Musema*.

¹⁶⁷ Eric Domínguez Márquez, “Ruanda: De la Historia al Derecho Penal Internacional. Análisis del Delito de Genocidio y de la Responsabilidad Penal de la ONU”, (Tesis de maestría: Universitat Pompeu Fabra, 2024).

¹⁶⁸ *Prosecutor vs. Alfred Musema*.

En esta parte de la sentencia, la Sala concluyó que Musema era el superior de sus empleados, ejerciendo no sólo un poder de *iure* sobre ellos, sino también un control de *facto*¹⁶⁹. Se observó que el acusado no adoptó las medidas necesarias y para impedir que cometieran dichos actos, sino que, por el contrario, fue cómplice de la comisión, mediante su presencia y su intervención activa en los mismos.

En consecuencia, la Sala consideró que por los actos cometidos por los empleados de la fábrica de té Gisovu en Muyira Hill, Musema incurrió en responsabilidad penal individual como su superior, sobre la base de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 6 del ER¹⁷⁰. Este enfoque dentro de actos colectivos sirve para esclarecer que *duress* no puede ser una defensa viable cuando la participación es consciente y activa¹⁷¹.

8.2. Las Órdenes de Superior

Un estudio de los tribunales militares posteriores a la Segunda Guerra Mundial muestra que anteriormente se consideraba que *duress* existía junto con las órdenes superiores; la segunda no podía invocarse sin una alegación simultánea de la primera¹⁷². Esta óptica respondía a entender las dinámicas de criminalidad colectiva, especialmente en situaciones de conflicto armado, donde las mismas circunstancias de hecho podían dar lugar a ambas nociones.

Normalmente, este elemento se evalúa según el criterio de la persona ordinaria, lo cual es problemático, ya que la persona ordinaria no está sometida a la presión continua de los soldados en una situación de conflicto, que están obligados a cumplir órdenes basadas en objetivos políticos y tácticos. Así pues, el ciudadano y el soldado se encuentran en posiciones totalmente diferentes y no deben ser juzgados según los criterios de conocimiento presunto de cada uno. Por esta razón, es crucial reconocer las situaciones extraordinarias de los soldados, las cuales exacerban la necesidad de invocar *duress*.

Más adelante, los jueces del TPIY reconocieron que eran autónomos y sostuvieron que las dos defensas podían existir y alegarse por separado¹⁷³. Sin embargo, volver a utilizar este enfoque integrador puede ser una herramienta crítica tanto para garantizar una rendición de cuentas integral y efectiva en todos los niveles de responsabilidad, así como para luchar contra la impunidad. Al asegurar que cada actor sea juzgado según su

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Charles Garraway, "Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered, or justice denied", *International Review of the Red Cross* 81 (1999), 785-793.

¹⁷² Josephina Manifold, "What Is the Law on Duress under International Criminal Law (ICL)? Is It a Defence (Full or Partial)? If Not, What Effect Does It Have in Mitigating Culpability?".

¹⁷³ Antonio Cassese, *International Criminal Law*.

contexto y grado real de autonomía se podría atacar los desafíos inherentes a los crímenes de carácter colectivo como los que involucran a grupos militares.

9. Propuesta de Revisión: *Duress* como Defensa Parcial

Bajo el modelo de justicia restaurativa y justicia transicional, se propone que *duress* sea vista como un factor que atenúa la responsabilidad del acusado ya que el coaccionado sigue siendo un participante en el crimen, aunque su papel haya sido condicionado por la coacción o miedo insuperable ejercida por un tercero o superior¹⁷⁴.

Su pena sería reducida en función del grado en que experimentó estos factores y su implicación en la transgresión. Esta visión balancea el reconocimiento de la condición de coaccionado del acusado y los derechos de las víctimas encaminados a la obtención de justicia, para obtener soluciones más equilibradas entre la verdad y la reconciliación.

Convertir *duress* en una defensa parcial, como criterio regla y no como una excepción, podría reducir el riesgo de que se alegue como una estrategia para eludir completamente la responsabilidad penal¹⁷⁵. Y también ayudaría a mejorar la consistencia en la jurisprudencia de la CPI en vista del compromiso de protección que tiene, en busca de fortalecer su validez.

Para que la actual defensa de *duress* sea una defensa completa y exonere totalmente al acusado, requiere análisis complejos sobre la inminencia de la amenaza, la ausencia de alternativas razonables y la proporcionalidad del acto cometido. Estos elementos generan interpretaciones dispares e inconsistencia en los criterios aplicados. Con una defensa parcial, la CPI podría aplicar estándares más uniformes, permitiendo una mejor comparación de casos y mayor coherencia en la aplicación de la ley. La CPI tendría que ponderar cuidadosamente esta percepción de justicia, para asegurar que las decisiones sean vistas como legítimas y equitativas.

10. Conclusiones y recomendaciones

En síntesis, y en cuanto a todos los argumentos expuestos, la respuesta a la pregunta planteada al inicio de este trabajo conduce a afirmar que la necesidad exculpante por coacción o miedo insuperable no puede ser una causa de exoneración total de

¹⁷⁴ David Gallego Arribas, “Amnistías, indultos, penas atenuadas y la Corte Penal Internacional. Posibles enseñanzas a inferir del proceso transicional colombiano”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2023), 1-44.

¹⁷⁵ Jesús-María Silva Sánchez, “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor’”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* 29 (2008), 149-171.

responsabilidad para el autor. Este estudio sobre la defensa de *duress* en el DIP, ha desmitificado esta noción, revelando que su aplicación irrestricta socava la integridad de la justicia penal internacional.

Se ha comprobado que para que la defensa de *duress* pueda prosperar adecuadamente en este plano, cuando los actos fueron producto de una amenaza inminente, inevitable y grave por parte de un ente coaccionador, primero deben corroborarse al menos tres premisas: que sea (i) una defensa normativa basada en el ‘merecido castigo’ del acusado; (ii) una defensa con carácter excusatoria; y (iii) una defensa parcial. Si las tres son afirmativas, entonces sí, cualquier tipo y cantidad de daño es excusable en este contexto.

De igual forma, el estudio permite entender que al traer a colación los preceptos de responsabilidad de mando, se establece el equilibrio entre la presunción de inocencia del acusado y el deber de responsabilidad que tiene un autor de crímenes internacionales. Para garantizar la realización de justicia y para asegurar la reparación de las víctimas, es imprescindible distinguir claramente quién es el autor material del ilícito, y asegurar que se impute debidamente a toda su estructura criminal en cuanto a su participación.

Los hallazgos sugieren que, el alcance y los parámetros de *duress* varían considerablemente entre sistemas legales, y su aceptación como defensa completa siempre ha sido controvertida, especialmente en el DIP, debido a la falta de claridad sobre sus límites y su relación con otros mecanismos como las órdenes superiores.

El trabajo también plantea que el argumento moral de la coacción o miedo insuperable tampoco pueden ser absoluto. Si bien son factores humanamente comprensibles e influyen considerablemente en la determinación de la responsabilidad, no pueden utilizarse para justificar la comisión de crímenes graves contra personas inocentes sin considerar las consecuencias éticas y legales.

El análisis enfrentó limitaciones en cuanto al acceso a jurisprudencia detallada sobre casos contemporáneos de *duress* en tribunales internacionales. Además, la diversidad de enfoques doctrinales y jurisprudenciales entre distintos tribunales y sistemas legales planteó desafíos para establecer un consenso unificado. Otra limitación importante es la falta de estudios empíricos que exploren la percepción de los agentes sobre las órdenes superiores y su relación con la *duress*, lo cual podría enriquecer la comprensión de este fenómeno en situaciones de conflicto.

En este orden de ideas, se sugiere que los tribunales internacionales adopten una postura de defensa parcial en los casos de *duress* considerando la influencia de órdenes

superiores. Esto implica reducir la pena, permitiendo así una respuesta judicial equilibrada que respete los derechos humanos y la integridad del DIP. Asimismo, se sugiere que los tribunales desarrollen criterios uniformes y lineamientos más específicos sobre la aplicabilidad de *duress* mediante la apertura de nuevas líneas de investigación en cuanto a la interrelación de esta defensa con otros fenómenos de la materia.

Para esto, debe estar abierta una base normativa sólida para entender cómo las presiones y las órdenes se combinan en la práctica, conforme a las condiciones de cada caso. Se espera que esta perspectiva logre encontrar un balance al evitar tanto la sobre penalización de los subordinados como la impunidad de los líderes.

Finalmente, se recomienda que se reforme el ER a partir de la adopción de una enmienda en la Asamblea de Estados Parte, órgano de supervisión que toma las decisiones importantes acerca del funcionamiento de la CPI. El contenido de la propuesta de enmienda en cuestión será modificar las disposiciones del artículo 31 (1) (d). El texto propuesto deberá hacer hincapié en el alcance de *duress*, para lo cual deberá solicitar que se elimine el supuesto de la clasificación de causas de exclusión de responsabilidad penal.

Se establecerá reubicarlo como un factor de mitigación de la pena y la sentencia en vista de que el actor coaccionado obró como autor mediato del crimen, mientras que el dominio de la acción residía plenamente en quién lo coaccionó.

Para estos efectos, el enfoque de la enmienda será la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 110 (4) en lo referente al examen de una reducción de la pena. Se especificará cómo se debe evaluar el *duress* como circunstancia atenuante en función de una evaluación estructurada de las directrices que caracterizan a la defensa.

