

ESTADO DE NECESIDAD: PRESUPUESTOS Y APLICACIÓN EN EL CASO ONGWEN¹.

1. Introducción

El 6 de diciembre de 2016 la Corte Penal Internacional (CPI) inició el juicio sobre el caso de Dominic Ongwen, quien era el presunto jefe de la Brigada Sinia del Ejército de Resistencia del Señor (LRA²), grupo armado ilegal que operaba principalmente en el norte de Uganda³. Desde el año 2005 se expidió orden de detención contra Ongwen, sin embargo hasta enero del 2015, 10 años después de la expedición de esta orden, fue entregado a la CPI.

El pasado 27 de marzo de 2016 la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP) confirmó 70 cargos presentados por la Fiscalía contra este procesado, los cuales hacen referencia a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, entre ellos: crímenes sexuales cometidos directa e indirectamente por él, la utilización de niños soldados menores de 15 años en actos de hostilidad, asesinato, esclavitud, tortura, saqueo, etc. entre el 1ro de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005⁴ en el norte de Uganda. Dentro de la confirmación de cargos la defensa del Señor Ongwen intentó plantear que no era responsable debido a encontrarse bajo Estado de Necesidad, sin embargo esta defensa fue rechazada por la SCP, al considerar que no se cumplen ninguno de los elementos que configuran este eximente de responsabilidad⁵.

¹ Memorial preparado por: Lucia Carcano, Laura Marcela Mahecha, Maria Paula Martinez, Emely Pardo y Daniela Pedraza como parte de la Clínica Jurídica Internacional de 2016. Este memorial se ha realizado bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo Alonso, y con la cooperación de Álvaro Pio Jaramillo García.

² Por sus siglas en inglés Lord Resistance Army. Este grupo armado surge en la década de 1980, presenta bases cristianas radicales y es uno de los más violentos y antiguos de África. El LRA hace insurgencia contra el Gobierno de Uganda, su ejército (conocido como *Uganda People's Defence Force - UPDF*), unidades de defensa locales (LDUs) y la población civil. Joseph Kony fue su fundador y es su máximo líder, establece una organización jerárquica de tipo militar que se dirige por el "*Control Altar*", el cual es el centro de liderazgo responsable de determinar e implementar la estrategia del LRA, incluyendo impartir órdenes. Adicionalmente el LRA se divide en cuatro brigadas: Stockree, Sinia, Trinkle y Gilva. Ver, *International Criminal Court, Situation in Uganda, The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti, ICC-02/04-01/05, Case Information Sheet*. Información disponible en: <https://www.icc-cpi.int/uganda/kony/Documents/KonyEtAIEng.pdf>

³ Entre 2005 y 2006 las operaciones militares ugandesas obligaron al LRA a salir del territorio de su Estado. Desde entonces no se ha producido ningún ataque atribuible a este grupo armado ilegal en Uganda. J Mora, *El Ejército de Resistencia del Señor (LRA), ¿el principio del fin?:* (2016), 4. Disponible en:

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2016/DIEEEA24-2016_Resistencia_Ejercito_JAMT.pdf

⁴ Competencia temporal de la Corte

⁵ ICC, *Confirmation of charges. Prosecutor vs. Dominic Ongwen*. 66.

No obstante, la defensa del Sr. Ongwen⁶ insiste que su teoría del caso en el juicio oral intentará probar que el defendido se encontraba bajo estado de necesidad debido a las amenazas recurrentes y el ambiente hostil creado por Joseph Kony, “supremo y único” líder del Ejército de Liberación del Señor, y que por ende no debería responder penalmente por los hechos que cometió

El 6 de septiembre de 2016, la Unidad de víctimas de la CPI puso a consideración ante nosotros la siguiente pregunta que buscaremos responder en este memorial:

The Defence of Mr Ongwen has indicated that it will raise at trial grounds for excluding the individual liability of the Accused under article 31 of the Rome Statute and notably the defences of mental disease or defect and duress. Which elements of the two defences must be proven in order to exclude individual liability? How said defences could impact on the interest of victims in the proceedings?

Este documento pretende responder la primera pregunta planteada por la Unidad de Víctimas sólo en cuanto a la defensa por *duress*, de ahora en adelante “Estado de Necesidad”. Para ello se dividirá en dos partes, de manera que se aborde el problema desde la teoría y la práctica: en la primera, explicaremos la defensa de Estado de Necesidad y de cada uno de sus elementos conforme al artículo 31 del Estatuto de Roma, siguiendo las fuentes aplicables según el artículo 21 del mismo⁷, todo esto conforme a las reglas de interpretación de los tratados de la Convención de Viena de 1969. En la segunda parte analizaremos el caso de Dominic Ongwen y la posibilidad de aplicación del Estado de Necesidad como defensa, para posteriormente concluir que como clínica jurídica, estamos de acuerdo con los argumentos de la SCP para rechazar la defensa de estado de necesidad, pues en el caso del Dominic Ongwen no se satisfacen los elementos requeridos para dicha la defensa.

2. Estado de necesidad según el Estatuto de Roma (ER)

El artículo 31 del ER, sobre las circunstancias eximentes de responsabilidad dicta que:

⁶ International Criminal Court, *Prosecutor vs. Dominic Ongwen* (2016) disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_03711.PDF

⁷ Estatuto de Roma de la CPI, Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba, tratados aplicables, principios y normas del derecho internacional, principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos y principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

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:

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

- i) Haber sido hecha por otras personas; o
- ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

De la redacción del artículo se puede deducir que el Estado de Necesidad⁸ consta de tres elementos⁹: (i) la amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o

⁸ Este documento analizará el Estado de Necesidad sin distinción entre las causas de la amenaza, es decir entre el artículo 31 (1) (d) (i) y 31 (1) (d) (ii) del ER, pues como lo indica Kai Ambos: el derecho penal internacional ha renunciado tradicionalmente a una diferenciación entre *coercion* (31;1;d;i) y *nessecity* (31;1;d;ii). “La CDI y el relator Thiam han sostenido el punto de vista de que el estado de necesidad (“necessity”) y el estado de necesidad por coacción (“coerción”) están sujetos a los mismos requisitos”. Agregando que la jurisprudencia de Nuremberg utilizó con frecuencia la palabra “necessity” aunque con ello aludía a “duress” (coercion). Ver, Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática* (Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005), 466.

⁹ Así lo indica Kai Ambos al afirmar respecto al Estado de Necesidad por Coacción que “Esta disposición contiene los siguientes presupuestos: - Un peligro inminente de muerte o un peligro inminente o continuo de lesiones corporales graves para el agente u otra persona (...) - Una acción (de estado de necesidad) necesaria y razonable - Desde el punto de vista subjetivo, una acción dirigida a evitar el peligro y sin la intención de causar un daño mayor que el que se propone evitar” **Subrayado fuera del texto original.** Kai Ambos. *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática* (Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005): 466 - 467. Ilias Bantekas, refiriéndose al artículo 31 (1)(d), por su parte indica que “according to this provision, an accused is exculpated from the underlying offence where: (a) the treat is not brought about by actions attributed to the accused (...) (b) the accused has taken all necessary and reasonable action to avoid this threat; and (c) the accused does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided”. **Subrayado fuera del texto original.** I. Bantekas & S. Nash, *International criminal law*. Routledge. (Oxford and Portland: HART publishing 2009), 109. En sus comentarios más recientes sobre el Estatuto de Roma, Otto Triffterer y Kai Ambos explican el artículo 31 (d) sobre duress dividiéndolo en 4 elementos. Los primeros tres idénticos a los que recogemos en este artículo y un cuarto: “Conduct alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court”. Triffterer, O y Ambos, K. *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*. 3 ed. C.H Beck, Hart, Nomos. p. 1151

Antonio Cassese en su libro “The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary” al hacer el análisis del párrafo (d) del artículo 31 ER establece, igualmente, que este contiene los siguientes elementos: “1. *a threat of imminent dead or continuing or imminent serious bodily harm against the person concerned or a third person made by other persons or by circumstances beyond that person’s control*, 2. *a necessary and reasonable reaction to avoid this threat*, 3. *on the subjective level, the corresponding dolus (not intending to cause a greater harm than the one sought to be avoided)*”. Estos

inminentes para el acusado u otra persona, (ii) el actuar necesaria y razonablemente para evitar la amenaza y (iii) la no intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

Previo a analizar cada elemento del Estado de Necesidad se debe aclarar que, si bien esta defensa está consagrada como un eximente de responsabilidad, en caso de no ser probada en su totalidad podrá ser tenida en cuenta como atenuante¹⁰ al momento de imponer la pena. Dado que, conforme a la regla 145(2)(a)(i) de Procedimiento y Prueba del ECPI, la Corte tendrá en cuenta como atenuantes “*las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción*”¹¹.

2.1. Primer Elemento: amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para el acusado u otra persona

Este primer elemento está compuesto por los siguientes tres sub-elementos: (i) tener una existencia objetiva o posibilidad efectiva de materializarse¹², (ii) ser inminente, bajo el entendido de que esta puede haberse presentado con anterioridad, aunque separada temporalmente, o durante los actos, pero su impacto debe ser tal que constituya la causa de los mismo¹³ y (iii) el origen de la amenaza debe ser causado por otra persona o por circunstancias ajenas al control del acusado¹⁴, es decir, se debe analizar si las acciones del acusado de alguna manera supusieron la situación de riesgo¹⁵. Es importante mencionar que no cualquier amenaza podría encajar en la defensa de

elementos resultan concordantes con los expuestos. Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J. R. (Eds.). (2002). *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press. P. 1037.

¹⁰ Kittichaisare haciendo referencia al caso Erdemovic nos recuerda también que: “*The dissenting Judges opined that when duress fails to provide a defence because the aforesaid conditions are not fulfilled, it may still be considered in mitigation of the sentence*” [Erdemovic (app. Ch.), para 19. Separate opinions of Judge McDonald and Vohrah and dissenting opinion of judge Li, and Casese and Sethepen]. K Kittichaisaree, *International criminal law*. (Oxford University Press:2001) 263.

¹¹ Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba.

¹² “Un peligro o amenaza (“threat”) en el sentido del art. 31 (1)(d) ha de entenderse -como en el derecho internacional- como una situación objetiva en la cual en razón de determinadas es probable la producción del daño” Kai Ambos. *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática* (Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005): 478.

¹³ “El peligro debe amenazar de manera inminente (...). En este caso el término inminencia debe ser entendido en el sentido del concepto alemán de “actualidad”, por lo cual básicamente comprende los daños que son inminentes, los que tienen lugar en el preciso momento y los que aún perduran”. Kai Ambos. *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática* (Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005): 478.

¹⁴ Véase la nota al pie No. 7 respecto a Ilias Bantekas literal (a).

¹⁵ El Tribunal militar estadounidense que decidió el caso Einsatzgruppen determinó también tres sub-elementos, que se pueden entender sustancialmente como los que identifica nuestra postura: “Let it be

estado de necesidad, sino que por el contrario y en concreto, en relación a las lesiones corporales que puede ocasionar ésta, es indispensable que éstas sean de tal gravedad para que se pueda obtener una defensa exitosa.¹⁶

Sobre el primer sub-elemento, se entiende que la existencia objetiva de la amenaza, o la posibilidad real de esta debe darse al momento de la comisión del crimen. Se entiende entonces que por regla general, la mera existencia de un contexto de amenaza no bastará para que se consolide el estado de necesidad si no hay prueba fehaciente sobre la posibilidad de que esta se materializara directamente sobre el acusado¹⁷. Sobre esto Triffterer y Ambos exponen que “the threat must be objectively given and not merely exist in the perpetrator’s mind”¹⁸. Y Werle ha aclarado que, los peligros continuados solo “quedan incluidos siempre y cuando la lesión del bien jurídico pueda producirse en cualquier momento. En cambio no resulta suficiente una probabilidad elevada de lesión general, como por ejemplo - la omnipresencia de la Gestapo - en el Tercer Reich”¹⁹.

Por otro lado, dentro de la tradición del *common law*, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales en el caso R v. Hudson y Taylor (1971) estableció que: “*Es esencial para la defensa de estado de necesidad que la amenaza sea efectiva en el momento en que se cometa el delito. La amenaza debe ser una amenaza "presente" en el sentido de que es eficaz para neutralizar la voluntad del acusado en ese momento*”²⁰. La corte británica explica con el aparte anterior que si

said at once that there is no law which requires that an innocent man must forfeit his life or suffer serious harm in order to avoid committing a crime which he condemns. The threat, however, must be imminent, real and inevitable. No court will punish a man who, with a loaded pistol at his head, is compelled to pull a lethal lever.”. Law Reports of Trials of War Criminals (15-volume series, prepared by the United Nations War Crimes Commission) (London, H.M. Stationery Office, 1947-1949) vol. IV, p. 43; and United States Reports (Washington, D.C.), vol. 327 (1947), pp. 14-15. citado en http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf pag. 46

¹⁶ ER

¹⁷ Según Triffterer y Ambos, “a merely abstract danger or simply an elevated probability that a dangerous situation might occur would not suffice”. Triffterer, O y Ambos, K. *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*. 3 ed. C.H Beck, Hart, Nomos. p. 1151. Citando a Ambos, *Treatise on International Criminal Law* (2013) 357 et seq; Werle and Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (2014) mn 638, giving the example of the abstract omnipresence of the Gestapo in the Third Reich. The concrete imminence of the threat could become pertinent in a case of coerced recruitment, especially of child soldiers, since an accused cannot raise the duress defence, if he was ‘only’ coercively enrolled generally but not forced to commit the charged offence

¹⁸ Triffterer, O y Ambos, K. *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*. 3 ed. C.H Beck, Hart, Nomos. p. 1151 citando Ambos, *Treatise on International Criminal Law* (2013) 357; Cryer, in: Cryer et al. (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2014) 408.

¹⁹ Gerhard Werle. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant Lo Blanch 2005: 249.

²⁰ “*It is essential to the defence of duress that the threat shall be effective at the moment when the crime is committed. The threat must be a 'present' threat in the sense that it is effective to neutralise the will of the accused at that time*”; R v Hudson and Taylor (1971) 56 Cr App R 1, Disponible en:

la amenaza pierde su efecto neutralizante o la amenaza de violencia futura es tan remota que no alcanza a dominar la voluntad de la persona, la defensa de estado de necesidad no será posible, pues una persona no puede justificar un crimen solo para asegurar su propia tranquilidad²¹.

Adicionalmente, la jurisprudencia ugandesa al desarrollar el elemento de la compulsión²² indica que la defensa de ésta no puede limitarse a meras manifestaciones de actuar bajo una orden o que lo obligaron a hacerlo ya que esto no necesariamente indica que la persona no tuvo la voluntad de participar del hecho o que estaba compelido a hacerlo. Es decir, que debe haber hechos concretos que permitan evidenciar la amenaza que cercena la voluntad del sujeto de tal forma que lo lleva a actuar en ese sentido²³. Esto puede entenderse como armónico con lo que dicta la CPI sobre la veracidad de la amenaza, pues esta no puede solamente existir en la mente del sujeto²⁴, debe tener una existencia objetiva y tener posibilidades de ser efectiva directamente sobre el acusado.

El segundo subelemento que consiste en la inminencia de la amenaza tenemos que conforme al ER se requiere que se esté frente a una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes. El término inminente, como se ha estudiado dentro de los Tribunales Ad-hoc, abre la puerta para que la amenaza se analice desde dos perspectivas (i) una amenaza que, a pesar de su anterioridad en el tiempo, puede considerarse la causa de la comisión de múltiples actos de forma global, o (ii) una amenaza que se debe dar inmediatamente

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html>

²¹ “Similarly a threat of future violence may be so remote as to be insufficient to at the moment when the offence was committed, or the accused may have elected to commit the offence in order to rid himself of a threat hanging over him and not because he was driven to act by immediate and unavoidable pressure. In none of these cases is the defence of duress available because a person cannot justify the commission of a crime merely to secure his own peace of mind” Court of Appeal (criminal division) *R v Hudson Taylor [1971]* disponible en:

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1971/2.html>

²² Es la figura jurídica ugandesa asimilable al Estado de Necesidad del ER al enunciar los elementos que la configuran en la sección 16 del Código Penal Ugandés que se presentará con posterioridad.

²³ Uganda. *Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v Uganda* ((Criminal Appeal No.44 of 2001)) [2004] UGSC 36 (18 May 2004)

²⁴ A diferencia de algunos trabajos preparatorios donde se planteaba que la persona que creyera fundadamente estar bajo una amenaza estaba cobijada por el Estado de Necesidad. “Coacción/Coerción 1. Una persona [estará exenta de responsabilidad penal y] no podrá ser castigada si actúa bajo coacción o coerción. 2. Se considerará que una persona actúa bajo coacción o coerción en los casos siguientes: [a] Si [tiene fundamentos para creer que] existe amenaza [inminente] [actual] [o de otra manera inevitable] [ilegítima] de fuerza o uso de fuerza en contra suya o de un tercero;] [a] Si [tiene fundamentos para creer que] existe amenaza [inminente] [actual] [o de otra manera inevitable] de muerte o lesión corporal grave en contra suya o de un tercero;] (...)” **Subrayado fuera del texto original.** Ver, Naciones Unidas, Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Volumen II (Compilación de propuestas), Asamblea General de Naciones Unidas, Documentos Oficiales *Quincuagésimo primer período de sesiones* Suplemento No. 22A (A/51/22)[6] (1996).

antes de cada acto estudiado individualmente²⁵.

En los reportes realizados por la Comisión de Naciones Unidas para los Crímenes de Guerra se intentó aclarar la inminencia de la amenaza de la siguiente manera: “*the argument that, in committing the acts complained of, the accused acted under an immediate threat to himself. This may be called the plea of duress*”²⁶

El Tribunal Militar de Estados Unidos actuando conforme a la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en el caso High Command también acogió la posición de relacionar inminencia con inmediatez. El Tribunal afirmó que el cumplimiento de órdenes de un superior por miedo a amenazas que no fuesen inmediatas no configura la defensa de coerción o Estado de necesidad²⁷.

En cuanto al Código Penal de Uganda, en su sección 16²⁸ que consagra la compulsión como eximente de responsabilidad, establece como uno de los elementos para que ésta se configure que el acto u omisión debe realizarse como consecuencia de amenazas de asesinato o causar serios daños al cuerpo o a la integridad física. La inminencia se consagra en la medida en

²⁵ El TPIR no se pronuncia al respecto y dentro del TPIY solo hay un caso que lo trata: *Prosecution vs Drazen Erdemovic*, en el que el señor Erdemovic se declara culpable de haber cometido 70 asesinatos en el marco de la Masacre de Srebrenica pero alega en su declaración de culpabilidad que el solo cometió dichos actos porque de otra manera lo hubieran asesinado a él. La sala de juicio lo condena por Crímenes de Lesa Humanidad toma su defensa de Coacción como un atenuante, esta decisión es apelada. En su opinión disidente el Juez Cassese (párrafo 16) establece el requisito de amenaza inminente a la vida o integridad corporal como uno de los elementos esenciales del estado de necesidad, La Sala de apelaciones mantuvo la decisión de primera instancia.

²⁶ UWCC, *Law reports of Trials of War Criminals*, Vol. XV, digest of laws and cases (1949).

²⁷ The German High Command Trial, case 72. Trial of Wilhem Von Leeb and 13 others v. United States Militar Tribunal, Nuremberg, 1948. En: UNWCC, *LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS* (1949): p. 72. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-12.pdf. Por otro lado, en la jurisprudencia de los tribunales militares de Nuremberg, bajo la ley No. 10 de control aliado, exactamente en el caso Einsatzgruppen, se estableció un criterio opuesto sobre la necesidad de inmediatez de la amenaza: “la amenaza, sin embargo, debe ser inminente, real, e inevitable. Ningún tribunal castigará a un hombre que, con una pistola cargada en la cabeza, se ve obligado a halar el gatillo de forma letal. Tampoco es necesario que el peligro sea así de inminente para que se evite el castigo.”⁴ *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* [Trials] 474, at 480. *USA v Ohlendorf and Others* [Einsatzgrppen case], disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf

²⁸ “*Compulsion. A person is not criminally responsible for an offence if it is committed by two or more offenders and if the act is done or omitted only because during the whole of the time in which it is being done or omitted the person is compelled to do or omit to do the act by threats on the part of the other offender or offenders instantly to kill him or her or do him or her grievous bodily harm if he or she refuses; but threats of future injury do not excuse any offence.*”

que dichas amenazas no pueden ser a futuro, ya que de serlo así no puede alegarse para eximirse de responsabilidad.

Con relación al tercer subelemento, el artículo 31 del ER también explica que la amenaza puede tener dos orígenes, puede ser hecha por otras personas o por circunstancias ajenas a su control. Esta disposición expone la necesidad de determinar si las acciones del acusado fueron origen de la amenaza sufrida posteriormente, y para cuya evitación se terminó cometiendo el delito. Por ejemplo, la situación respecto a la coacción para cometer delitos dentro de un grupo criminal al que se ingresa voluntariamente.

Este análisis es relevante para nuestro caso particular, y por esta razón se ahondará en el manejo que se le ha dado a este subelemento en la doctrina del ECPI y la jurisprudencia de los tribunales.

Eser, analizando el artículo 31(d) del ECPI ha dicho sobre este tema “the accused must see himself or another person exposed to a threat which can either be made by other persons, as is the case if the person concerned is the victim of coercion, or constituted by other circumstances beyond that person’s control, as in the case of danger which does not result from another person’s action, but from other sorts of endangerment by natural forces or technical menaces”²⁹

El ECPI no impone ningún requisito sobre la relación que debe existir entre “the coercer and the coerced”³⁰; según lo cual la amenaza puede provenir de cualquier persona u entidad y no necesariamente de un superior. Autores como Ambos³¹ y Bassiouni³² se ha enfrentado a esta problemática, bajo el entendido de que los altos mandos no tienen sobre ellos quien les imponga una amenaza tal que los haga actuar bajo un estado de necesidad.

EL TIPY se enfrentó al análisis del tercer sub-elemento frente a la defensa de Estado de necesidad en el caso *Prosecutor v. Miroslav Kvočka*³³. En esta ocasión, la sala de apelaciones

²⁹ Albin, Eser, Article 31, margin No. 35, in *Commentary on the Rome Statute* (Otto Triffterer ed, 1999).

³⁰ Cassese hace referencia a este asunto al establecer que “*The pressure itself must be directed against the person concerned or against any third person, i.e. the provision does not require a special relationship between the person threatened and the actor.*” (subraya fuera del original). Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J. R. (Eds.). (2002). *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press. P. 1038

³¹ Ambos K in ‘Other grounds of excluding criminal responsibility’ in Cassese A, Gaeta P & Jones RWD (Eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary 1* (2002) 1022.

³² “Bassiouni MC Crimes against Humanity in *International Criminal Law 2ed* (1999) 491 originates this argument by stating that ‘decision-makers, senior and mid-level executors’ are excluded from operation of the defence.

³³ *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al IT-98-30/1/A Judgment of 28 February 2005*. p. 80. available at

consideró que, incluso si se aceptase que la evidencia presentada por el acusado respaldaba el hecho de que él había sido llevado al campamento bajo estado de necesidad; la ausencia de evidencia que indique que continuó trabajando bajo amenaza invalida la defensa.³⁴

El tribunal del caso Einsatzgruppen se pronunció respecto a la relación que puedan tener las acciones del acusado que lo hayan puesto en la situación de coacción, y la posibilidad de alegar la defensa de estado de necesidad. En esta ocasión se determinó que si antes de haber recibido la orden ilegal que constituye la coacción, se tenía conocimiento de que esta podría ser el paso lógico a seguir en el desarrollo de un proyecto claramente ilegal desde su fundamento, el acusado no podrá excusarse en el estado de necesidad.³⁵

La jurisprudencia del common law ha desarrollado ampliamente la aplicabilidad de la defensa en casos de pertenencia a grupos ilegales o rebeldes.³⁶ Por ejemplo, ha establecido que un acusado que se une a una rebelión bajo amenazas no puede alegar estado de necesidad si él permanece con los rebeldes después de que la amenaza perdió sus efectos y su voluntad ha tenido

<http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>. la Sala de apelaciones concluyó que Kvočka trabajó de forma voluntaria en el campo de concentración de Omarska, lo cual se evidenció en actuaciones “such as (i) his own declaration that, had he been given the choice, he would have continued working in the camp until its closure;474 (ii) the fact that when he was relieved of his duties at Omarska in June because, by his account, he was not regarded as sufficiently anti-Muslim, he was simply re-assigned to another police station at Tukovi;475 (iii) the fact that there was no evidence before it that indicated that Serbs working in the camp who assisted or tried to improve the situation of the non-Serb detainees were punished;476 (iv) the fact that Kvočka did not allege duress, nor plead it as a mitigating factor.477 The Appeals Chamber finds that a reasonable trier of fact could have reached the conclusion that Kvočka worked willingly in the Omarska camp”. p. 80

³⁴ The Appeals Chamber considers that, even if Prca}’s statement in his interview with the Prosecution provided evidence that he may have gone to the camp under duress, in the absence of any further evidence that Prca} continued to work at the camp as a result of such duress, the Trial Chamber’s finding is entirely reasonable. *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al IT-98-30/1/A Judgment of 28 February 2005*. p. 80. available at <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>. p. 220

³⁵ “If the cognizance of the doer has been such, prior to the receipt of the illegal order, that the order is obviously but one further logical step in the development of a program which he knew to be illegal in its very inception, he may not excuse himself from responsibility for an illegal act which could have been foreseen by the application of the simple law of cause and effect.” *USA v Ohlendorf and Others* [Einsatzgruppen case], 4 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 [Trials]* 474, at 480. disponible en:

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf

³⁶ Este elemento ha tenido un desarrollo desde varias décadas atrás. Uno de los casos en que se trata este punto con más claridad es el *R v Fitzpatrick [1977]*, en el que se afirmó que: “*If a person voluntarily exposes and submits himself, as the appellant did, to illegal compulsion, he cannot rely on the duress to which he has voluntarily exposed himself as an excuse either in respect of the crimes he commits against his will or in respect of his continued but unwilling association with those capable of exercising upon him the duress which he calls in aid.*”

la oportunidad de reafirmarse.³⁷

Este requisito reconocido por el *common law* es aceptado por algunos doctrinantes como Bantekas³⁸, Cryer³⁹ y Kittichaisaree⁴⁰ y plantean la existencia de un requisito que debe cumplir la amenaza: que esta no sea creada por la misma persona que invoca tal defensa. En ese sentido, se afirma que la situación que genera la amenaza o coerción no debe ser provocada o creada voluntariamente por la persona bajo coacción.⁴¹ Además de lo anterior, ningún acto que haya generado la amenaza puede ser atribuido al acusado porque de ser así no procedería la defensa por estado de necesidad. De igual manera también se menciona que el hecho de formar parte de una organización criminal de manera voluntaria es una forma evidente de demostrar que el acusado sabía de la situación de amenaza que se podría presentar⁴².

2.2. Segundo elemento: el actuar necesaria y razonablemente para evitar la amenaza.

Este elemento confronta los actos realizados por el acusado con la amenaza a la que se enfrentaba, y exige que tales actos hayan sido (i) **necesarios para repeler la amenaza** y (ii) razonables en el sentido de **proporcionales** a la amenaza. A falta de casos en que se haya aplicado esta defensa por la CPI, la doctrina que ha analizado el Estado de necesidad en el ECPI afirma la exigencia de estos dos requisitos.

2.2.1. Necesidad

³⁷ Hence an accused who joins a rebellion under the compulsion of threats cannot plead duress if he remains with the rebels after the threats have lost their effect and his own will has had a chance to reassert itself (McCrowther's Case (1746) Foster's Crown Cases 13: A-G v. Whelan (1934) I.R.518), citados en:

<https://books.google.com.co/books?id=w-ToAAQBAJ&pg=PA370&lpg=PA370&dq=accused+who+joins+a+rebellion+under+the+compulsion+of+threats+cannot+plead+duress&source=bl&ots=GD81MohUap&sig=bgHG2ylix3ka40dNldkZ6JXDtB8&hl=es>

-
419&sa=X&ved=0ahUKEwj52anq2IDQAhVCfiYKHSc2CogQ6AEIITAB#v=onepage&q=accused%20who%20joins%20a%20rebellion%20under%20the%20compulsion%20of%20threats%20cannot%20plead%20duress&f=false

³⁸ I. Bantekas & S. Nash, *International criminal law*. Routledge. (Oxford and Portland: HART publishing 2009), 108 a 112.

³⁹ Cryer, Robert. *An introduction to international criminal law and procedure*. (Cambridge University Press, 2010) 410.

⁴⁰ K. Kittichaisaree. *International criminal law*. (Oxford: Oxford University Press: 2001) 263.

⁴¹ Bantekas, I., & Nash, S. (2009). *International criminal law*. Routledge; Kittichaisaree, K. (2001). *International criminal law*. (Oxford University Press: 2001) 109.

⁴² Geert-Jan Knoops. *Defenses in contemporary international criminal law*. (Brill: 2008)Vol. 27, 58.

Eser define la necesidad como “*the act directed at avoiding the threat must be necessary in terms that no other means are available*”⁴³. El elemento de necesidad ha sido entendido usualmente en estos términos, es decir, que el acusado no tenía otros medios para evitar la amenaza que aquellos que utilizó. En ese sentido, Cassese establece que “*In this sense, it is clear that the means used have to be apt and efficient, that the harm should be limited to that absolutely necessary to avoid the threat (...)*”⁴⁴.

Este sub-elemento fue analizado por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el caso Flick., donde “*Flick and Weiss had increased the production quota beyond what was required which was determinative of the rejection of their plea of duress*”⁴⁵. En esta ocasión, el Tribunal “*also analysed whether the actor only did enough to meet the specific threat occasioned to him or went beyond that strictly required to offset that threat, which would suggest voluntariness of the actor’s actions*”⁴⁶.

2.2.2. Razonabilidad entendida como proporcionalidad

Para propósitos de la CPI, el requisito de razonabilidad se entenderá en términos de proporcionalidad. Esta premisa se ha desarrollado a través de la doctrina que analiza el ECPI, tal y como se expondrá a continuación:

Ambos indica que: si bien el art. 31(1)(d) no exige expresamente la proporcionalidad como pasa en la legítima defensa - art. 31(1)(c) -, sino que se exige que la acción sea necesaria y razonable, “*la diferencia parece ser solamente de naturaleza terminológica, pues el adjetivo “reasonable” puede ser tenido como concepto superior que abarca una acción razonable, proporcional, u otra*”⁴⁷. Esto mismo lo sostiene Antonio Cassese⁴⁸. Bantekas a su vez utiliza con frecuencia la palabra “*proportionality*” al referirse al requisito de razonabilidad⁴⁹. Cryer por su parte sostiene que: “*The reactions of the person seeking to use the defence must be both*

⁴³ Albin, Eser, Article 31, margin No. 38, in *Comentary on the Rome Statute* (Otto Triffterer ed, 1999).

⁴⁴ Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J. R. (Eds.). (2002). *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press. P. 1040.

⁴⁵ Flick trial, paras. 1199–200

⁴⁶ Joyce, Marcus. "Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse." *Leiden Journal of International Law* 28, no. 03 (2015): 623-642. p. 638.

⁴⁷ Kai Ambos. *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática* (Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005): 466

⁴⁸ “*(...) this difference seems to be only of a terminological nature since the term ‘reasonable’ can be considered an umbrella term encompassing ‘necessary’, ‘proportionate’, etc.*”. Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J. R. (Eds.). (2002). *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press. P. 1040.

⁴⁹ Bantekas, I., & Nash, S. . *International criminal law*. (Routledge:2009) 108 a 112

*necessary and reasonable in the circumstances to avoid the threat. The test is similar to that of proportionality in self-defence*⁵⁰". Finalmente, Eser afirma al comparar la razonabilidad en el estado de necesidad, con los pre requisitos de self-defence: "reasonable in term of being able to reach the desired effect, as well as adequate in terms of not being unreasonably disproportionate"⁵¹. Se puede decir que existe un consenso, al menos parcial en la doctrina, sobre la razonabilidad como proporcionalidad⁵².

Los trabajos preparatorios del ECPI internacional, nos permiten llegar también a la conclusión de que la proporcionalidad es en el marco del artículo 31(1)(d) el parámetro para comprender la razonabilidad que se exige entre la amenaza y las acciones⁵³ emprendidas para repelerla. Así, el coordinador del Comité Preparatorio para la CPI, comité, al analizar las propuestas de los Estados en 1996, expone las dudas más frecuentes que tienen los Estados respecto a la definición de duress, una de ellas "e) la necesidad de que exista proporcionalidad entre el daño que se ha de evitar y el daño causado por el acusado"⁵⁴. Esto se repite en la compilación de propuestas del quincuagésimo primer período de sesiones del Comité Preparatorio⁵⁵.

⁵⁰ Robert Cryer. *An introduction to international criminal law and procedure*. (Cambridge University Press, 2010) P. 412, 413.

⁵¹ Albin, Eser, Article 31, margin No. 38, in *Comentary on the Rome Statute* (Otto Triffterer ed, 1999).

⁵² Por otro lado Kittichaisaree cita dos opiniones disidentes del caso Erdemovic que también hacen referencia a la proporcionalidad, aunque en este caso en sentido negativo, desproporcionalidad. "Judge Cassese and Judge Stephen dissented on the grounds that duress can be a defence, provided that the following conditions are fulfilled: (...) (3) the crime committed was not disproportionate to the evil threatened". K. Kittichaisaree, *International criminal law*. (Oxford University Press: 2001), 263. **Subraya fuera de los texto original.**

⁵³ Por otro lado Kittichaisaree cita dos opiniones disidentes del caso Erdemovic que también hacen referencia a la proporcionalidad, aunque en este caso en sentido negativo, desproporcionalidad. "Judge Cassese and Judge Stephen dissented on the grounds that duress can be a defence, provided that the following conditions are fulfilled: (...) (3) the crime committed was not disproportionate to the evil threatened". K. Kittichaisaree, *International criminal law*. (Oxford University Press: 2001), 263. **Subraya fuera del texto original.**

⁵⁴ General Principles of Criminal Law, disponible en: http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc25862.pdf

⁵⁵ En este mismo sentido, el duodécimo reporte sobre el Proyecto de código de los crímenes contra la paz y la seguridad mundial en 1994, el special rapporteur Doudou Thiam indicó como precedente judicial aquel establecido por el Tribunal Militar Internacional establecido por el tribunal de Nuremberg y por la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado. Según él, estos tribunales han admitido los conceptos de coerción y estado de necesidad con algunas reservas y condiciones, como que no debería existir desproporción entre lo que fue preservado y lo que fue sacrificado con el fin de evitar la amenaza. El reportero además agrega que "The requirement of proportionality between the good or preserved interest and the good or sacrificed interest was emphasized, in particular in the Krupp case and others". Ver: A/CN.4/460 and Corr.1 - Twelfth report on

El análisis de los comités preparatorios también se puede complementar con el del duodécimo reporte sobre el Proyecto de código de los crímenes contra la paz y la seguridad mundial de 1994. En este, el Relator Especial Doudou Thiam expuso que existía un precedente judicial establecido por el TMI de Nuremberg y por la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, según el cual los conceptos de coerción y estado de necesidad pueden admitirse con algunas reservas, como que no debería existir desproporción entre lo que fue preservado y lo que fue sacrificado con el fin de evitar la amenaza⁵⁶.

Pasando al análisis jurisprudencial, el caso Einsatzgruppen, desarrollado conforme a la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, establece que *“No sería una excusa adecuada, por ejemplo, si un subordinado, bajo órdenes, asesina a un persona que se sabe que es inocente, porque al no obedecer, él mismo se arriesgaría a pasar días de confinamiento”*⁵⁷.

Así mismo, en el caso Krupp, también llevado a cabo conforme a la mencionada Ley, el Tribunal se refirió a los daños que habría sufrido el acusado (la pérdida potencial de sus plantas industriales) como insuficientes para satisfacer el requisito de proporcionalidad⁵⁸, en tanto que la posibilidad de que el acusado fuese enviado a un campo de concentración era teórico⁵⁹.

the draft code of crimes against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur. pag. 31. Disponible en: https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc32231_03.pdf.

⁵⁶ El reportero además agrega que “The requirement of proportionality between the good or preserved interest and the good or sacrificed interest was emphasized, in particular in the Krupp case and others”. Ver: A/CN.4/460 and Corr.1 - Twelfth report on the draft code of crimes against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur. pag. 31. Disponible en: https://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc32231_03.pdf.

⁵⁷ 4 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 [Trials] , TUNWCC. USA v Ohlendorf and Others [Einsatzgruppen case] 474-480,. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf

⁵⁸ Marcus Joyce, *Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse*, Leiden Journal of International Law [vol. 28] sept. 2015, disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/duress-from-nuremberg-to-the-international-criminal-court-finding-the-balance-between-justification-and-excuse/54631E939AAC9E1E4E5AE01B85AAC5B9>

⁵⁹ *“Si podemos suponer que, como resultado de la oposición a las políticas del Reich, Krupp tendría perdido el control de su planta y los funcionarios de sus posiciones, es difícil llegar a la conclusión que la norma de estado de necesidad justificaría una opción favorable a ellos y contraria a las desafortunadas víctimas quienes no tuvieron ninguna”* *“Si podemos suponer que, como resultado de la oposición a las políticas del Reich, Krupp tendría perdido el control de su planta y los funcionarios de sus posiciones, es difícil llegar a la conclusión que la norma de estado de necesidad justificaría una opción favorable a ellos y contraria a las desafortunadas víctimas quienes no tuvieron ninguna”*. Krupp Trial, supra note 28, paras. 1142–4

En el caso The IG Farben Trial - *The United States of America vs. Carl Krauch et al (1178)* se reitera lo establecido en el caso Krupp, debido a que se desarrolla la necesidad y proporcionalidad respecto la

2.3. Tercer elemento: la no intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar

Este elemento, contiene una exigencia subjetiva donde la persona que invoca la defensa no tenía la intención de causar un daño mayor al que se proponía evitar. Ambos⁶⁰ y Werle⁶¹ afirman que este requisito lleva a la subjetivización (fundada en el common law) de la defensa pues implica que se deben entrar a analizar las intenciones que tenía el sujeto que se acusa de cometer el delito.

Al analizar los presupuestos establecidos en el ER Antonio Cassese analiza los requerimientos subjetivos que deben verificarse. Para Cassese se hace inaplicable la defensa de Duress en cualquier caso en el que el actor voluntariamente y con intereses propios haya cometido un crimen, es decir, que haya existido una intención propia de causarlo. Sin embargo el ECPI, en específico, solo exige que la intención del actor no sea causar un daño mayor al que se propone evitar, a lo que Cassese responde que dicho requerimiento solo puede ser entendido desde el espíritu de las negociaciones en Roma, pues no es específico y obligará a que la fiscalía demuestre esta intención⁶².

Frente a cómo se debe interpretar este elemento, la jurisprudencia de los tribunales internacionales no da luces toda vez que no contienen un requisito semejante⁶³. En el marco de los tribunales Ad-hoc y de los procesos desarrollados conforme a la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, el tercer elemento⁶⁴, se limita a establecer que no debe haber una *moral choice* para que

amenaza proveniente del Tercer Reich y sus políticas de gobierno frente a los beneficios que se reportaban por las plantas industriales al usar trabajo forzado, en donde particularmente los empresarios obtienen provecho personal por las circunstancias que se imponen por el gobierno, es decir que no resulta razonable ni necesario acorde a la amenaza.

⁶⁰ Kai Ambos, "La parte general del derecho penal internacional." *Bases para una elaboración dogmática* (Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005): 466. P. 482

⁶¹ Gerhard Werle. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Tirant Lo Blanch 2005: 249.

⁶² Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J. R. (Eds.). (2002). *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press. P. 1041

⁶³ "This evaluation of the intention of the accused as to the level of harm caused amounts to a subjective element which has not been previously employed in cases of necessity or duress". Joyce, Marcus. "Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse." *Leiden Journal of International Law* 28, no. 03 (2015): 623-642. p. 639

⁶⁴ ICTY. *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic. Sentencing Judgement*. (05 marzo de 1998). ICTY, Prosecutor vs. Drazen Erdemovic. *Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*. (07 oct. 1997) En el caso EINSATZGRUPPEN, el Tribunal Militar Internacional, aclaró que frente a ordenes de superiores "The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible". Military Tribunal II, *The Einsatzgruppen case*, Case

se configure la defensa⁶⁵. Sin embargo, al hacer el desarrollo de este requisito los tribunales se limitan a estudiar la capacidad que tenía la persona y no la voluntad de la misma, lo cual se aleja del espíritu del ECPI que es encontrar la intención del sujeto.

Después de analizar el tercer elemento, podemos encontrar que su desarrollo se ha limitado mayoritariamente a las disposiciones del ECPI. De esta manera, su cumplimiento se entenderá realizado si el acusado puede demostrar que su intención no era causar un daño mayor al que se proponía evitar, lo cual podría evidenciarse a través de los discursos dados por el acusado, los planes en que se encuentra involucrado o su participación en eventos previos, concomitantes o posteriores a los crímenes cometidos⁶⁶. Además, será necesario tener en consideración que este requisito trabaja conjuntamente con el anterior de manera que, si un individuo logra actuar razonablemente de tal forma que sus actuaciones sean objetivamente proporcionales, es porque posiblemente haya logrado subjetivamente ponderar los bienes jurídicos que se pretendían defender y los que fueron afectados.

3. Aplicación al caso Ongwen

Como lo afirma su defensa, Dominic Ongwen fue una víctima más del conflicto armado ugandés. Reclutado ilegalmente por el LRA mientras iba camino a su escuela en 1990, con apenas 10⁶⁷ años de edad, se hace evidente la gran injusticia que se cometió contra él. A tan corta

No. 9, *the united states of america v. (...) members of the einsatzgruppen* group. 55. Disponible en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Einsatzgruppen.pdf>

⁶⁵ "As with the ICTY Statute, there is no reference to the moral choice test". Joyce, Marcus. "Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse." *Leiden Journal of International Law* 28, no. 03 (2015): 623-642. p. 639

⁶⁶ El ejemplo más claro de un crimen que necesite que se configure una intención especial es el Genocidio que tiene como uno de los elementos un dolo especial. En la Decisión de Orden de Arresto contra Al Bashir, la única decisión que desarrolla este crimen en el marco de la CPI, este elemento subjetivo se prueba a través del estudio de planes y discursos de los cuales se puede inferir la intención de erradicar los grupos étnicos de Fur, Zaghawa y Masalit. ICC. *the prosecutor v. omar hassan ahmad al bashir ("omar al bashir"), decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. 4 marzo 2009.

⁶⁷ Su defensa (9.5 años exactamente) y su familia concuerdan con esta edad, sin embargo otras fuentes afirman que Ongwen fue reclutado a los 14 años. Esto como consecuencia del debate vigente que plantea la defensa sobre su edad "The Defence submits that, contrary to the Prosecution's assertion, Dominic is approximately 37 years-old. Although the Prosecution claims that Dominic is 40 years old, being born in May of 1975 (...)", "After investing years investigating the case from 2004 through 2010, the Office of the Prosecutor determined that Dominic was born in May 1978. The Prosecution talked to his family and asked about birth records. They know that the records no longer exist. It is disingenuous to now say that his birth was in 1975". International Criminal Court, *Prosecutor v. Dominic Ongwen, Third Public Redacted Version*

edad fue obligado a presenciar actos de barbarie propios de cualquier conflicto armado e inapropiados para cualquier menor de edad, aparte de ello la defensa indica que como niño soldado fue adoctrinado bajo amenazas, torturado y forzado a ejercer actos violentos contra otras personas⁶⁸.

Según el abogado defensor estas amenazas fueron constantes durante todo el tiempo en que Ongwen militó en el LRA, incluyendo el tiempo en el cual el acusado se convirtió jefe de una de las cuatro brigadas de este ejército, siendo así el segundo al mando para un colectivo importante, como un cabecilla que merecía respeto para todo el LRA.

Para considerar si se configura o no la defensa de estado de necesidad en este caso es necesario analizar si concurren sus elementos objetivos y subjetivos: (a) la existencia de una amenaza real, grave e inminente, de asesinato o daño corporal; (b) la necesidad y proporcionalidad de la conducta -del sujeto activo- frente a la amenaza que se pretendía evitar; y (c) la no intención de causar un daño mayor al que se proponía evitar. A continuación analizaremos dichos presupuestos a la luz del caso de Dominic Ongwen.

La defensa del señor Ongwen para probar el primer elemento respecto la existencia de una amenaza real, grave e inminente, de asesinato o daño corporal debe acreditar las tres características concluidas previamente respecto de la amenaza, es decir: (i) tener una existencia objetiva o posibilidad efectiva de materializarse, (ii) ser inminente (ya sea anterior o durante los hechos punibles) y tener impacto sobre el sujeto que constituya la causa del hecho, y (iii) el origen de la amenaza debe ser causado por otra persona o circunstancias ajenas al control del acusado.

En ese sentido, la amenaza que lleva al señor Ongwen a actuar en los hechos que dan sustento a los cargos proviene del LRA, especialmente de Joseph Kony como “supremo y único” líder de este grupo⁶⁹. Es muy probable que la amenaza existiera y contara con posibilidades

of Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing (18 January 2016) ICC-02/04-01/15-404-Conf. Disponible en:

https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_03711.PDF

⁶⁸ International Criminal Court, *Prosecutor v. Dominic Ongwen, Third Public Redacted Version of Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing* (18 January 2016) ICC-02/04-01/15-404-Conf. Disponible en:

https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_03711.PDF

⁶⁹ Tal como se concluyó de la evidencia en la confirmación de cargos: “The undisputed leader of the organisation was Joseph Kony, from whom emanated all important decisions. To maintain his tight grip on the organisation, Joseph Kony also successfully invoked possession of mystical powers.” International Criminal Court, *Prosecutor v. Dominic Ongwen, confirmation of charges*, 26.

efectivas de materializarse bajo el entendido que el LRA es un grupo armado ilegal formado desde los años 80, que logró estructurarse de tal forma que contaba con suficiente capacidad para ejecutar ataques significativos, es decir que cuenta con medios suficientes para materializar las amenazas que se realizaban a sus miembros⁷⁰.

En el segundo apartado, la inminencia de la amenaza al provenir del LRA, grupo al que pertenecía Dominic Ongwen, estuvo siempre presente y perduró en el tiempo en el que el acusado hizo parte del grupo⁷¹. Si bien Ongwen escaló en la jerarquía hasta alcanzar un cargo dentro de la estructura más alta, Joseph Kony siempre se mantuvo como el líder máximo, es decir, conservaba autoridad sobre el acusado. La defensa debe probar cómo sus actuaciones correspondían a las constantes amenazas de J. Kony, las cuales debían tener tal impacto que causaban la comisión por Ongwen de los hechos ilícitos que se le imputan, aún siendo el presunto líder de una de las cuatro brigadas en que se dividía este grupo armado, la Brigada Sinia.

Finalmente, la defensa debe probar que el señor Dominic Ongwen, una vez cumplió la mayoría de edad (ya que fue reclutado ilegalmente cuando era un niño) y/o una vez se hizo consciente (después de la mayoría de edad) del peligro latente que significaba para su vida e integridad física permanecer en el grupo liderado por Joseph Kony, no siguió integrando el mismo voluntariamente. Dando cumplimiento al último supuesto del primer elemento que requiere que el origen de la amenaza sea causado por otra persona o circunstancias ajenas a su control.

Además de demostrar que la amenaza era real e inminente y que no fue causada por él mismo, la defensa del sr. Ongwen también deberá probar en segundo lugar que sus actos fueron (i) necesarios para evitar que la amenaza supuestamente constante y ejercida por Joseph Kony y sus asesores a su vida se consumara, y (ii) proporcionales (en el sentido de razonables) a dicha amenaza.

Si bien Ongwen fue reclutado en contra de su voluntad siendo niño en un grupo con jerarquías fuertemente establecidas, él logró ocupar varios cargos en donde su superioridad en la escala jerárquica le permitía emitir órdenes a sus subordinados. Ongwen en varias ocasiones ejerció cargos de suma importancia y superioridad como lo fue en el año 2002 como comandante

⁷⁰ Como ejemplo de esta posible materialización de las amenazas puede traerse a consideración la presunta muerte de Vincent Otti, miembro de la cúpula líder del LRA, a manos de Joseph Kony. Ver "*How Vincent Otti was Killed*", disponible en:

<http://dioceseofnorthernuganda.blogspot.com.co/2007/12/how-vincent-otti-was-killed.html>

⁷¹ Se aclara que este apartado, al igual que todo el texto, hace referencia a la pertenencia de Ongwen al LRA hasta el 31 de diciembre del año 2005, a menos que se indique lo contrario.

del batallón Oka, en el 2003 como el segundo en mando de la Brigada de Sinia y en el 2004 como comandante de toda la brigada mencionada.⁷²

Estos ascensos fueron el resultado directo del alto desempeño del sr. Ongwen en las operaciones,⁷³ incluso proponiendo voluntariamente operaciones a Joseph Kony⁷⁴. Es decir, que las acciones que cometió fueron de tal alcance, que lo hicieron distinguirse entre sus compañeros, y por ende ascender dentro del LRA. Se puede concluir entonces que las acciones que ejecutó el Sr. Ongwen no fueron solo las necesarias para evadir la amenaza.

En ese orden de ideas, víctimas del LRA afirman que el haber estado posicionado en cargos de tal importancia le permitían a Ongwen, además de tener cierta autonomía y autoridad, tener cierta libertad de movilización para ir a cumplir las órdenes de Kony⁷⁵. Lo anterior permitiría concluir que él fácilmente hubiera podido escapar en el momento en que se estuviera dirigiendo a un lugar para cometer uno de los actos por los cuales es acusado y con esto evitar que se concretaran las amenazas en su contra. Entonces, de llegar a probar la defensa que si existía una amenaza, no podría probar que el acusado no tuvo otros medios para escapar de la amenaza y evitar el daño mayor, lo que significa que no se cumple con el requisito de necesidad.

Además, si se ahonda en los delitos de esclavitud sexual y pillaje, se evidencia que el acusado ultrajó la dignidad de las víctimas al violarlas, o apropiarse de sus bienes, solo para obtener un provecho propio, ya que él hubiera podido decidir no violarlas, o no apropiarse de sus cosas, sin que esto implicara un riesgo para su vida.

Con relación al requisito de proporcionalidad (entendida como razonabilidad de los actos cometidos a la luz de la amenaza sufrida), que está fuertemente ligado al anterior, incluso de llegar a probarse que los actos fueron necesarios debido a la amenaza, el requisito de razonabilidad quedaría desvirtuado si se analiza el patrón de comportamiento del acusado. El requisito de razonabilidad se rompe si se compara la amenaza que se buscaba evitar con los actos que el sr. Ongwen ejecutó para prevenirla. El hecho de haber secuestrado y enlistado niños soldados para reforzar sus tropas, y de distribuir a las niñas entre los combatientes para que las

⁷² ICC, *Confirmation of charges. Prosecutor vs. Dominic Ongwen*. . 27

⁷³ ICC, *Confirmation of charges. Prosecutor vs. Dominic Ongwen*. 27.

⁷⁴ Por ejemplo, "The evidence demonstrates that Dominic Ongwen devised the plan to attack Lukodi, and sought and obtained permission from Joseph Kony for the attack – this particular radio communication was intercepted on 17 May 2004." ICC, *Confirmation of charges. Prosecutor vs. Dominic Ongwen*. P. 36

⁷⁵ Comentario de persona víctima del LRA. Ver, Foreign Policy, "*Making a Murderer in Uganda*". Disponible en: http://foreignpolicy.com/2016/01/20/making-a-murderer-dominic-ongwen-uganda-icc/?wp_login_redirect=0

tomaran como “esposas”⁷⁶, son algunos de los ejemplos más notorios de esta desproporción.

Por último, y asumiendo que lograra demostrar los presupuestos anteriores, tendrá que demostrar sus intenciones frente a los actos cometidos, es decir no querer cometer un mal mayor al evitado. Específicamente contra los crímenes que implican un beneficio personal, como los son el pillaje y la esclavitud sexual⁷⁷, el Sr. Ongwen deberá probar que dicho beneficio no fue relevante a la hora de decidir cómo llevar a cabo las operaciones sino que lo que lo motivó realmente fue el deseo de no causar un mal mayor⁷⁸. Este requisito se hace aún más difícil de cumplir por parte de la defensa si se tiene en cuenta que, de la evidencia recogida se demuestra que el sr. Ongwen compartía la visión de LRA frente a las órdenes impartidas⁷⁹.

4. Conclusión

De este modo, como clínica jurídica y al igual que la SCP, no encontramos fundamentos fácticos que permitan validar jurídicamente la defensa de estado de necesidad alegada por el Sr. Dominic Ongwen, pues en el caso no se satisfacen los elementos requeridos por la misma.

⁷⁶ ICC, *Confirmation of charges. Prosecutor vs. Dominic Ongwen*. 27

⁷⁷ Por ejemplo, el pillaje ejecutado sistemáticamente en el ataque al campo de desplazados Pajule en octubre de 2003

⁷⁸ Un ejemplo que indica que el sr. Ongwen no tenía la intención de evitar un mal mayor, sino que sus acciones buscaban proteger su posición privilegiada en el LRA es el ataque al campamento de desplazados de Ludoki cometido alrededor del 19 de mayo de 2004. Como ya se explicó, fue el sr. Ongwen quien solicitó permiso a Joseph Kony para ejecutar esta operación, y además, al momento de ejecutarla, él personalmente dio la instrucción de atacar y asesinar indiscriminadamente a cualquier persona presente en el campamento. Ni en las pruebas, ni en la defensa presentada se encuentra justificación alguna que evidencie que este ataque pretendía evitar un mal mayor. Ver ICC, *Confirmation of charges. Prosecutor vs. Dominic Ongwen*. 36.

⁷⁹ ICC, *Confirmation of charges. Prosecutor vs. Dominic Ongwen*. 28

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai. *"La parte general del derecho penal internacional." Bases para una elaboración dogmática*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005..
- Ambos, Kai. *Treatise on International Criminal Law: Volume 1: Foundations and General Part*. OUP Oxford, 2013.
- Bantekas, I., & Nash, S. *International criminal law*. London: Routledge,2009.
- Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J. R. (Eds.). (2002). *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-542 de 1993
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado: 15313
- Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba
- España. Tribunal Supremo, Sentencia del 29 de junio de 1990
- ICC: Prosecutor vs. Dominic Ongwen
- Ismail Kisegerwa & anoer v Uganda ((Cr.Appeal No.6 Of 1978)) [1978] UGCA 6 (18 October 1978) No.441 P.C
- Notre Dame Law Review. No Excuse: The Failure of the ICC's Article 31 "Duress" Definition. Volume 89 | Issue 3
- Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990
- Robert Cryer. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge University Press, 2010.
- SCSL caso Fofana y Kondewa (02 de agosto de 2007)
- Tebas, Juan A. *El Ejército de Resistencia del Señor (LRA): 2016, ¿el principio del fin?*. Instituto Español de Asuntos Estratégicos. Documento Análisis. Publicado el 6 de abril de 2016, consultado el día 15 de octubre de 2016 en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2016/DIEEEA24-2016_Resistencia_Ejercito_JAMT.pdf
- Uganda. Kasirye Hamuza, Cpl and Ors v Uganda ((Criminal Appeal No.44 of 2001)) [2004] UGSC 36 (18 May 2004)

- Uganda's High Court Criminal Session No. 24 of 2000 UGHC 5 (23 November 2000)
- United States v. Otto Ohlendorf, et al. (Einstatzgruppen case). 29 de julio de 1947
- UNWCC Trial of Holzer and Others, 6 April 1946
- Werle, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant lo blanch, 2011.