

# ¿DEBE EL MIEDO INSUPERABLE EXCULPAR A UN SOLDADO ACUSADO DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD?

Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional  
para la ex Yugoslavia

RAMON RAGUÉS I VALLÈS\*

Doctor en Derecho. Profesor ayudante de Facultad  
Universitat Pompeu Fabra

El 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió crear un Tribunal Internacional que se encargase de castigar los crímenes internacionales perpetrados desde 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia (TPIY)<sup>1</sup>. Con esta decisión se instauraba la primera corte internacional de justicia penal desde que los tribunales de Nuremberg y Tokio juzgaran los crímenes cometidos por el nacio-

---

**Abreviaturas empleadas:** §: párrafo; *AJIL*: American Journal of International Law; *AJP*: Aktuelle Juristische Praxis; *AP*: Actualidad Penal; (E)TPIY: (Estatuto del) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; *GJIL*: Georgia Journal of International and Comparative Law; *HuV*: Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften; *ICLQ*: International and Comparative Law Quarterly; *LJIL*: Leiden Journal of International Law; *NK*: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; *RPP*: Reglas de procedimiento y prueba; *RDI*: Rivista di Diritto Internazionale; *SSA*: sentencia de la Sala de Apelaciones de 7 de octubre de 1997 (para el caso de votos particulares, se añade entre paréntesis el nombre del ponente); *SSPI-1*: sentencia de 29 de noviembre de 1996 de la Sala de Primera Instancia; *SSPI-2*: sentencia de 5 de marzo de 1998 de la Sala de Primera Instancia; *TPIR*: Tribunal Penal Internacional para Ruanda; *YIHL*: Yearbook of International Humanitarian Law; *ZaöRV*: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

<sup>1</sup> Esta decisión se plasmaría en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, publicada en España en el BOE de 24 de noviembre de 1993. Una panorámica sobre el contexto en el que nace este Tribunal en GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, págs. 60-65.

nalsocialismo alemán y el imperialismo japonés. Al TPIY le seguiría, poco tiempo después, el Tribunal Internacional para Ruanda (TPIR) y, recientemente, estos dos tribunales se han convertido en los antecesores inmediatos del futuro Tribunal Penal Internacional, cuya creación fue aprobada en 1998 y que, con toda probabilidad, empezará a ejercer su jurisdicción permanente dentro de dos o tres años. Dada la proximidad temporal entre estos tribunales y la similitud de los crímenes objeto de su competencia, no parece exagerado afirmar que en las actuales resoluciones del TPIY y del TPIR se está trazando ya el camino de lo que será la futura jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional<sup>2</sup>.

El hecho de que la labor de estos tribunales haya sido mayoritariamente objeto de estudio de los especialistas en Derecho internacional es probablemente la causa de que el contenido de sus resoluciones no haya despertado hasta ahora un especial interés entre los representantes de la ciencia penal. Asimismo, en este desinterés puede haber influido la circunstancia de que, muy a menudo, el principal esfuerzo jurídico de estos tribunales se orienta a localizar el Derecho aplicable, una tarea que escapa a las preocupaciones usuales de los penalistas, acostumbrados a trabajar con textos legales muy definidos y a discutir, en todo caso, sus condiciones de aplicación. Sin embargo, no por su carácter supraestatal pierden estas cortes de justicia su condición de penales y, como los jueces ordinarios, también ellas se las tienen que ver en su labor cotidiana con conceptos penales clásicos como las formas de participación, el dolo, las eximentes o la determinación de la pena. Además, en el caso concreto del TPIY, el notable interés de sus resoluciones se explica porque, entre los magistrados que componen sus salas, se encuentran representantes de países y tradiciones jurídico-penales muy diversos que, pese a tal diversidad, se ven obligados a discutir sobre Derecho penal y a entenderse. En un mundo en el que cada vez más a menudo se habla de globalización y, en concreto, de globalización del Derecho, las sentencias del TPIY son el auténtico banco de pruebas de lo que puede ser algún día una ciencia penal verdaderamente universal.

Por todos estos motivos, parece especialmente oportuno dar a conocer cómo está operando el TPIY en la práctica y, sobre todo, mostrar cuál es su jurisprudencia en lo que atañe a las instituciones de la parte

---

<sup>2</sup> Así lo entiende también MURPHY, «Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», *AJIL*, 93 (1999), pág. 95. La antigua presidenta del TPIY, *Gabrielle K. McDonald*, se ha referido incluso a este Tribunal como el «laboratorio» de una futura corte permanente internacional de justicia penal; cfr. al respecto ROWE, «Duress as a defence to war crimes after Erdemovic: a laboratory for a permanent court?», *YIHL*, 1 (1998), pág. 210.

general del Derecho penal. Para ello se recurre en este trabajo a uno de los primeros asuntos resueltos por Tribunal: el caso de *Drazen Erdemovic*. A lo largo de los centenares de páginas y de las diversas resoluciones que componen esta causa, el lector puede asistir a un apasionante debate entre jueces de diversos continentes y tradiciones jurídicas muy distintas acerca de una de las figuras clásicas del Derecho penal: *el miedo insuperable*<sup>3</sup>. A continuación se resume el contenido de las sentencias del TPIY sobre este caso para proceder seguidamente a efectuar algunas valoraciones críticas.

## I

*Drazen Erdemovic* nació en Tuzla (Bosnia Herzegovina) el 25 de noviembre de 1971 en el seno de una familia de etnia croata<sup>4</sup>. Después de ocho años de educación primaria, estudió otros tres años de formación profesional para obtener la especialidad de cerrajero. En diciembre de 1990 inició su servicio militar en el ejército yugoslavo, siendo asignado a una unidad de la policía militar en Belgrado. De vuelta a Bosnia, contrajo matrimonio con una mujer de origen serbio y, poco después de estallar el conflicto de los Balcanes, entre mayo y julio de 1992, fue llamado a filas por el ejército de Bosnia Herzegovina. Hasta noviembre de 1993 sirvió en las filas bosnias, para pasar en esa fecha a integrarse en la policía militar del recién creado Consejo de Defensa Croata. Después de un año en esta unidad, *Erdemovic* decidió abandonarla tras ser arrestado y golpeado por sus propios compañeros por haber ayudado a mujeres y niños serbios a volver a su territorio.

---

<sup>3</sup> En su comentario a la sentencia de *Erdemovic* SWAAK-GOLDMAN (*AJIL*, 92 (1998), págs. 282-287), califica a esta resolución de «auténtico tesoro del Derecho internacional, que contiene pronunciamientos sobre temas tan diversos como el desarrollo e interpretación del Derecho internacional, el proceso penal y el Derecho penal internacional sustantivo. El caso, además, muestra las dificultades para conciliar las tradiciones del *civil law* y el *common law*, no sólo para los jueces de un tribunal penal internacional, sino también para los abogados y los acusados».

<sup>4</sup> El relato de las vicisitudes de *Drazen Erdemovic* ha sido elaborado con los datos que obran en las diversas resoluciones dictadas en el curso de su procedimiento ante el TPIY. Prácticamente todos los datos se obtuvieron a partir de las declaraciones del propio *Erdemovic*. Con todo, su versión de los hechos acabaría siendo aceptada por el fiscal y por el mismo Tribunal, ya se verá más adelante en qué circunstancias. Otros datos complementarios se han obtenido del artículo de TURNS, «The international Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: the Erdemovic case», *ICLQ*, 47 (1998), págs. 461-474 y de notas de prensa publicadas en las siguientes páginas web: [http://www.linder.com/berserk/erdemovic\\_indict.html](http://www.linder.com/berserk/erdemovic_indict.html) y <http://www.cnn.ru/WORLD/9611/28/bosnia.war/>.

Tras este segundo abandono, *Erdemovic* se dirigió a la república serbia de Srpska, en Bosnia, donde debía encontrarse con un individuo que le podía proporcionar la documentación necesaria para huir a Suiza con su mujer. El individuo en cuestión no apareció y *Erdemovic* vagó por Srpska y Serbia durante cinco meses hasta que en abril de 1994, ante la necesidad de obtener dinero para alimentar a su familia y la esperanza de obtener documentación para poder viajar, se sumó al ejército serbio de Bosnia, donde fue asignado a la denominada Décima Unidad de Sabotaje. Esta unidad, compuesta por soldados de diversas etnias, se encargaba inicialmente de realizar misiones de reconocimiento del ejército bosnio y de colocar explosivos en la artillería del enemigo. En octubre de 1994 el matrimonio *Erdemovic* tuvo su primer hijo. Fue también entonces cuando empezaron los problemas de *Drazen* en las tropas serbias. Por aquellas fechas su unidad pasó a depender del centro de inteligencia del ejército serbio e ingresaron en ella soldados muy extremistas, así como un nuevo comandante, el teniente *Milorad Pelemis*. *Erdemovic* perdió su rango de sargento, recibido dos meses antes, por negarse a llevar a cabo una misión que iba a suponer pérdidas civiles.

El 16 de julio de 1995 *Erdemovic* recibió la orden de prepararse junto a otros siete hombres de su unidad para llevar a cabo una misión cuyo objetivo último fue mantenido en secreto por sus superiores. Una vez en el lugar indicado, una granja cerca de Pilica, se les informó de la llegada de unos veinte autobuses con un millar de civiles musulmanes que se habían rendido a las fuerzas serbias tras la caída de la zona de Srebrenica. Tal como iban llegando, los prisioneros fueron agrupados en filas de diez personas y escoltados hasta un campo cercano a la granja. Allí se les obligó a ponerse de espaldas a un escuadrón del que formaba parte *Erdemovic*, quien, junto con sus compañeros y durante cinco horas, fue disparando a discreción con un rifle automático Kalashnikov contra los prisioneros, provocando la muerte de todos ellos. *Drazen Erdemovic* calcula haber matado directamente a unas setenta personas.

Siempre según sus declaraciones, desde el primer momento en que supo cuál era el verdadero objetivo de su misión, *Erdemovic* expresó a sus superiores la negativa a participar en la masacre. La respuesta del comandante que estaba al cargo de la operación, *Brano Gojkovic*, fue: «si no lo quieres hacer, ponte en la fila con ellos y dale el arma a tus compañeros para que te puedan disparar». De hecho, el comandante de su unidad, *Milorad Pelemis*, ordenó la muerte de otro soldado por negarse a participar en el asesinato de los prisioneros. Pese a todo, *Erdemovic* insistió a sus superiores para que respetaran la vida de un musulmán que afirmaba haber salvado a serbios de Srebrenica.

*Gojkovic* le contestó que no quería ningún testigo de lo que iba a suceder.

Días más tarde, los superiores de *Erdemovic* le dieron la orden de participar en la masacre de otros quinientos musulmanes, también en la zona de Pilica. Él y tres soldados más se opusieron y finalmente no participaron en la misión. Sin embargo, pocos días después, uno de sus compañeros de unidad intentó matar a *Erdemovic* y a otros dos colegas suyos, probablemente cumpliendo la orden de castigar su oposición a participar en más masacres. Gravemente herido, *Erdemovic* fue trasladado a un hospital en Bijeljina y, más tarde, a otro en Belgrado. Tras recibir el alta, contactó con una periodista occidental a quien contó lo sucedido. Su relato fue publicado poco después en el diario francés *Le Figaro* y divulgado por la cadena estadounidense de televisión ABC. El 2 de marzo de 1996, *Erdemovic* fue arrestado por los servicios de seguridad yugoslavos y llevado ante un tribunal de Novi Sad. Al día siguiente el fiscal del Tribunal Penal Internacional reclamó a las autoridades yugoslavas la entrega del acusado, a lo que aquéllas accedieron unas semanas después, tras una intensa presión por parte de los Estados Unidos. El 30 de marzo de 1996 *Erdemovic* llegó a la sede del TPIY en La Haya y, una vez allí, confesó los hechos ante el fiscal y empezó a colaborar con la fiscalía aportando información para otras investigaciones en curso.

## II

En su escrito de acusación, el fiscal consideró culpable a *Drazen Erdemovic* de un delito de lesa humanidad consistente en el asesinato de población civil durante un conflicto armado (art. 5 del ETPIY) y, alternativamente, de un delito de violación de las leyes o usos de la guerra consistente en el homicidio de personas que no participan directamente en las hostilidades (art. 3 ETPIY)<sup>5</sup>. El 31 de mayo de 1996, *Drazen Erdemovic*, acompañado por su abogado, el yugoslavo *Jovan Babic*, compareció por vez primera ante la Sala de Primera Instancia<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> El art. 3 ETPIY declara dentro de la competencia del TPIY las violaciones de las leyes o usos de la guerra, citando, sólo a título ejemplificativo, alguna de estas violaciones. En el caso concreto de *Erdemovic*, sin embargo, el fiscal alegó la violación de una ley de la guerra no prevista directamente en el ETPIY, sino en el art. 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra (1949) dictadas para proteger, durante los conflictos bélicos, a la población civil, los prisioneros de guerra, los heridos, los enfermos y los náufragos. Sobre la relación entre crímenes de humanidad y crímenes de guerra cfr. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, págs. 116-119.

<sup>6</sup> Según «información no oficial» procedente del entorno del TPIY y citada por YEE, «The Erdemovic sentencing judgement: a questionable milestone for the Inter-

La competencia del TPIY y el procedimiento ante este Tribunal están regulados en la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Esta Resolución, con la que se creó el propio TPIY, contiene en un anexo el *Estatuto del Tribunal* (ETPIY), donde se declara su competencia para conocer de crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia desde enero de 1991. Sin embargo, este último texto no contiene un catálogo de eximentes, ni tampoco una regulación minuciosa de las penas que corresponden a cada crimen. Asimismo, el Estatuto tampoco prevé en detalle las cuestiones de procedimiento<sup>7</sup>. Esta última cuestión se regula, no obstante, en las *Reglas de procedimiento y prueba* (RPP) aprobadas por los jueces del TPIY el 11 de febrero de 1994<sup>8</sup>.

En aquella ocasión la Sala estaba compuesta por tres magistrados, el francés *Claude Jorda* como presidente, la costaricense *Elizabeth Odio Benito* y el egipcio *Fouad Riad*. Esta primera vista, denominada «comparecencia inicial», tiene como finalidad informar al acusado de cuáles son las imputaciones sostenidas por el fiscal<sup>9</sup>, para que, seguidamente, pueda declararse culpable o inocente de ellas<sup>10</sup>. Si se declara inocente, la Sala señala entonces una fecha de apertura del juicio oral para que el fiscal pruebe sus acusaciones y el acusado pueda defenderse. En cambio, si el acusado se declara culpable, se prescinde del juicio oral, pudiendo la Sala pasar directamente a determinar la pena<sup>11</sup>.

---

national Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», *GJIL*, 26 (1997), págs. 285-286, el abogado de *Erdemovic* no hablaba inglés ni francés. Evidentemente, como insinúa el propio YEE, de ser cierto este dato son obvias las dificultades del defensor, no sólo para seguir correctamente el curso de la causa pese a las traducciones y los intérpretes, sino sobre todo su difícil acceso a los textos más significativos del Derecho penal internacional.

<sup>7</sup> Muy crítico con el hecho de que el ETPIY no contenga un catálogo de eximentes ROWE, *YIHL*, 1 (1998), pág. 225, quien afirma que «ningún sistema legal nacional operaría de este modo. Las eximentes no pueden ser vistas como algo menos importante que el establecimiento de las reglas de culpabilidad, pues al fin y al cabo la naturaleza de algunas eximentes puede afectar a la culpabilidad misma».

<sup>8</sup> Una completa panorámica acerca del Tribunal, su ámbito de competencia y su procedimiento, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, puede encontrarse en MURPHY, *AJIL*, 93 (1999), págs. 57-97, quien, además, resume las sentencias más importantes dictadas por el TPIY hasta 1998.

<sup>9</sup> La comparecencia inicial ante el TPIY está regulada en la RPP n.º 62.

<sup>10</sup> El texto de las diversas resoluciones dictadas por el TPIY en la causa del fiscal contra *Drazen Erdemovic* (causa n.º IT-96-22-T) puede encontrarse, tanto en versión inglesa como francesa, en la página *web* del propio TPIY: <http://www.un.org/icty/erdemovic>.

<sup>11</sup> TURNS, *ICLQ*, 47 (1998), pág. 465, resalta lo novedoso de la situación para el Derecho penal internacional, pues en el caso de los Tribunales de Nuremberg y Tokio ningún acusado se declaró culpable, ni aceptó colaborar con los fiscales.

Después de que se leyeron los cargos que se sostenían en su contra, *Erdemovic* se declaró culpable de la acusación de crimen de lesa humanidad y, ante este reconocimiento (*guilty plea*), el fiscal retiró la acusación alternativa de violación de las leyes y usos de la guerra<sup>12</sup>. No obstante, entre lloros e intentando en vano contener su emoción, *Erdemovic* añadió a su reconocimiento de culpabilidad la siguiente frase<sup>13</sup>: «Señoría, tuve que hacerlo. Si me hubiera negado me habrían matado junto a las víctimas. Cuando yo me opuse, me dijeron: “si te dan pena, ponte allí con ellos y te mataremos también a ti”. No lo siento por mí, lo siento por mi familia, por mi mujer y por mi hijo, que tenía entonces nueve meses». Pese a estas frases, el magistrado presidente dio por concluida la sesión, considerando válida la declaración de culpabilidad de *Erdemovic*. Sin embargo, y como se verá en seguida, estas palabras del acusado iban a complicar considerablemente lo que, en principio, parecía ser un caso a resolver con gran celeridad y sin apenas dificultades.

A principios de julio de 1996 las partes debían volver a comparecer ante la Sala de Primera Instancia en la audiencia que se les concede antes de que los magistrados elaboren la sentencia. La finalidad de esta comparecencia es que el fiscal y la defensa puedan realizar las alegaciones que consideren oportunas respecto a la determinación de la pena y, sobre todo, invocar posibles atenuantes o agravantes. Sin embargo, una comisión de expertos declaró que *Erdemovic* no estaba en condiciones de comparecer aquel día a causa de la gravedad del estrés post-traumático que venía padeciendo. En consecuencia, la vista se aplazó hasta el mes de noviembre de 1996, fecha en la que el acusado compareció de nuevo ante la Sala y reiteró su culpabilidad. Después de alegar las correspondientes agravantes y atenuantes, el fiscal solicitó una pena que no excediera de los diez años de prisión. Por su parte, la defensa pidió al Tribunal la suspensión de la pena o, alternativamente, un año de privación de libertad.

El veredicto de la Sala de Primera Instancia se hizo público el 29 de noviembre de 1996. En su sentencia, y antes de entrar en la fijación de

---

<sup>12</sup> En su comentario a la sentencia de la Sala de Primera Instancia afirma YEE, *GJIL*, 26 (1997), pág. 272, que «la historia vio, quizás por vez primera, cómo una persona se declaraba culpable del más grave de los crímenes que se le imputaban al enfrentarse a dos acusaciones alternativas». De todos modos, la mayor gravedad de los crímenes de lesa humanidad frente a los crímenes de guerra no es un punto sobre el que exista consenso, como se verá más adelante. El texto del ETPIY no arroja mucha luz sobre este particular, pues no asigna penas concretas a los distintos crímenes que declara competencia del Tribunal.

<sup>13</sup> El dato sobre la situación emocional en que *Erdemovic* pronunció estas frases es aportado por YEE, *GJIL*, 26 (1997), pág. 272, citando una noticia del *International Herald Tribune* de 1-2 de junio de 1996.

la pena, los magistrados analizan la validez de la declaración de culpabilidad del acusado. Desde su punto de vista, el reconocimiento de *Erdemovic* fue plenamente voluntario, pues su consciencia no se veía alterada por el estrés que padecía y, además, su declaración fue reiterada en las posteriores comparecencias. Sin embargo, según admiten los propios jueces, las frases del acusado afirmando que actuó bajo amenazas de muerte eran algo más problemáticas, pues podían entenderse como un alegato de exculpación que sería incompatible con un reconocimiento de culpabilidad que, para ser válido, debe ser totalmente inequívoco.

La respuesta que se diera a esta última cuestión era especialmente importante para el curso del procedimiento, pues, en caso de entenderse que *Erdemovic* había invocado una eximente, su declaración de culpabilidad debía considerarse nula<sup>14</sup>. Por el contrario, si se consideraba que el acusado sólo había alegado una circunstancia atenuante en su favor, el reconocimiento de culpabilidad seguía siendo perfectamente válido y, en todo caso, la procedencia de la atenuación podía discutirse directamente en la fase de determinación de la pena. Sea como fuere, las palabras del acusado obligaban a la Sala a pronunciarse en abstracto sobre si la comisión de un crimen en situaciones de miedo insuperable podía tener como consecuencia la absolución. O, dicho con otras palabras, si el miedo de un soldado a morir podía llegar a exculparle de un crimen de lesa humanidad.

Desde el punto de vista de los magistrados, de las palabras de *Erdemovic* podía deducirse la invocación de dos circunstancias distintas: la obediencia debida y el miedo insuperable (*duress*)<sup>15</sup>. La respuesta que debía darse a la primera alegación no ofrecía dudas, pues el art. 7.4 ETPIY establece claramente que el cumplimiento de órdenes de superiores *no* exime de responsabilidad penal, sin perjuicio de que pueda considerarse como atenuante. En cambio, el Estatuto no se pro-

---

<sup>14</sup> La praxis en la justicia del *common law* en caso de reconocimientos equívocos de culpabilidad es que, tras el reconocimiento equívoco, el juez debe explicar la ley al acusado y seguidamente volver a preguntarle si se declara culpable. Si en su segunda declaración el acusado mantiene la ambigüedad de sus palabras, el juez debe considerar emitida una declaración de inocencia. Si no lo hace, el reconocimiento carece de validez y el veredicto del tribunal puede ser anulado por vía de recurso. Cfr. al respecto YEE, *GJIL*, 26 (1997), pág. 282.

<sup>15</sup> El término «*duress*», empleado en los originales ingleses de las resoluciones del caso *Erdemovic* y que literalmente se traduce por «coacción», será aquí traducido como «miedo insuperable», la causa de exculpación con la que en Derecho español se tratan las situaciones que abarca la figura del *duress*. Cfr. al respecto VARONA GÓMEZ, «El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento», *AP*, 39 (1996), pág. 743 (nota 2).

nuncia sobre el miedo insuperable y, por tanto, sus efectos eximentes o atenuantes debían ser determinados por la Sala analizando la (eventual) regulación al respecto del Derecho penal internacional<sup>16</sup>.

A tal efecto los magistrados recurren a un informe de la Comisión de Naciones Unidas para Crímenes de Guerra acerca de la jurisprudencia de los tribunales militares de diversas naciones en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial<sup>17</sup>. En este estudio se llega a la conclusión de que, según dicha jurisprudencia, el miedo podía eximir siempre que se cumplieran tres requisitos: primero, que el acto impuesto se hubiera realizado para evitar un peligro inmediato, grave e irreparable; segundo, que no existieran para el autor medios idóneos de huida; y, tercero, que la solución no resultara desproporcionada en comparación con el mal ocasionado. Esta misma jurisprudencia reconocía a menudo que uno de los elementos esenciales de la eximente es la ausencia de posibilidad moral de elección, que puede presentarse en los casos de amenaza con un daño físico inminente, real e inevitable. Otros factores tenidos en cuenta en estas sentencias fueron el hecho de que el autor hubiera participado voluntariamente en una misión que no dejara dudas respecto a cuál iba a ser su resultado final, la diferencia de rango entre quien dio la orden y el subordinado ejecutor y las circunstancias en que dicha orden hubiera sido emitida.

Desde el punto de vista de la Sala, la posibilidad de que el miedo tenga como efecto la exención completa no puede descartarse de forma absoluta, si bien las condiciones para su aplicación han de ser muy estrictas. Seguidamente, la sentencia pasa a ocuparse de las circunstancias del caso *Erdemovic* y su respuesta sobre este asunto se concentra en dos párrafos extraordinariamente breves:

«En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, la Sala de Primera Instancia considera que la vida del acusado y la de la víctima no son plenamente equivalentes. A diferencia de lo que sucede en el Derecho nacional, en estos casos la infracción no sólo se dirige contra el bienestar físico de la víctima, sino contra toda la humanidad.

---

<sup>16</sup> En su informe de 3 de mayo de 1993 (S/25704) sobre el TPIY, el Secretario General de Naciones Unidas, después de aseverar que el ETPIY no contiene un catálogo de eximentes, afirma que éstas deberán ser definidas por el propio Tribunal recurriendo a tal efecto a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

<sup>17</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional, suplemento n.º 10 (A/51/10), 1996, pág. 93. Un resumen de los razonamientos de la Sala en este ámbito en ZIEGLER, *AJP*, 6 (1997), págs. 758-762.

20. Sobre la base de los precedentes y a la luz de los requisitos expuestos, la Sala considera que no se han aportado pruebas de que concurrieran las circunstancias específicas que puedan exonerar plenamente al acusado. No obstante, la eximente de miedo insuperable, añadida a las órdenes de superiores, será tomada en consideración, junto con otros factores, como posible circunstancia atenuante, tal como sugiere el Secretario General en su informe»<sup>18</sup>.

Los razonamientos contenidos en estos dos párrafos son profundamente ambiguos<sup>19</sup>. Así, por una parte parece que la Sala no niega que el miedo insuperable pueda eximir, pero, a la vez, construye de tal modo el requisito de la proporcionalidad en los casos de crímenes de lesa humanidad (afirmando que la vida de la víctima siempre tiene más valor que la del acusado), que parece que tal requisito nunca podrá cumplirse en la práctica<sup>20</sup>. Por otra parte, no queda claro si en el caso de *Erdemovic* la aplicación de la eximente se descarta por no cumplirse sus requisitos teóricos, o bien, por absoluta falta de pruebas. En este último supuesto, puede cuestionarse que la Sala exija pruebas al acusado cuando sólo se había celebrado la fase de comparecencia preliminar sin llegar a abrirse el juicio oral<sup>21</sup>.

Pese a semejantes ambigüedades, la Sala considera que el reconocimiento del acusado fue inequívoco y, por tanto, declara su plena validez. Ello le permite pasar a determinar la pena. Para esta tarea el texto del ETPIY no resulta de gran ayuda, pues no asigna marcos penales concretos a los crímenes previstos, sino que en su art. 24 se limita a establecer de forma general que las sanciones a imponer serán privaciones de libertad por un número determinado de años o reclusión perpe-

<sup>18</sup> SSPI-1, §§ 19-20. En la frase final de este párrafo la Sala se refiere al informe de 3 de mayo de 1993 (S/25704) del Secretario General de Naciones Unidas. Este informe fue realizado a petición del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y en él se trazaron las líneas maestras de la competencia y organización del TPIY. Por ello a menudo el tribunal recurre a él como criterio hermenéutico. El texto de este informe puede encontrarse en <http://www.un.org/icty/basic/statut/S25704.htm#1a>.

<sup>19</sup> TURNS, *ICLQ*, 47 (1998), pág. 467, se refiere a este pasaje como «la parte menos satisfactoria de la sentencia». Por su parte, YEE, *GJIL*, 26 (1997), pág. 291, afirma que el tratamiento que la Sala dispensa a la cuestión del miedo es «confuso e insatisfactorio». También crítico CAVICCHIOLI, «Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza nei crimini contro l'umanità: il caso *Erdemovic*», *RDI*, 80 (1997), pág. 383.

<sup>20</sup> Cfr. al respecto OELLERS-FRAHM/SPECHT, «Die *Erdemovic*-Rechtsprechung des Jugoslawien-tribunals: Probleme bei der Entwicklung eines internationalen Strafrechts, dargestellt am Beispiel des Notstands», *ZaöRV*, 2 (1998), págs. 394-395.

<sup>21</sup> En idénticos términos YEE, *GJIL*, 26 (1997), pág. 282.

tua, teniendo en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado<sup>22</sup>. Con un poco más de detalle, en la regla de procedimiento y prueba n.º 101 se establece que se tendrán en cuenta para fijar la pena diversos factores, a saber, posibles circunstancias agravantes o atenuantes (cuyo contenido no se concreta, excepto la atenuante de cooperación con el fiscal), la praxis de los tribunales de la antigua Yugoslavia y, dado el caso, la pena ya cumplida en virtud de una previa condena nacional por el mismo delito.

A la vista de criterios tan poco precisos, la Sala se ve obligada a construir prácticamente desde cero el contenido de las circunstancias a tomar en consideración<sup>23</sup>. En esta tarea los magistrados constatan, en primer lugar, que los crímenes de lesa humanidad han merecido históricamente penas muy graves, a menudo de muerte, tanto en los casos en que han sido juzgados por tribunales internacionales (básicamente el Tribunal de Nuremberg), como cuando han sido castigados por jurisdicciones internas. Según la Sala, tal gravedad se justifica porque estos crímenes se construyen sobre la idea de la «humanidad como víctima», una víctima que va más allá de los sujetos concretos que se ven atacados. Todo ello permite afirmar a la Sala que en Derecho internacional existe un principio común a todas las naciones que obliga a castigar estos delitos con las penas más graves de que disponga cada sistema nacional.

Después de establecer esta regla general, en la sentencia se analizan las circunstancias del caso y, más en concreto, los elementos del hecho o de la personalidad de *Erdemovic* que puedan influir en la cuantificación de su castigo. De entrada, la Sala llega a la conclusión de que, dada la gravedad intrínseca del crimen cometido, no tiene sentido plantearse en este caso la concurrencia de posibles factores agravantes. Por ello, sólo entran en consideración eventuales atenuantes, aunque los magistrados recalcan que la apreciación de estas circunstancias en ningún caso puede entenderse como una afirmación de la menor gravedad del crimen. Para subrayar esta idea se cita incluso una sentencia dictada por un tribunal militar estadounidense en la que se afirma que «la atenuación de la pena en ningún modo reduce la gravedad del crimen, sino que se trata de una cuestión de gracia más que de justificación o exculpación»<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre las reglas de determinación de la pena cfr. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, págs. 91-92.

<sup>23</sup> Un estudio de estas circunstancias en NEMITZ, «Aggravating and mitigating circumstances in International Humanitarian Law: the Erdemovic-case», *HuV*, 1997-1, págs. 22-27.

<sup>24</sup> SSPI-1, § 46, citando la sentencia del caso *USA vs. Wilhelm List and Others (Hostage case)*, Law Reports, vol. VIII.

Para poder calibrar adecuadamente en qué grado las atenuantes deben atemperar la pena que corresponde a un crimen de lesa humanidad, los jueces realizan un amplio excurso analizando cuáles son los propósitos y las funciones del castigo a imponer<sup>25</sup>. Desde el punto de vista de la Sala, los objetivos que guiaron al Consejo de Seguridad en el momento de crear el TPIY fueron cuatro: la prevención general (o intimidación), la reprobación, la retribución (el «justo merecido») y la reconciliación colectiva. En lo que respecta a los precedentes jurisprudenciales, se observa cómo los objetivos que movieron a tribunales como los de Nuremberg o Tokio fueron la intimidación y la retribución, unas finalidades que también parecen haber determinado la labor de los tribunales nacionales que dictaron condenas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

A resultas de este análisis, la Sala llega a la conclusión de que lo que debe orientarle para determinar la pena de *Erdemovic* son las finalidades de reprobación pública y estigmatización, así como la voluntad de confortar a las víctimas. Conectadas con estas finalidades, la Sala considera también importantes la idea de prevención general y la retribución, siempre que ésta sea proporcional a la gravedad del crimen y a la culpabilidad del acusado. Según la sentencia, eventuales consideraciones de reeducación o rehabilitación del reo son admisibles siempre que se subordinen a los objetivos de estigmatizar las violaciones más graves del Derecho humanitario internacional y de evitar su futura repetición. Aunque la Sala no lo diga expresamente, lo que parece explicar todo este excurso es la idea de que las particulares circunstancias de *Erdemovic* no iban a ser tenidas en cuenta hasta el punto de imponer una pena que no estuviera en consonancia con la gravedad en abstracto de un crimen de lesa humanidad. Con estas disquisiciones los tres magistrados parecen estar dando tácitamente respuesta a la petición de la defensa de que no se ejecutara la pena, o, en todo caso, de que ésta no superase el año de prisión.

Después de todos estos razonamientos, la Sala decide que en el caso concreto podía tomarse en consideración una serie de atenuantes<sup>26</sup>: en primer lugar, la edad y condición del acusado, que sólo tenía veintitrés años en el momento de comisión del hecho y que ocupaba un rango muy bajo en el escalafón militar; en segundo lugar, sus remordimientos, su entrega al Tribunal sin que existiera una investigación previa sobre los hechos, su declaración de culpabilidad y su cooperación con el fiscal, que permitió reunir pruebas de crímenes aún desco-

<sup>25</sup> SSPI-1, §§ 57-66.

<sup>26</sup> SSPI-1, §§ 86-111.

nocidos; en tercer lugar, el hecho de que no constituyera un peligro y el carácter enmendable de su personalidad, que, por otra parte, nunca mostró tendencias extremistas; finalmente, la circunstancia de que la prisión a imponer tuviera que cumplirse lejos de su país, pues, según la Sala, la situación aún existente en Yugoslavia «no garantiza la seguridad del reo, ni el pleno respeto a la decisión del Tribunal Internacional»<sup>27</sup>.

En cambio, los magistrados deciden rechazar otras atenuantes alegadas por la defensa, como la ausencia de libertad y consciencia del acusado en el momento de cometer los hechos y, sobre todo, la alegación de que actuó bajo órdenes y en una situación de miedo insuperable. En todos estos casos, la causa de la denegación es la misma: la defensa no aportó pruebas del estado mental del acusado al cometer el crimen, ni tampoco de las órdenes o amenazas recibidas<sup>28</sup>. A la vista de todos estos factores, la Sala de Primera Instancia decide condenar a *Drazen Erdemovic* a una pena de diez años de prisión, es decir, opta por el desenlace menos favorable que pudiera haber imaginado la defensa, si se tiene en cuenta que el fiscal había solicitado una pena de prisión «que no excediera» de los diez años. Con la sanción impuesta parece querer dejarse claro que, pese a todas las circunstancias favorables al acusado, en este caso no podía imponerse una pena tan leve que llevase a pensar que el Tribunal había perdido de vista la gravedad intrínseca a los crímenes de lesa humanidad.

### III

La anterior sentencia fue recurrida por la defensa de *Erdemovic* ante la Sala de Apelaciones del TPIY, presidida por el italiano *Antonio Cassese* y compuesta por los jueces *Gabrielle Kirk McDonald* (Estados Unidos), *Ninian Stephen* (Australia), *Lal Chand Vohrah* (Malasia) y *Haopei Li* (China). Entre los motivos de recurso destacaba la alegación de que la Sala de Primera Instancia no había tenido en cuenta que *Erdemovic* actuó bajo coacción, sin posibilidad moral de elegir y con sus capacidades psíquicas disminuidas, unas circunstancias que, según la defensa, debían haber llevado a la inejecución de la pena im-

<sup>27</sup> SSPI-1, § 70.

<sup>28</sup> Muy crítico al respecto YEE, *GJIL*, 26 (1997), págs. 303-305, quien entiende que si la Sala dio credibilidad al testimonio del acusado en lo relativo a su participación en los crímenes, debería haber visto en su alegación de que actuó coaccionado un principio de prueba que trasladaba al fiscal la carga de demostrar que tal coacción no existió.

puesta<sup>29</sup>. Como apoyo a esta petición, en el recurso se alegaba la inconsistencia del hecho de que la Sala hubiera creído por completo el reconocimiento del acusado en cuanto a su participación en el crimen y, sin embargo, no hubiera concedido ninguna credibilidad a sus declaraciones de haber actuado bajo la amenaza de un mal grave. En consecuencia, la defensa solicitaba al Tribunal que redujera significativamente la pena impuesta al acusado. Por su parte, el fiscal se opuso a todos los motivos de recurso, entendiéndolo que la negativa de la Sala de Primera Instancia a atenuar la pena del acusado por miedo insuperable entraba dentro de la íntima convicción de los jueces obtenida a partir del testimonio de *Erdemovic* y que la pena impuesta en modo alguno era excesiva atendiendo a la gravedad del crimen cometido.

Durante las deliberaciones entre los cinco magistrados de la Sala de Apelaciones las discrepancias fueron tan numerosas que sólo dos de ellos, *McDonald* y *Vohrah*, llegaron a un grado de acuerdo suficiente para redactar un texto conjunto con sus conclusiones. Los tres jueces restantes elaboraron sendos votos particulares y el veredicto final, hecho público el 7 de octubre de 1997, tendría que construirse a partir de las mayorías resultantes de sumar el sentido de los pronunciamientos de cada juez concreto sobre las diversas cuestiones planteadas. En todos estos textos el punto central de la argumentación es la validez del reconocimiento de culpabilidad de *Erdemovic*, una cuestión que, pese a no haber sido objeto directo de las impugnaciones de la defensa, la Sala decidió plantearse *motu proprio*.

En primer lugar, los magistrados *McDonald* y *Vohrah* se ocupan en su escrito conjunto de cuáles deben ser en abstracto los requisitos de validez de un reconocimiento de culpabilidad (*guilty plea*)<sup>30</sup>. Desde su punto de vista, este reconocimiento es una institución procedente del *common law* y, por tanto, las respuestas deben buscarse en este sistema, pues no existían hasta la fecha decisiones jurisprudenciales de alcance internacional que se hubieran pronunciado sobre la cuestión. Acogiendo una perspectiva consolidada en el Derecho anglosajón, *McDonald* y *Vohrah* entienden que un reconocimiento de culpabilidad debe cumplir tres requisitos para ser considerado válido: primero, debe ser un *reconocimiento voluntario*, es decir, llevado a cabo por un sujeto capaz de entender sus consecuencias y que no actúe bajo la presión de posibles amenazas, incentivos o promesas; segundo, debe ser un *reco-*

---

<sup>29</sup> La defensa propuso en su recurso prueba adicional sobre estos extremos, solicitando la declaración de un profesor de ética y del grupo de psicólogos que atendió a *Erdemovic* antes de la primera sentencia. La Sala, sin embargo, consideró extemporánea esta propuesta y, consecuentemente, la denegó.

<sup>30</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), §§ 7-31.

*nocimiento informado*, esto es, el acusado debe haber comprendido la naturaleza de las imputaciones y las consecuencias de declararse culpable; y, tercero, debe ser un *reconocimiento inequívoco*, es decir, que no vaya acompañado de palabras o frases que supongan una alegato de exculpación incompatible con el hecho de reconocerse culpable<sup>31</sup>.

Hasta este punto de su resolución, estos dos magistrados cuentan con el beneplácito de sus colegas *Stephen* y *Cassese*<sup>32</sup>. Con todo, este último puntualiza en su escrito particular que, desde su punto de vista, para fijar los requisitos de validez de los reconocimientos de culpabilidad no es imprescindible acudir al Derecho anglosajón, sino que pueden deducirse de la necesidad de encontrar el adecuado equilibrio entre la celeridad con la que debe proceder el Tribunal, que se ve beneficiada por los reconocimientos de culpabilidad, y los derechos que se reconoce a los acusados en el Estatuto<sup>33</sup>. *McDonald*, *Vohrah*, *Cassese* y *Stephen* coinciden en afirmar que la declaración de *Erdemovic* cumplió el primer requisito de los citados, es decir, fue un reconocimiento voluntario, pero entienden que la segunda exigencia no se cumplió, esto es, consideran que la Sala de instancia no informó correctamente al acusado.

A esta última conclusión llegan los magistrados después de revisar las actas de la comparecencia inicial ante la Sala de Primera Instancia y concluir que en aquella sesión no se dejó claro a *Erdemovic* que, declarándose culpable, renunciaba a la posibilidad de defenderse en un juicio oral<sup>34</sup>. De hecho, en aquella comparecencia el presidente de la Sala le dijo al acusado que, si se declaraba inocente, se pasaría al juicio y, si se declaraba culpable, «el juicio continuaría pero de una manera distinta», lo que podía haberle llevado a pensar que con su reconocimiento no perdía el derecho a defenderse de las imputaciones. Del mismo modo, durante algunas comparecencias previas a la sentencia de instancia, el defensor de *Erdemovic* efectuó algunas manifestaciones dudosamente compatibles con un reconocimiento simultáneo de culpabilidad, como, por ejemplo, pedir la absolución de su representado cuando éste se había declarado culpable.

Por otra parte, de algunos pasajes de las actas de la comparecencia inicial parecía deducirse también que, ni el acusado ni su defensa, llegaron a comprender la naturaleza de los crímenes que se imputaban a

---

<sup>31</sup> Unos cuantos ejemplos de reconocimientos declarados equívocos por la jurisprudencia del *common law* en YEE, *GJIL*, 26 (1997), págs. 281-282.

<sup>32</sup> SSA (*Stephen*), § 5 (*Cassese*), § 10.

<sup>33</sup> SSA (*Cassese*), § 8-9.

<sup>34</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), §§14-27.

*Drazen Erdemovic*, ni la diferencia entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, que eran los cargos alternativos sostenidos por el fiscal y cuyas diferencias no fueron detalladas por el magistrado presidente al acusado. Sólo así puede entenderse, según la Sala de Apelaciones, que *Erdemovic* se declarara culpable del crimen más grave que se le imputaba<sup>35</sup>. Por todos estos motivos, los cuatro magistrados llegan a la conclusión de que el reconocimiento de culpabilidad del acusado no fue debidamente informado y, por tanto, se le debía conceder la oportunidad de repetir su declaración ante la Sala de Primera Instancia<sup>36</sup>.

La única discrepancia en este punto se encuentra en el escrito elaborado por el juez chino *Haopei Li*. Este magistrado considera que *Erdemovic* sí fue informado correctamente y para ello se basa en el dato de que en la comparecencia inicial ante la Sala de Apelaciones, el abogado de *Erdemovic* alegó que su cliente no pretendía que se reabriera el juicio, sino sólo que el miedo se tuviera en cuenta para atenuar la pena de manera sensible y, más en concreto, que se rebajara el castigo a cinco años de prisión, la pena que le habría correspondido de acuerdo con el Código Penal yugoslavo<sup>37</sup>. El juez *Li* discrepa asimismo de la opinión de sus compañeros de que un crimen contra la humanidad siempre merece una pena más grave que los crímenes de guerra y, a tal efecto, propone la comparación entre el acto de *Erdemovic* y la conducta de un piloto que bombardease una ciudad causando millones de muertes, un comportamiento constitutivo de crimen de guerra<sup>38</sup>.

Pese a esta última discrepancia, la mayoría de cuatro votos negando que el reconocimiento de *Erdemovic* hubiera sido informado correctamente determinaba por sí sola que la causa tuviera que volver a la Sala de Primera Instancia. No obstante, la Sala de Apelaciones no deja de plantearse la concurrencia en el caso del tercer requisito exigido para aceptar la validez de un reconocimiento de culpabilidad: su carácter inequívoco. En este punto es donde surgen las principales discrepancias entre los magistrados, existiendo hasta cuatro opiniones distintas sobre el particular. Estas diferencias de opinión se plantean al analizar

---

<sup>35</sup> *McDonald* y *Vohrah* explican detalladamente en su escrito (§§ 20-27) por qué los crímenes contra la humanidad deben considerarse más graves que las violaciones de las leyes y usos de la guerra. Desde su perspectiva, mientras en estos últimos sólo se ven atacadas las concretas víctimas, en los primeros se ofende a toda la humanidad, en la medida en que suponen la existencia de una política contra ciertos grupos de población.

<sup>36</sup> Antes de la sentencia de la Sala de Apelaciones, los problemas de validez del reconocimiento de culpabilidad de *Erdemovic* habían sido ya advertidos por YEE, *GJIL*, 26 (1997), págs. 263-309.

<sup>37</sup> SSA (*Li*), § 17.

<sup>38</sup> SSA (*Li*), § 20-27.

los efectos que deben atribuirse a las palabras de *Erdemovic* alegando que actuó bajo amenazas de muerte. Los magistrados que entendían que el miedo insuperable podía tener efectos de plena exención penal, llegaban a la conclusión de que el reconocimiento de culpabilidad había sido ambiguo y, por tanto, inválido. Por el contrario, los jueces que opinaban que el miedo podía atenuar, pero nunca eximir plenamente, entendían que *Erdemovic* sólo estaba alegando una atenuante y, por tanto, la validez de su reconocimiento de culpabilidad no se veía afectada por ambigüedad alguna.

Las dimensiones que, como se verá, llegaría a adquirir el debate entre los magistrados para resolver este dilema no sólo se explican por las repercusiones que la decisión final podía tener para la causa concreta de *Drazen Erdemovic*. Además de las implicaciones para este caso, tras el impresionante despliegue de argumentos y contrargumentos llevado a cabo por los cinco jueces de la Sala de Apelaciones está, sin duda, la certeza de que con su sentencia se creaba un precedente de notable importancia para futuras causas en las que un acusado de crímenes de lesa humanidad, o de crímenes de guerra, alegase ante un tribunal internacional haber actuado bajo amenazas de un mal inminente para su vida o integridad. Sólo así se explican los cientos de páginas que los miembros de la Sala de Apelaciones dedican a debatir la presente cuestión.

## IV

Los dos únicos magistrados que lograron ponerse de acuerdo para elaborar un texto conjunto fueron, una vez más, la estadounidense *Gabrielle Kirk McDonald* y el malasio *Lal Chand Vohrah*. Después de destacar las ambigüedades de la sentencia de instancia, estos dos jueces analizan en su escrito cuál es la normativa internacional sobre los efectos del miedo insuperable<sup>39</sup>. Dada la inexistencia de convenios internacionales al respecto, su atención se centra en la hipotética vigencia, alegada por el fiscal, de una norma consuetudinaria según la cual el miedo no puede eximir plenamente la comisión de crímenes de lesa humani-

---

<sup>39</sup> En la búsqueda del Derecho aplicable al caso, *McDonald* y *Vohrah* (§ 40) siguen la prelación de fuentes establecida en el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Según este artículo deben aplicarse, en primer lugar, los convenios internacionales; en segundo lugar, la costumbre internacional; en tercer lugar, los principios generales del Derecho reconocido por las naciones civilizadas y, como medio auxiliar, la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas más altamente cualificados de las distintas naciones.

dad<sup>40</sup>. Sin embargo, estos dos magistrados advierten que el Tribunal de Nuremberg no se pronunció con claridad sobre la presente materia y, aunque algunos tribunales nacionales sí lo hicieron al enjuiciar crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, sus opiniones no son uniformes y, además, de sus fundamentos jurídicos no puede derivarse la existencia de una *opinio iuris* por parte de los estados acerca del tratamiento que merece el miedo insuperable en caso de crímenes de lesa humanidad<sup>41</sup>.

Constatada la inexistencia de normas consuetudinarias, *Vohrah* y *McDonald* realizan a continuación un exhaustivo análisis de cuáles son los principios generales del Derecho sobre la materia reconocidos por las naciones civilizadas. En este ámbito los dos jueces comprueban que en los sistemas continentales (*civil law*) se reconoce por lo general que el miedo es una eximente aplicable a todos los delitos, mientras que en los sistemas anglosajones (*common law*) esta regla contiene una excepción en el caso del asesinato u otros delitos graves como la traición. En estos supuestos el miedo, a lo sumo, se aplica como atenuante<sup>42</sup>. Esta excepción suele justificarse apelando a la «santidad que la ley atribuye a la vida humana, que lleva a negar el derecho de que alguien pueda acabar con la vida de un inocente aun a costa de su propia vida o de la de un tercero»<sup>43</sup>. Vista esta discrepancia, los jueces llegan a la conclusión de que existe un principio general de que quien delinque coaccionado por una amenaza de muerte merece una pena menor a la normal, pero, dadas las posturas irreconciliables entre los sistemas continental y anglosajón, no está claro si esta atenuación debe llegar hasta la exención completa en los casos en que se provoca intencionadamente la muerte de otra persona<sup>44</sup>.

Tras constatar la ausencia de normas internacionales inequívocas sobre los efectos del miedo, los dos jueces deciden resolver la cuestión atendiendo al contexto específico en que el TPIY fue creado y la clase de crímenes sobre los que tiene jurisdicción. Los argumentos que siguen no tienen desperdicio, pues determinan el sentido final del voto de

---

<sup>40</sup> Un análisis crítico muy exhaustivo de la cuestión del Derecho aplicable en la sentencia de la Sala de Apelaciones en KREB, «Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts», *ZStW*, 111 (1999), págs. 597-623.

<sup>41</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 55.

<sup>42</sup> Una panorámica de la jurisprudencia anglosajona en este ámbito en SEAGO, *Criminal Law*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 1994, págs. 195-202. Otra panorámica en VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000, págs. 4-5, pág. 240 y ss.

<sup>43</sup> *Lord Griffiths* en la sentencia de la Cámara de los Lores inglesa de 1987 sobre el caso *R. vs. Howe and others*.

<sup>44</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 72.

*McDonald y Vohrah*. A modo de introducción de su decisión final, los dos magistrados citan diversos fragmentos de resoluciones y textos doctrinales del *common law*<sup>45</sup>. En el primero de ellos se advierte de los peligros que conllevaría conceder efectos plenamente eximentes al miedo insuperable, afirmándose a tal efecto que de este modo se estaría permitiendo a todos los miembros de bandas terroristas conseguir siempre la impunidad<sup>46</sup>. En el segundo se sostiene que aceptar el miedo como eximente completa podría comportar terribles consecuencias para la seguridad pública, pues «no vivimos en un mundo idílico en el que la creciente ola de violencia y terrorismo vaya a poder contenerse sólo con la pura lógica o con sutilezas intelectuales»<sup>47</sup>.

En un tercer texto se recalca que «en aquellos momentos en los que la tentación de cometer un crimen es especialmente intensa es cuando la ley debe pronunciarse más claramente y enfatizar justo lo contrario. Desde luego, para cualquier persona supone una desgracia encontrarse entre dos fuegos (morir si desobedece la orden, ser condenado por la ley si obedece), pero a la larga sería una desgracia aun mayor para la sociedad que los criminales pudieran conferir la impunidad a sus agentes amenazándoles con la muerte o con violencia si se niegan a obedecer sus órdenes»<sup>48</sup>. Finalmente, se cita un cuarto texto, tomado de una sentencia dictada en la India en 1895, que, según los magistrados, sirve como ejemplo para mostrar que en Derecho penal son siempre más necesarios los enfoques prácticos que los excesivamente abstractos, afirmándose en ella que «toda nuestra formación como jueces y todas las grandes sentencias nos llevan a contemplar con disgusto las teorías que hacen el crimen más sencillo y excusan las atrocidades»<sup>49</sup>.

Esta mezcla de citas tan variopintas no es gratuita, sino que sirve a *McDonald y Vohrah* para iniciar la fundamentación de su veredicto con la siguiente aseveración: «la ley no debe ser esclava o el producto de sutilezas lógicas o intelectuales, sino que debe estar al servicio de finalidades normativas más amplias a la luz de su función social, política y económica»<sup>50</sup>. A continuación, se añade:

<sup>45</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), §§ 73-74.

<sup>46</sup> La cita proviene del voto que el magistrado *Lord Simon* emitió en el caso *Lynch vs. DPP for Northern Ireland* (1975) resuelto por la Cámara de los Lores británica.

<sup>47</sup> La cita proviene de la sentencia del *Privy Council* británico en el caso *Abbot vs. the Queen* (1977).

<sup>48</sup> Cita del libro de Sir James STEPHEN, *History of the Criminal Law of England*, 1883, vol. II, págs. 107-108. Este autor fue citado en la sentencia del caso *Abbot vs. the Queen*.

<sup>49</sup> Cita de la sentencia del caso *Devji Govndiji* dictada en Bombay (1895).

<sup>50</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 75.

«La competencia del Tribunal Internacional se extiende a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en conflictos armados extremadamente violentos de grandes dimensiones. No nos ocupamos de las acciones de terroristas, mafiosos o secuestradores domésticos. En relación con los crímenes más odiosos que conoce la humanidad, nuestra misión consiste en que los principios legales de los que damos fe generen el efecto adecuado en los soldados provistos de armas destructoras y en los comandantes que los controlan en situaciones de conflictos armados (...) debemos tener presente que nos movemos en el terreno del Derecho internacional humanitario, que tiene, como uno de sus objetivos básicos, la protección de los débiles y vulnerables en las situaciones en que su vida y seguridad corren peligro. La inquietud suscitada por los perjuicios que podía ocasionar admitir el miedo insuperable como causa de exculpación fue motivo suficiente para persuadir a la Cámara de los Lores y al *Privy Council* de que en el contexto nacional había que negar tal exculpación para prevenir el crecimiento de la criminalidad doméstica y la impunidad de los villanos (*miscreants*)<sup>51</sup>. ¿Acaso no son suficientes estos argumentos para convencernos de que también debemos rechazar el miedo insuperable como eximente completa en nuestra labor de aplicación de unas leyes creadas para tener en cuenta las inquietudes humanitarias en un escenario de guerra brutal, para castigar a quienes perpetran crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y para detener la futura comisión de tales crímenes? Si el Derecho interno no reconoce efectos eximentes al miedo en el caso en que se mata a personas inocentes, el Derecho internacional penal no puede ser menos, teniendo en cuenta que se ocupa de asesinos que actúan a mayor escala. Si el Derecho interno se niega a reconocer el miedo insuperable cuando la acción cometida bajo amenazas acaba con la vida de una persona, desde nuestro punto de vista el Derecho internacional no puede aceptar el miedo en casos que suponen el sacrificio a gran escala de seres humanos. Nuestra inquietud debe ser facilitar el desarrollo y la efectividad del Derecho internacional humanitario y promover sus designios y su aplicación reconociendo el efecto normativo que el Derecho penal produce sobre los individuos a él sujetos.

(...)

Podría replicarse que los sistemas continentales aceptan el miedo como eximente del asesinato y ello aun cuando no puede afir-

---

<sup>51</sup> Las referencias a la Cámara de los Lores y al *Privy Council* se explican porque la regulación del Derecho anglosajón proviene de diversas sentencias dictadas por estos tribunales. Cfr. al respecto, y para mayores detalles, SSA (*Stephen*), § 30-47.

marse que crímenes como el propio asesinato o el terrorismo tengan menos importancia en estos países que en los del *common law*. Sin embargo, este argumento no nos convence, pues nosotros nos ocupamos sobre todo de conflictos armados en los que vidas civiles, las vidas de los más débiles, corren un grave peligro. Existen datos históricos, antiguos y actuales, sobre conflictos armados que aportan incontables ejemplos de superiores que amenazan a sus subordinados cuando los primeros se encuentran con alguna muestra de negativa o rechazo por parte de los segundos para aceptar órdenes de cometer actos que claramente infringen el Derecho humanitario internacional. No puede negarse que en los conflictos armados la frecuencia de situaciones en las que se obliga a personas bajo amenazas a cometer crímenes y la magnitud de estos crímenes es superior a la de cualquier entorno nacional en tiempo de paz»<sup>52</sup>.

Desde el punto de vista de los magistrados, lo que explica la solución del *common law* son consideraciones políticas y prácticas. «No creemos que esta referencia a las consideraciones políticas esté fuera de lugar. Sería ingenuo creer que el Derecho internacional actúa y se desarrolla huérfano de toda consideración de política social o económica»<sup>53</sup>. Citando expresamente a *Rosalyn Higgins*, los magistrados hace suya la frase de esta autora según la cual, cuando la ley es ambigua o incierta, resulta perfectamente correcto decidir con base en orientaciones políticas: «la esencia de esta tesis no es que las inquietudes políticas dominen el Derecho sino que, cuando sea oportuno, se tomen en cuenta dichas consideraciones para la solución de un caso. Éste es precisamente nuestro enfoque en la cuestión del miedo como eximente de la matanza de personas inocentes en Derecho internacional. Aunque las consideraciones políticas se ignoren por completo, el Derecho siempre fracasa en su pretensión de neutralidad»<sup>54</sup>.

Tras estas consideraciones, *Vohrah* y *McDonald* analizan el tratamiento que merecen los casos en que, sea cual sea la actuación del autor, las víctimas van a morir igualmente, un argumento alegado a favor de admitir el miedo como eximente y admitido, por ejemplo, en la sentencia italiana de 1948 que resolvió el denominado «caso *Masetti*»<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), §§ 75-76.

<sup>53</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 78.

<sup>54</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 78, citando a HIGGINS, *Problems and process: international law and how we use it*, Oxford, 1994, págs. 5-7.

<sup>55</sup> Sentencia inédita del Tribunal de Apelaciones de L'Aquila de 15 de junio de 1948, citada en SSA (*McDonald/Vohrah*), § 79.

Según los magistrados, en esta sentencia se parte de un enfoque estrictamente utilitarista, basado en la idea de proporcionalidad, que no tiene cabida alguna entre los argumentos empleados para justificar por qué el miedo no debe eximir. Entienden los dos jueces, que en sus razonamientos las consideraciones de proporcionalidad no tienen cabida alguna, pues «nuestro punto de vista se basa en el reconocimiento de que el Derecho humanitario internacional debe guiar la conducta de los combatientes y de sus mandos, de que deben existir límites legales para la conducta de estos sujetos en un conflicto armado»<sup>56</sup>. Desde esta perspectiva, entienden los magistrados, está fuera de todo lugar entrar en ponderaciones sobre el valor de vidas humanas.

Finalmente, los dos jueces rebaten otro argumento a favor del carácter eximente del miedo, concretamente, el que se basa en la idea de que el Derecho no puede exigir a los ciudadanos algo que vaya más allá de lo que es razonable o de lo que puede esperarse de una persona normal en las mismas circunstancias. *Vohrah y McDonald* despachan este argumento de forma expeditiva, afirmando que «nuestro rechazo ante la posibilidad de que el miedo exima a quien mata a seres inocentes no depende de lo que puede esperarse de una persona razonable. Nosotros defendemos un principio moral absoluto que es claro e inconfundible para la implementación del Derecho internacional humanitario»<sup>57</sup>. Con todo, los magistrados añaden que

«de los soldados y combatientes se espera una mayor fortaleza y una mayor capacidad de resistencia que de los civiles frente a las amenazas, al menos cuando lo que está en peligro es su vida. Los soldados, a causa de la naturaleza de su ocupación, deben haber imaginado la posibilidad de morir violentamente en la persecución del objetivo por el que luchan. La cuestión relevante debe pronunciarse en los términos de lo que puede esperarse de un soldado ordinario en la situación del apelante. Desde nuestra perspectiva, lo que no puede esperarse de tal soldado no es algo que deba analizarse desde una óptica utilitarista que implique una ponderación de los daños que están en juego, sino que se basa en el principio de que es inaceptable permitir a un luchador entrenado, cuyo trabajo implica por fuerza un riesgo de muerte, que se beneficie de una exculpación completa para un crimen en el que ha matado a una o a diversas personas»<sup>58</sup>.

---

56 SSA (*McDonald/Vohrah*), § 80.

57 SSA (*McDonald/Vohrah*), § 83.

58 SSA (*McDonald/Vohrah*), § 84.

Finalmente, los jueces entienden incorrecto sostener que, rechazan el miedo como eximente, el Derecho «espere» de una persona que pierda su vida en vano o que se comporte como un héroe. Ello tal vez podría afirmarse si el castigo a imponer fuera el de reclusión perpetua, una pena cuya imposición no se defiende en este caso. «La ley no “espera” que una persona se comporte como un héroe, pues, reconociendo la debilidad humana y la amenaza bajo la que se actúa, está dispuesta a atenuar su castigo». «En los casos apropiados», afirman los magistrados, «el agresor puede incluso no recibir castigo alguno», haciendo referencia a las posibilidades apuntadas en alguna resolución inglesa de conceder un perdón al reo<sup>59</sup>.

En resumidas cuentas, la conclusión final de *Vohrah* y *McDonald* se concentra en las siguientes frases: «entendemos que *el miedo no puede actuar como eximente completa de un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad* o de crímenes de guerra en el Derecho internacional que supongan la pérdida de vidas humanas. Afirmamos esto teniendo en cuenta la obligación que se nos ha impuesto por el Estatuto de garantizar que el Derecho humanitario internacional, cuya tarea es la protección del ser humano, no sea vea en modo alguno socavado»<sup>60</sup>. Por todo ello, se concluye, el reconocimiento de culpabilidad de *Erdemovic* no puede considerarse ambiguo, pues en ningún momento alegó una eximente plena, sino sólo una atenuante para cuya apreciación, según la Sala de Apelaciones, podía haber sido suficiente el testimonio del acusado, sin necesidad legal de pruebas adicionales, como exige la Sala de Primera Instancia en su sentencia.

## V

Pese a compartir el punto de vista de *Vohrah* y *McDonald* en el sentido de que el reconocimiento de culpabilidad de *Erdemovic* no fue correctamente informado por la Sala de Primera Instancia, el italiano *Antonio Cassese* y el australiano *Ninian Stephen* iban a sostener en sus respectivos escritos la opinión contraria a la de los dos primeros jueces en relación con los efectos eximentes del miedo insuperable y con la ambigüedad de la declaración de culpabilidad emitida por el acusado en su comparecencia inicial.

<sup>59</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 85.

<sup>60</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 88 (cursiva añadida).

En primer lugar, *Stephen* se declara incapaz de comprender el razonamiento empleado por la Sala de Primera Instancia para negar en su sentencia cualquier efecto a las palabras del acusado. Según entiende este magistrado, mientras en un párrafo de dicha sentencia se rechaza la alegación de *Erdemovic* por no aportar pruebas, en otro párrafo parece negarse cualquier posibilidad de que el miedo exima en los casos de crímenes contra la humanidad debido a la no equivalencia entre la vida del autor y la vida de las víctimas. Desde el punto de vista de este juez, la comparecencia inicial del acusado no era el momento procesal oportuno para plantearse si *Erdemovic* podía o no probar sus alegaciones de haber actuado bajo amenaza de muerte. Del mismo modo, el argumento de la proporcionalidad defendido por la Sala de Primera Instancia no resulta tampoco admisible, pues en casos como el presente lo que en realidad se pondera no es la vida del autor con la de la víctima, sino la vida del autor con la vida de autor y víctima. «Es difícil imaginar que un acto heroico de autoinmolación del croata apelante hubiera detenido al ejército serbio de Bosnia en su labor de exterminio de los civiles musulmanes», puntualiza el magistrado<sup>61</sup>.

Por lo que respecta a la cuestión del miedo insuperable, el juez *Stephen* constata cómo el carácter de eximente se atribuye al miedo tanto en los sistemas continentales como también en el *common law*, aunque con el asesinato como excepción en este último caso. Sin embargo, incluso en los sistemas anglosajones, la regla general de que el miedo no exime cuando está en juego la vida de otra persona no es un principio indiscutido y, además, no es evidente que este principio forme parte del Derecho internacional, ni como norma consuetudinaria ni tampoco en tanto que principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas. El juez *Stephen* advierte que, si no fuera por la concreta excepción de los países del *common law*, podría sostenerse como principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas que el miedo debe eximir, y ello «ya no sólo desde una aproximación al Derecho continental, sino como una simple cuestión de justicia»<sup>62</sup>. Desde su punto de vista, dudosamente puede hablarse de justicia cuando se castiga a un sujeto que se ve encañonado por un individuo armado y que, bajo amenazas de muerte, es obligado a disparar contra otra persona. Aunque los sistemas anglosajones puedan aplicar notables atenuaciones en estos casos, no por ello el sujeto deja de «cargar con el estigma de ser un asesino» y, por tanto, su solución no puede considerarse adecuada<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> SSA (*Stephen*) § 19.

<sup>62</sup> SSA (*Stephen*) § 26. Un análisis crítico de los razonamientos de este magistrado en KREB, *ZStW*, 111 (1999), págs. 611-613.

<sup>63</sup> SSA (*Stephen*), § 27.

Seguidamente, *Stephen* trata de demostrar que en el *common law* no existe ninguna justificación sólida para la afirmación de que el miedo no debe eximir en caso de asesinato. A tal efecto, el magistrado australiano analiza el origen de esta excepción en la opinión defendida por algunos comentaristas ingleses del siglo XIX, quienes partían de la idea de que la vida del sujeto amenazado no tiene más valor que la de la víctima inocente. La jurisprudencia inglesa en este sentido se inicia en un caso de 1881 (*Regina vs. Dudley and Stephens*, más conocido como el «caso Mignonette») en el que unos naufragos a la deriva mataron a un chico que iba con ellos en el bote para alimentarse con su cadáver<sup>64</sup>. En esta causa el tribunal condenó partiendo del principio de que «es mejor morir que matar a un inocente», pero, según el juez *Stephen*, el «caso Mignonette» era un supuesto de «su vida o la mía», no equiparable sin más a la situación de *Erdemovic*, quien, hiciera lo que hiciera, se encontraba en una situación en la que el destino de las víctimas estaba ya decidido de antemano y todo lo que quedaba al acusado era elegir si se unía a ellas.

La cuestión volvería a plantearse en 1975 en el «caso *Lynch*», juzgado por la Cámara de los Lores, en el que se llegó a la conclusión, por tres votos a favor y dos en contra, de que el miedo podía tener efectos eximentes incluso en los casos de asesinato<sup>65</sup>. Sin embargo, dos años más tarde el *Privy Council* resolvió en sentido contrario el caso *Abbott vs. The Queen*<sup>66</sup>, en cuya solución pesaron razones políticas, que los jueces no ocultaron, como el temor a que, reconociendo el miedo como eximente, se estuviera otorgando carta blanca a terroristas, jefes de bandas criminales o secuestradores para la comisión de sus acciones. Esta decisión fue confirmada en la posterior sentencia del caso *Regina vs. Howe* (1987), en la que por unanimidad la Cámara de los Lores reiteró la regla de que el miedo no exime en casos de asesinato<sup>67</sup>.

En esta última resolución se invocaron argumentos como la afirmación de que, reconociendo al miedo un efecto de exculpación plena, se retiraría «a la víctima inocente la protección del Derecho penal» y éste cubriría con «el manto de su protección las espaldas de los cobardes y los pusilánimes». En esta misma sentencia *Lord Mackay of Clashfern* expresó la repugnancia que despertaría «el que la ley reconociera a cualquier individuo en cualquier circunstancia, incluso extrema, el derecho a decidir que un inocente debe morir antes que otro». Durante los años

---

<sup>64</sup> Sobre este caso y sus repercusiones cfr. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978, pág. 823 y ss.

<sup>65</sup> *Lynch vs. D.P.P. for Northern Ireland*, 1975.

<sup>66</sup> *Abbott vs. The Queen*, 1977.

<sup>67</sup> *Regina vs. Howe and others*, 1987.

ochenta y noventa, los tribunales ingleses han mantenido esta excepción, aunque en sus sentencias casi siempre ha habido votos particulares de jueces expresando un punto de vista contrario. No obstante, recalca el juez *Stephen*, los casos resueltos siempre fueron situaciones de «su vida o la mía» y no supuestos que respondieran a la estructura «su vida o la de los dos». Además, este magistrado critica que en este ámbito la jurisprudencia haga tanto hincapié en la inocencia de la víctima, cuando, al fin y al cabo, la víctima es inocente en todos los delitos, también en aquellos en los que, con carácter general, se admite el carácter exculpatorio del miedo.

Con todo, prosigue *Stephen*, en el propio *common law* la vigencia de esta excepción no es absoluta. Así, por ejemplo, doce estados norteamericanos que han asumido el *Model Penal Code* admiten el miedo como eximente completa incluso en caso de asesinato. Por otra parte, muchos comentaristas a la jurisprudencia han criticado la excepción. Además, desde el punto de vista del juez *Stephen*, la excepción del *common law* no puede trasladarse sin más al caso de *Erdemovic*. En este sentido el juez recalca incesantemente que dicha excepción está pensada para los casos en que el acusado puede decidir entre su vida o la de la víctima, no para supuestos en los que el destino de la víctima está ya determinado previamente. Según *Stephen*, «el apelante no tuvo moralmente la posibilidad de elegir. Desde luego, tuvo la posibilidad de entregar su vida por la causa del más alto principio ético, pero no es ésta una opción cuyo cumplimiento deba ser garantizado por el Derecho penal con sus sanciones. En las circunstancias del apelante, la voluntad de autopreservación no era algo meramente instintivo, sino racional, y una ley que pretendiera exigir su contradicción resultaría incompatible con un “sistema jurídico racional” que tenga “realmente en cuenta los *standards* de un hombre honesto y razonable”»<sup>68</sup>. Con respecto a la decisión de sus colegas *McDonald* y *Vohrah*, puntualiza *Stephen* que «soy consciente de las consideraciones expresadas por otros miembros de esta Sala acerca de la necesidad de proteger la vida de los inocentes en conflictos que, como el de la antigua Yugoslavia, suponen una grave amenaza para dichas vidas. Sin embargo, desde mi punto de vista este objetivo no debe perseguirse negando una causa de exculpación a quien por su propia voluntad no está en condiciones de poder proteger a los inocentes»<sup>69</sup>.

Concluye *Stephen* afirmando que la regla general sobre los efectos del miedo en todos los sistemas del mundo y para todos los delitos es

<sup>68</sup> SSA (*Stephen*), § 54, citando en los fragmentos entrecomillados el voto de *Lord Morris* en la sentencia del «caso Lynch».

<sup>69</sup> SSA (*Stephen*), § 65.

que el miedo puede eximir de forma completa. Desde luego, esta regla tiene una excepción en el *common law* para el delito de asesinato, pero, reitera el juez, esta regla no puede aplicarse a un caso como el de *Erdemovic* en el que no concurren sus presupuestos, pues el acusado no podía hacer nada para salvar la vida de sus víctimas y, por tanto, nunca tuvo el derecho a escoger entre dos vidas, es decir, nunca contó con la opción que tanto ha repugnado a los jueces anglosajones y que, a fin de cuentas, explica la existencia de la excepción. Dado que los presupuestos aplicativos de dicha excepción no concurren en el presente caso, debe regir según *Stephen* el principio general del Derecho reconocido por la mayoría de sistemas legales del mundo: siempre que se cumplan sus estrictos requisitos, *el miedo insuperable es una causa de exención completa incluso para crímenes de lesa humanidad*.

Muchos de los puntos de vista de *Stephen* son compartidos por su colega italiano *Antonio Cassese*, aunque éste emplea una argumentación algo distinta para llegar a la misma conclusión. *Cassese* critica a sus compañeros *McDonald* y *Vohrah* por no haber buscado cuál era la regla general sobre los efectos del miedo insuperable y por haber optado, en cambio, por resolver el caso acudiendo a «consideraciones políticas» totalmente ajenas a la labor de un tribunal encargado de aplicar Derecho internacional<sup>70</sup>. En este sentido, afirma el juez italiano, «un enfoque políticamente orientado en materia de Derecho penal se opone al principio consuetudinario básico del *nullum crimen sine lege*»<sup>71</sup>. *Cassese* acusa también a sus dos compañeros de haber realizado juicios metalegales impropios de un tribunal de justicia y de haber resuelto según las reglas del *common law*, menospreciando así la solución del Derecho continental.

Según *Cassese*, y en contra de lo alegado por el fiscal, no existe ninguna norma consuetudinaria internacional que determine que el miedo no puede eximir en caso de asesinato, pues las opiniones de los tribunales sobre este punto no son uniformes y la mayoría de sentencias de tribunales militares de postguerra invocadas por el propio fiscal son, al fin y al cabo, resoluciones que aplican Derecho interno, no Derecho internacional. Por otra parte, en la mayoría de ellas no se descarta que el miedo pueda eximir, sino, simplemente, no se llega a exculpar al sujeto por faltar en el hecho enjuiciado los requisitos fácticos para aplicar la eximente completa. Además, en las pocas sentencias dictadas por tribunales creados con el consenso de las potencias que ocupaban Alemania se admitió que el miedo podía exculpar.

<sup>70</sup> SSA (*Cassese*), §§ 11 y 18.

<sup>71</sup> SSA (*Cassese*), § 11.

Tras una apabullante cita de precedentes, *Cassese* llega a la conclusión de que en Derecho internacional no existe una norma consuetudinaria que excluya la aplicación de la eximente de miedo en casos de crímenes de lesa humanidad<sup>72</sup>. Constatada la inexistencia de esta excepción, entiende el magistrado que debería haber prevalecido la regla general, eso sí, siempre que se cumplieran una serie de requisitos: que exista una amenaza grave para la vida o la integridad física; que no existan medios adecuados de huida; que exista proporcionalidad en los medios empleados para evitar la amenaza; y que la situación de miedo no haya sido buscada por el autor. *Cassese* reconoce que el requisito de la proporcionalidad no se satisface en los casos que responden a la estructura «su vida o la mía», pero sí en aquéllos en los que el dilema del acusado es «mi vida o la de los dos», siempre que consiga demostrarse que el delito se habría cometido de todos modos<sup>73</sup>.

Según *Cassese*, «el Derecho se basa en lo que una sociedad puede esperar razonablemente de sus miembros y no puede imponer *standards inalcanzables* de comportamiento que exijan al ser humano llevar a cabo actos de martirio, tachando asimismo de criminales las conductas que no se ajusten a dicho *standard*»<sup>74</sup>. Desde el punto de vista de este juez, el caso debería haberse resuelto con esta regla, y no a través de las consideraciones políticas en las que se embarcan sus colegas *McDonald* y *Vohrah*. Aunque estos dos jueces hayan reconocido efectos atenuantes al miedo insuperable, con la atenuación no se evita declarar la conducta como criminal y afirmar, asimismo, que el sujeto debía haber actuado de otro modo, una afirmación que, según *Cassese*, «es injusta e irracional cuando, aun sacrificando su propia vida, el acusado no puede hacer nada para salvar a sus víctimas»<sup>75</sup>.

Del mismo modo, el juez italiano reprocha a sus colegas que, después de llegar a la conclusión de que la materia no estaba regulada por el Derecho internacional, no analizaran lo dispuesto por el Derecho yugoslavo. En el Código Penal yugoslavo vigente al cometerse los hechos, el miedo era una eximente aplicable también en caso de asesinato. Según este juez, no debe olvidarse «que a un nacional de uno de los esta-

<sup>72</sup> SSA (*Cassese*), § 40. Una crítica a la argumentación de este magistrado en KREB, ZStW, 111 (1999), págs. 604-605 y págs. 610-611.

<sup>73</sup> SSA (*Cassese*), §§ 41-42.

<sup>74</sup> SSA (*Cassese*), § 47 (subrayado y cursiva en el original). Este juez añade un argumento muy interesante (*ibidem*, nota 110): en el Derecho anglosajón es probable que los casos más evidentes y extremos de miedo insuperable nunca lleguen a ser tratados en una sentencia por el simple hecho de que el fiscal decida no acusar en tales casos: «muchos supuestos en los que podría haberse admitido la eximente sencillamente no alcanzaron la fase del juicio».

<sup>75</sup> SSA (*Cassese*), § 48.

dos de esa región combatiendo en un conflicto armado se le exige el conocimiento de las disposiciones penales de su país y, además, basa sus expectativas en estas disposiciones»<sup>76</sup>. Si realmente la materia no estaba regulada en Derecho internacional, lo más apropiado y juicioso habría sido recurrir, como última opción, a la ley nacional del acusado y no a consideraciones morales o a orientaciones políticas. Por todo ello, entiende *Cassese*, el reconocimiento de culpabilidad de *Erdevovic* fue ambiguo, lo que supone un segundo motivo para afirmar su invalidez.

## VI

La situación de empate surgida de los cuatro votos anteriores determinaba que la decisión final quedara en manos del quinto juez, el magistrado chino *Haopei Li*. Como sus dos primeros colegas, *Li* sostiene en su escueto voto particular que no existen normas convencionales o consuetudinarias en Derecho internacional que determinen cuáles han de ser los efectos del miedo insuperable, ni tampoco una respuesta uniforme en las soluciones de los ordenamientos internos. Sin embargo, un análisis de la jurisprudencia de los tribunales que juzgaron los crímenes de la Segunda Guerra Mundial permite afirmar a *Li* la existencia de la regla general del miedo como circunstancia eximente, siempre que se cumplan sus requisitos y siempre que no concurra una excepción puntual: «matar civiles o prisioneros de guerra inocentes»<sup>77</sup>. En este último supuesto, el miedo sólo puede atenuar.

El magistrado chino entiende que tanto la regla como la excepción son razonables y deben ser aplicadas por el Tribunal. A tal efecto, añade algunos argumentos para justificar que la excepción también deba acogerse:

«El objetivo principal del Derecho humanitario internacional es la protección de civiles inocentes, de prisioneros de guerra y de otras personas *hors de combat*. Dado que la vida de un ser humano es condición *sine qua non* de su propia existencia, el Derecho internacional humanitario debe intentar garantizar su protección y evitar que se destruya. Admitir el miedo insuperable como eximente completa, o como justificación de la masacre de inocentes, equivale a alentar con la impunidad al subordinado coaccionado a

<sup>76</sup> SSA (*Cassese*), § 49.

<sup>77</sup> SSA (*Li*), § 5.

matar a dichos inocentes, en vez de disuadirle de cometer tan horrendo crimen y, asimismo, de este modo se coopera con el superior jerárquico en su voluntad homicida. Semejante política inhumana del Derecho no puede tolerarse por la comunidad internacional y nunca podría ser adoptada por este Tribunal»<sup>78</sup>.

Añade el juez *Li* que, a la vista de las discrepancias entre las regulaciones internas, el Tribunal debe optar por la interpretación que resulte más adecuada para la protección de inocentes y ésta es, según su parecer, la solución del *common law*. Del mismo modo, *Li* rechaza la afirmación de que *Erdemovic* debiera ser exculpado porque el destino final de los prisioneros habría sido en todo caso la muerte, pues con este argumento «se justifica a cualquier miembro de un grupo criminal que participe con otros en la masacre de inocentes»<sup>79</sup>. Con todos estos argumentos, *Li* decanta la balanza a favor de sus colegas *Vohrah* y *McDonald*. A favor, por tanto, de la regla de que *el miedo insuperable no puede eximir, sino sólo atenuar, en el caso de crímenes de lesa humanidad*. Esta conclusión comporta, para el caso concreto, que la Sala de Apelaciones considere por mayoría de tres votos contra dos que el reconocimiento de culpabilidad de *Erdemovic* fue inequívoco.

## VII

Como resultado de la combinación de los diversos pronunciamientos resumidos en las páginas anteriores, la decisión de la Sala de Apelaciones fue que el reconocimiento de culpabilidad de *Erdemovic* había sido voluntario e inequívoco, pero desinformado. Por todo ello, el caso debía volver a la Sala de Primera Instancia para que el acusado pudiera declararse culpable o inocente de las acusaciones del fiscal, esta vez con pleno conocimiento de las consecuencias de su reconocimiento. Sin embargo, antes de que se volviera a repetir la comparecencia inicial, la defensa de *Erdemovic*, a la que se había sumado el abogado estadounidense *Nikola Kostic*, entró en negociaciones con la fiscalía del TPIY.

El resultado de estas negociaciones fue un acuerdo entre las partes (*plea bargain agreement*) concluido el 8 de enero de 1998 y presentado ante la nueva Sala de Primera Instancia, presidida esta vez por *Florence Ndepele Mwachande Mumba* (Zambia) y compuesta por los magis-

<sup>78</sup> SSA (*Li*), § 8.

<sup>79</sup> SSA (*Li*), § 11.

trados *Mohamed Shahabudden* (Guyana) y *Wang Tieya* (China). En este acuerdo se pactaba que el fiscal retiraría la acusación contra *Erdemovic* por crímenes de lesa humanidad y mantendría sólo el cargo alternativo de violación de las leyes o usos de la guerra (art. 3 ETPIY), un crimen del que *Erdemovic* se declaraba culpable. El fiscal admitía asimismo que el acusado había actuado en una situación de miedo insuperable y, por tanto, que esta circunstancia debía ser tenida en cuenta como atenuante en la determinación de la gravedad del castigo. Finalmente, las partes recomendaban a la Sala la imposición de una pena de siete años de prisión.

Respecto a este acuerdo, la nueva Sala de Primera Instancia declaró que esta clase de pactos no le vinculaban, pues no estaban previstos en el Estatuto del Tribunal, ni en las reglas de procedimiento y prueba. Consiguientemente, el 14 de enero de 1998, *Erdemovic* compareció ante la nueva Sala de Primera Instancia y se declaró culpable de violación de las leyes y usos de la guerra. Sin embargo, en la posterior sentencia —dictada el 5 de marzo de 1998— la Sala declararía haber tenido en cuenta el acuerdo entre fiscal y defensa para decidir el pronunciamiento final<sup>80</sup>. En su nueva sentencia la Sala tiene en cuenta una serie de factores para cuantificar la gravedad del castigo<sup>81</sup>. Así, los magistrados consideran como agravantes el extremo sufrimiento de las víctimas antes y durante la masacre, los medios empleados por *Erdemovic* y el número de muertes causadas. En cambio, con carácter atenuante se decide estimar, en primer término, la edad del acusado en el momento de cometer el crimen, su actual situación familiar y el que nunca antes se hubiera comportado como un extremista, un dato confirmado por el hecho de que durante la guerra hubiera formado parte de tres ejércitos distintos (la Sala afirma que «ninguna de las partes ha insinuado que se tratase de un mercenario»)<sup>82</sup>, así como por su matrimonio con una mujer de etnia distinta.

A los factores citados añade la Sala el que la unidad del acusado no tuviera como objetivo directo la destrucción de vidas humanas, la confesión y entrega de *Erdemovic* antes de que se hubieran iniciado investigaciones contra su persona, la ausencia de crímenes previos, el que durante el conflicto hubiera salvado algunas vidas e intentado salvar otras, la contricción mostrada, el estrés postraumático padecido y la cooperación con el fiscal tanto en el descubrimiento de crímenes aún ignorados como en la causa contra *Radovan Karadzic* y *Ratko Mladic*. Finalmente, la Sala tiene en cuenta como atenuante que el acusado actuó

---

80 SSPI-2, § 19.

81 SSPI-2, § 15-17.

82 SSPI-2, § 16.

en una situación de miedo insuperable provocada por las amenazas de muerte inminente recibidas. Para dar por probadas estas amenazas, la Sala parte de las declaraciones del acusado, su condición de croata en un ejército serbio y la declaración de un testigo conocedor de la situación que se vivía aquellos momentos en la zona, quien afirmó que, de haberse negado, el acusado «probablemente se habría encontrado con problemas gravísimos». «Tenía que matar o morir», concluye la sentencia<sup>83</sup>.

A la vista de todas estas circunstancias, y considerando también la gravedad del crimen, la Sala decide por unanimidad condenar a *Erdemovic* a cinco años de prisión por la comisión de un crimen de violación de las leyes y usos de la guerra<sup>84</sup>, restando a esta pena el tiempo que el acusado ya había estado detenido, aproximadamente unos dos años. Esta vez el fallo de la Sala de Primera Instancia no iba a ser recurrido por las partes y en agosto de 1998 *Drazen Erdemovic* sería trasladado a Noruega para cumplir allí la pena impuesta.

## VIII

Más allá de cuál sea el sentido de su veredicto final, el gran interés de la causa de *Drazen Erdemovic* radica simplemente en el encendido debate reproducido en las páginas anteriores. Pocas veces en el pasado había sido posible presenciar una confrontación similar entre visiones a menudo tan dispares sobre el Derecho penal como las de los sistemas anglosajones y continentales, o entre culturas jurídicas tan alejadas como la europea, la musulmana o la del oriente asiático. Una discusión

---

<sup>83</sup> SSPI-2, § 17.

<sup>84</sup> Pese a la unanimidad en el veredicto, la sentencia contiene un breve voto particular (*separate opinion*) del magistrado *Mohamed Shahabudden*. La intención de este voto parece ser expresar la opinión de este juez sobre algunas dudas que la sentencia de la Sala de Apelaciones había suscitado en la Sala de Primera Instancia, en concreto, sobre cómo una sala de instancia ha de asegurarse de que el acusado ha entendido las acusaciones y sobre cómo comparar entre sí la gravedad de dos crímenes. Respecto al primer punto, este magistrado declara no creer necesario que la Sala explique siempre al acusado todas y cada una de las circunstancias que integran el crimen que se le imputa, sino que basta con que se asegure de que el acusado ha conseguido entenderlas. En segundo lugar, el juez expresa sus dudas personales sobre el criterio al que debe acudir la Sala para decidir, en caso de acusaciones alternativas, cuál es la más grave. En este sentido, *Shahabudden* parece cuestionar en su voto la afirmación de la mayoría de la Sala de Apelaciones, en el sentido de que los crímenes de lesa humanidad son siempre más graves que los crímenes de guerra. Una afirmación que, por otra parte, explica en gran medida la sustancial rebaja de pena conseguida por *Erdemovic*.

insólita que, además, esta vez no podía quedar en un mero intercambio de opiniones, sino que debía llegar a ciertos puntos de consenso imprescindibles para dar una respuesta al caso enjuiciado.

Por lo que respecta a los términos de este consenso, la principal consecuencia de la causa de *Erdemovic* es la proclamación del principio de que el miedo insuperable no puede exculpar plenamente la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluso en aquellos supuestos en los que el sujeto activo ha obrado bajo amenazas de muerte inminente. Según entiende la mayoría de jueces de la Sala de Apelaciones, el miedo insuperable, a lo sumo, puede tener un efecto de atenuación del castigo. Por sí sola, esta proclamación parece conferir a la presente sentencia un gran valor como precedente de futuras decisiones sobre casos similares, sobre todo si se tiene en cuenta que hasta la fecha no existía una regulación clara sobre la materia y que, como reconocen todos los magistrados de la Sala, ningún tribunal internacional se había pronunciado de forma rotunda sobre la cuestión.

No obstante, diversos razonamientos empleados por los jueces del TPIY para llegar a la anterior conclusión resultan en mayor o menor medida cuestionables. Por lo que respecta en primer lugar a la sentencia inicial de la Sala de Primera Instancia, algunas de sus deficiencias no parecen muy preocupantes, por ser atribuibles a las peculiares circunstancias de la comparecencia preliminar de *Erdemovic*, una vista en que los implicados procedían de tradiciones jurídicas que ignoran los requisitos de validez del *guilty plea* anglosajón. Los errores cometidos en este ámbito afectan a cuestiones formales y su futura evitación no parece especialmente compleja una vez que la Sala de Apelaciones ha efectuado ya las correcciones oportunas<sup>85</sup>. En cambio, mucho más complicado puede ser erradicar de la mentalidad de algunos jueces ideas como, por ejemplo, que el reconocimiento de circunstancias atenuantes a favor del acusado es una cuestión más próxima a la gracia o al perdón que al merecimiento o necesidad de pena, una afirmación contenida en la primera sentencia de la Sala de instancia<sup>86</sup>. Tras

---

<sup>85</sup> De hecho, los tres requisitos que la Sala de Apelaciones considera necesarios para que un reconocimiento de culpabilidad sea válido pasarían en julio de 1998 a formar parte de las RPP, plasmadas concretamente en la actual regla n.º 62 bis. Cfr. al respecto LINTON, «Reviewing the case of Drazen Erdemovic: unchartered waters at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», *LJIL*, 12 (1999), pág. 265.

<sup>86</sup> Cfr. SSPI-1, § 46. La Sala añade al respecto que «la reducción de la pena debida a la aplicación de circunstancias atenuantes en modo alguno disminuye la gravedad del crimen». Este argumento puede aceptarse siempre que se entienda en el sentido de que lo que permanece inalterada es la gravedad *en abstracto* del crimen y no del crimen concreto al que se aplica la atenuación.

frases de este tipo parece ocultarse la idea de que el reconocimiento de atenuantes es un acto puramente discrecional del juez, una perspectiva que no es precisamente digna de elogio en un sistema que intente avanzar hacia una mayor racionalidad en la resolución de los casos.

Por lo que respecta a la sentencia de la Sala de Apelaciones, también existen diversos motivos para ser crítico. Para formular esta crítica no es necesario entrar a juzgar la conclusión final de la mayoría de la Sala, sino que basta con atender a los argumentos empleados por los magistrados para justificar su conclusión<sup>87</sup>. Al fin y al cabo, la respuesta final de la Sala de Apelaciones sobre los efectos del miedo insuperable es compartida por muchos juristas de Derecho continental y en modo alguno puede ser considerada como una extravagancia totalmente incomprensible para penalistas formados en una tradición distinta a la anglosajona. En Derecho continental suele negarse la plena exención cuando el sujeto ha contribuido de algún modo a crear la situación de miedo, cuando por su rol estaba sometido a un nivel de exigibilidad cualificado o cuando el mal causado ha sido desproporcionado en relación con el mal evitado<sup>88</sup>. Tres argumentos que pueden servir para dar por buena la solución de la Sala de Apelaciones en el caso *Erdemovic* sin por ello tener que acudir al *common law*. Por este motivo, en las páginas que siguen se dejará en un segundo plano la cuestión del miedo insuperable y las ventajas e inconvenientes de la solución defendida por el TPIY, un debate para cuyo conocimiento se remite a la bibliografía aparecida en los últimos años sobre esta eximente y sus requisitos<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> En sentido similar OELLERS-FRAHM/SPECHT, *ZaöRV*, 2 (1998), pág. 409, afirman que lo criticable en la sentencia de la Sala de Apelaciones no es tanto su conclusión como la forma de llegar a ella.

<sup>88</sup> El argumento de que los soldados están sujetos a un nivel cualificado de exigibilidad es apuntado por la propia Sala de Apelaciones en SSA (*McDonald/Vohrah*), § 84. La idea de que *Erdemovic* pudo haber previsto la posterior situación es apuntada por CAVICCHIOLI, *RDI*, 80 (1997), pág. 394 (nota 65), afirmando al respecto este autor que en las fechas en que el acusado se integró en el ejército serbio era conocido que éste llevaba a cabo actos de limpieza étnica. En cuanto a la proporcionalidad SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no impliquen deberes de tolerancia», en MIR PUIG / LUZÓN PEÑA (ed.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, págs. 155-184 (esp. págs. 181-182), niega la exención completa de pena en casos en los que el autor, para salvar su propia vida o la de un familiar, mata a numerosas personas. Por su parte, VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, págs. 248-249, se declara partidario de excluir los efectos plenamente eximentes del miedo en los supuestos de gran desproporción entre el mal evitado y el originado, en la línea del § 10 del Código Penal austríaco. En *ibidem*, pág. 203, se aporta asimismo una relación de autores alemanes —entre ellos *Hirsch*, *Roxin* y *Kühl*— que niegan la exención plena en supuestos de «crasa desproporción».

<sup>89</sup> A la cuestión del miedo insuperable se dedican diversos trabajos aparecidos en los últimos años en España. Aparte de los ya citados de SILVA SÁNCHEZ y VARONA GÓ-

En lo que aquí interesa, los aspectos más discutibles de la sentencia de la Sala de Apelaciones se advierten en el decisivo texto elaborado por los magistrados *Vohrah* y *McDonald*. Como se ha expuesto, estos dos jueces sostienen en su resolución que en Derecho penal internacional rige la regla de que el miedo insuperable puede tener un valor de eximente completa, aunque a su juicio resulta dudoso que tal valor se extienda a los crímenes de lesa humanidad. Según estos magistrados, semejante incertidumbre se debe a las distintas soluciones del Derecho anglosajón y del Derecho continental en cuanto a la regulación de los casos en los que está en juego la vida de la víctima. Para solventar este dilema, los dos jueces efectúan una serie de consideraciones acerca de cuál es la misión del TPIY y cuál la finalidad de las penas a imponer por este Tribunal, para finalmente sostener, de acuerdo con estos criterios, la necesidad de establecer una excepción a la regla general para los crímenes de lesa humanidad y negar en estos casos que el miedo insuperable pueda llegar a eximir plenamente.

El mero hecho de que se plantee la posibilidad de admitir una excepción pese la ausencia de consenso en torno a ella es criticable con independencia incluso de los argumentos empleados para llegar a admitirla. Así, si se concluye que en Derecho internacional rige la norma de que el miedo puede eximir de forma completa y, en cambio, no existe consenso sobre la vigencia de eventuales excepciones para ciertos delitos, dichas excepciones no pueden ser creadas *ad hoc* por un tribunal que pretenda ser mínimamente respetuoso con el principio de legalidad<sup>90</sup>. Ello se debe a que la restricción del ámbito de vigencia de una eximente tiene como efecto correlativo una ampliación del círculo de conductas punibles y a que dicha ampliación no puede ser llevada a cabo por un juez sin infringir el citado principio. Esta idea queda perfectamente expuesta en el texto redactado por el juez *Cassese*, cuando este magistrado afirma que «en buena lógica, si no se demuestra que existe una excepción a la regla general, esta última debe prevalecer» y acusa a *Vohrah* y *McDonald* de vulnerar con sus razonamientos el principio *nullum crimen sine lege*<sup>91</sup>.

---

MEZ, deben mencionarse también las monografías de CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable: su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997; QUINTANAR DÍEZ, *La eximente de miedo insuperable*, Madrid, 1998; e HIGUERA GUIMERÁ, *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Barcelona, 1991.

<sup>90</sup> Como afirman OELLERS-FRAHM / SPECHT, *ZaöRV*, 2 (1998), pág. 406, no se trata de negar que el juez pueda emplear en sus decisiones consideraciones acerca de la función del Derecho penal, sino que tales consideraciones puedan traspasar el marco del Derecho vigente.

<sup>91</sup> SSA (*Cassese*) § 11. Se muestran de acuerdo con el magistrado italiano en ese punto OELLERS-FRAHM / SPECHT, *ZaöRV*, 2 (1998), pág. 406.

Asimismo, se aprecia en los argumentos de la mayoría de la Sala un notable grado de confusión con respecto a una idea que resulta básica, por lo menos para los juristas de formación continental: *no es lo mismo exculpar una conducta que justificarla*. Así, por ejemplo, *Li* sostiene en varios pasajes de su escrito que admitir el miedo como eximente supondría «justificar» la comisión de crímenes de lesa humanidad<sup>92</sup>. *McDonald* y *Vohrah*, por su parte, citan numerosos textos en apoyo de su conclusión en los que incesantemente se repite que admitir el miedo como eximente plena equivale a reconocer el derecho a matar a otra persona<sup>93</sup>. Uno de los argumentos básicos de la Sala de Apelaciones para rechazar la exención completa en casos de miedo es la idea de que no puede justificarse o permitirse en ningún caso la matanza de cientos de inocentes, una idea plenamente compartida por la doctrina continental que, salvo opiniones muy minoritarias, nunca afirmaría que una conducta como la de *Erdemovic* está justificada. Sin embargo, el verdadero dilema en esta causa no gira en torno a la eventual permisión de semejantes conductas, sino a la valoración de si, en los supuestos de miedo insuperable, sigue siendo lícito (o necesario) castigar a un individuo<sup>94</sup>. Cuando la mayoría de la Sala de Apelaciones equipara exculpación a justificación y plantea el dilema en términos de permitir o no permitir masacres humanas está ocultando el verdadero núcleo del debate.

Finalmente, es también criticable el argumento de fondo empleado por *McDonald* y *Vohrah* para llegar a la conclusión de que el miedo insuperable no puede exculpar plenamente. Esta crítica se basa, sobre todo, en los motivos aducidos por estos magistrados para rechazar las fundamentaciones que hoy en día se defienden sobre el miedo y sus efectos y para acoger, exclusivamente, la fundamentación basada en cierta concepción de la prevención intimidatoria. Para comprender mejor esta crítica conviene resumir brevemente cuáles son las diversas posiciones que actualmente conviven en la doctrina acerca de los efectos del miedo o instituciones equiparables como el *duress* anglosajón o el

<sup>92</sup> SSA (*Li*), § 8 y § 11.

<sup>93</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 71.

<sup>94</sup> Esta mezcla de niveles probablemente se deba al modelo de teoría del delito que es tradicional en los países anglosajones, como ponen de manifiesto NEMITZ / WIRTH, «Legal aspects of the Appeals decision in the Erdemovic-case: the plea of guilty and duress in International Humanitarian Law», *HuV*, 1998-1, págs. 48-50. Estos autores (*ibidem*, pág. 50) exponen cómo los jueces de la mayoría utilizan de forma sinónima en sus sentencias los conceptos «justificación» y «exculpación» y cómo «el sistema norteamericano no concibe claramente la diferencia entre actuación no punible y actuación conforme a Derecho». Cfr. también CAVICCHIOLI, *RDI*, 80 (1999), pág. 385; ZIEGLER, *AJP*, 6 (1997), pág. 760 y KREB, *ZStW*, 111 (1999), pág. 600 (nota 16).

*entschuldigender Notstand* alemán. A estas posiciones se llega a partir de una determinada teoría sobre la función del Derecho penal, aunque, como ahora se verá, entre los partidarios de una misma teoría no siempre existe unanimidad sobre cuáles han de ser los efectos del miedo insuperable<sup>95</sup>.

En primer lugar, numerosos autores defienden una *fundamentación apriorística* sobre las consecuencias del miedo insuperable. Según esta perspectiva, al Derecho penal no le es lícito castigar a quienes delinquen bajo amenazas de males graves e inminentes, pues estos sujetos se encuentran en una situación en la que no les es exigible actuar conforme a Derecho, de tal modo que su castigo contravendría los mandatos básicos de la justicia y, más en concreto, el principio de culpabilidad<sup>96</sup>. Los partidarios de este punto de vista consideran impropio efectuar cálculos de utilidad acerca de si exculpando al sujeto que ha actuado movido por un miedo insuperable se consigue evitar más o menos delitos en el futuro, pues, desde su perspectiva, el reconocimiento de eximentes no es un problema de mayor o menor eficacia, sino una cuestión de justicia que actúa como límite a la persecución de cualquier objetivo a través del Derecho penal<sup>97</sup>. Todo parece indicar que ésta es la

---

<sup>95</sup> Son pocos los autores que en sus trabajos vinculan explícitamente la exención de castigo que comporta el miedo insuperable a una determinada función de la pena. En España, la mayor parte de la doctrina afirma que en los casos de miedo falta la exigibilidad de otra conducta y, por tanto, debe eximirse al sujeto activo. No obstante, esta doctrina no suele explicar de forma detallada por qué la inexigibilidad debe eximir, es decir, no concreta si tal exención se explica por cuestiones de prevención general (negativa o positiva), de prevención especial, o si (como parece sobreentenderse a partir de sus razonamientos) la exención viene impuesta por límites externos y previos al Derecho punitivo. Como apunta SILVA SÁNCHEZ, en *Cuestiones actuales*, pág. 165, en este ámbito se ha concedido más importancia a las cuestiones sistemáticas que a las relativas al fundamento.

<sup>96</sup> Éste es el punto de vista defendido por VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, pág. 35 y ss (esp. pág. 37). Según este autor (*ibidem*, pág. 35), «*las eximentes plantean una cuestión de respeto y protección de los derechos de la persona frente al poder punitivo estatal*», añadiendo que «su reconocimiento no puede dejarse en manos del cálculo sobre la utilidad colectiva» (cursiva en el original). En este ámbito se sitúan también los planteamientos que SILVA SÁNCHEZ, en *Cuestiones actuales*, pág. 159, califica de ontológicos, definiéndolos como aquéllos «que desprenden de la situación de necesidad una *imposibilidad jurídica* de castigar» (cursiva en el original). Un ejemplo de estos planteamientos en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1998, pág. 617, cuando afirma que «el Derecho *no puede* castigar las conductas adecuadas al baremo de un ciudadano medio» (cursiva añadida). Asimismo, parece también defender una perspectiva apriorística QUINTANAR DÍEZ, *La eximente*, pág. 147, al afirmar que en los casos de miedo «*el juicio de reproche* no puede siquiera nacer».

<sup>97</sup> Este apriorismo queda perfectamente expuesto en la siguiente frase de HIRSCH («La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana», trad. M. Cancio, en ESER / GIMBERNAT / PERRON (eds.), *Justifica-*

perspectiva acogida por los magistrados de la minoría de la Sala de Apelaciones, quienes sostienen en sus escritos que atribuir efectos de plena exención al miedo insuperable «es una cuestión de simple justicia» (*Stephen*)<sup>98</sup>, o que castigar a quien actúa en tales situaciones, especialmente cuando el destino de las víctimas es irreversible, resulta «injusto e irrazonable» (*Cassese*)<sup>99</sup>.

Por el contrario, un segundo grupo de autores intenta explicar la exención en casos de miedo a partir de criterios preventivos y, más concretamente, de la idea de que la función del Derecho penal es restaurar, a través de la imposición de la pena, la vigencia de la norma cuestionada por la comisión del hecho delictivo (*prevención general positiva*). Según afirma *Jakobs*, el principal representante de esta perspectiva, en los casos de amenaza de un mal grave e inminente puede prescindirse de la pena porque es posible remitir la génesis del conflicto entre el sujeto y la norma a causas distintas al propio autor y porque, asimismo, tales situaciones de miedo no resultan planificables, son muy excepcionales y a menudo provocan un sentimiento de solidaridad con el sujeto afectado<sup>100</sup>. Además, en los casos en que el miedo es causado por otro sujeto el conflicto puede imputarse a este último y resolverse el conflicto a su costa. Sin embargo, son precisamente argumentos de prevención general positiva los que llevan a *Silva Sánchez* a una solución opuesta a la de *Jakobs*, negando la plena exención en muchos casos de miedo con el argumento de que «no parece razonable en términos de interacción social que, dado un peligro cierto para la propia vida del agente, se tolere cualquier cosa que éste haga»<sup>101</sup>.

Finalmente, otros autores justifican los efectos de plena exención que puede conllevar el miedo insuperable a partir de la idea de que la misión del Derecho penal es evitar futuros delitos disuadiendo de su comisión a potenciales delincuentes (*prevención general negativa o intimidatoria*)<sup>102</sup>.

---

*ción y exculpación en Derecho penal*, Madrid, 1995, pág. 50): «los criterios de prevención no son la causa de la exculpación, sino la consecuencia de que no concurre culpabilidad jurídicamente relevante».

<sup>98</sup> SSA (*Stephen*), § 26.

<sup>99</sup> SSA (*Cassese*), § 48.

<sup>100</sup> JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C. J. Suárez, en *Id. Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pág. 131; *Id.*, «Culpabilidad y prevención», en *ibidem*, pág. 88; *Id.*, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed. alemana, trad. de J. Cuello y J. L. Serrano, 2.ª ed., Madrid, 1997. En sentido crítico NEUMANN, *NK*, § 35, n.º marg. 5.

<sup>101</sup> SILVA SÁNCHEZ, en *Cuestiones actuales*, pág. 163. La crítica de este último autor a *Jakobs*, en *ibidem*, pág. 174.

<sup>102</sup> Para esta perspectiva cfr. VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, pág. 21 y ss, quien aporta las correspondientes referencias. Cfr. igualmente ÍDEM., *AP*, 39 (1996), pág. 752.

Según estos autores, cuando un sujeto se encuentra ante el dilema de escoger entre su muerte inmediata o la pena que, tal vez, algún día le puedan imponer, es lógico que opte por esta última, de tal modo que ésta pierda en tales casos todo potencial disuasorio y, por tanto, su imposición carece de sentido<sup>103</sup>. Sin embargo, no todos los partidarios la función disuasoria del Derecho penal están de acuerdo con la afirmación de que el miedo debe excusar plenamente y en este sentido se afirma, por ejemplo, que en los casos de miedo el sujeto no pierde por completo su capacidad de actuar de acuerdo con la norma y, por tanto, la conminación penal sigue teniendo sentido en la medida en que puede mantener por lo menos una parte de su eficacia. A esta misma conclusión se llega afirmando que el «mensaje disuasorio» de la pena no sólo se dirige a los sujetos que se encuentran en las mismas circunstancias que el autor concreto, sino a todo potencial infractor y, por tanto, sigue siendo necesario castigar al primero aunque haya actuado en una situación de miedo.

Estos últimos puntos de vista parecen ser los defendidos por la Sala de Apelaciones en su sentencia. Según entienden los magistrados de la mayoría, si se reconociera el miedo como eximente plena, la norma que prohíbe cometer crímenes de lesa humanidad y su sanción perderían poder disuasorio frente a los soldados que en el futuro se vieran compelidos a matar en situaciones más o menos similares a las de *Erdemovic*<sup>104</sup>. En este sentido, en el escrito de *McDonald y Vohrah* se parte de que los sujetos sometidos a amenazas mantienen siempre una cierta capacidad de motivación y, a tal efecto, se cita incluso una frase del penalista inglés del XIX *Sir James Stephen* en la que se afirma que «en aquellos momentos en los que la tentación de cometer un crimen es especialmente intensa es cuando la ley debe pronunciarse más claramente y enfatizar justo lo contrario»<sup>105</sup>. Algo parecido puede afirmarse de los argumentos empleados por el juez *Li*, quien entiende que, dadas las discrepancias entre los sistemas anglosajones y continentales, debe optarse por el sistema que garantice una protección más eficaz de la vida de inocentes, añadiendo que reconocer un efecto de exención completa

---

<sup>103</sup> Con una argumentación algo distinta ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 22, n.º marg. 6, admite que en las situaciones de miedo el sujeto sigue siendo motivable, pero entiende que en estos casos la necesidad de intimidación es mínima y, además, que el sujeto no está necesitado de intervención preventivo-especial.

<sup>104</sup> Este razonamiento se contiene en el párrafo (SSA [*McDonald/Vohrah*], §§ 75) en el que se afirma: «nuestra misión consiste en que los principios legales de los que damos fe generen el efecto adecuado en los soldados provistos de armas destructoras y en los comandantes que los controlan en situaciones de conflictos armados».

<sup>105</sup> SIR JAMES STEPHEN, *History of the Criminal Law of England*, 1883, vol. II, págs. 107-108.

al miedo supondría, tanto alentar a los subordinados a matar, como ayudar a los superiores a conseguir sus objetivos. Una opción que el juez *Li* califica literalmente de «política anti-humana»<sup>106</sup>.

Como conclusión de lo anterior puede afirmarse que, en realidad, lo único que hace la mayoría de la Sala de Apelaciones es decantarse por una de las diversas propuestas que actualmente se defienden sobre la eximente de miedo, concretamente, por una versión derivada de concepciones preventivo-intimidatorias del Derecho penal. Sin embargo, resulta cuando menos curiosa la frase, empleada por la Sala para justificar su decisión, de que sólo la teoría escogida resulta políticamente adecuada y de que todas las demás vienen a ser algo así como meros divertimentos filosóficos carentes de toda utilidad práctica o, expresado en palabras de la propia Sala, simples «sutilezas lógicas o intelectuales»<sup>107</sup>. Con aseveraciones de este tipo los magistrados *Vohrah* y *McDonald* demuestran ignorar que detrás de teorías como la prevención general positiva, o incluso la retribución, existe una determinada visión tanto del individuo como de la sociedad y del papel que en ella debe desempeñar el Derecho penal. Y demuestran ignorar también que tanto tienen de filosóficas estas teorías como la propia prevención intimidatoria.

En este sentido, sostener que la única teoría de la pena aceptable desde un prisma de política pragmática es la prevención general negativa resulta una afirmación en exceso simplista. Un simplismo que llega al extremo cuando, por medio de una cita, *McDonald* y *Vohrah* califican a las doctrinas que reconocen sin excepción efectos eximentes al miedo insuperable de «teorías que hacen el crimen más sencillo y excusan las atrocidades»<sup>108</sup>. Además, para tratarse de una solución, según se dice, basada sobre todo en consideraciones prácticas, se echa de menos una demostración mínimamente profunda en términos empíricos de que una sentencia de un tribunal como el TPIY realmente motiva a potenciales delincuentes y de que estos sujetos están en condiciones de seguir dicha motivación si, llegado el caso, sus superiores les obligan a actuar bajo amenazas inminentes de muerte<sup>109</sup>.

Por otra parte, *McDonald* y *Vohrah* incurren en una contradicción cuando se declaran partidarios de la disuasión de potenciales delincuentes como objetivo de la sanción penal, pero admiten, al mismo tiempo, que en los casos de miedo insuperable el castigo debe atenuar-

<sup>106</sup> SSA (*Li*), § 8.

<sup>107</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 74, apoyándose en una cita de la sentencia del *Privy Council* sobre el caso *Abbott vs. The Queen*.

<sup>108</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 74.

<sup>109</sup> También KREB, *ZStW*, 111 (1999), pág. 621, expresa sus dudas en este sentido.

se. Si, como afirman los magistrados, lo que verdaderamente interesa al Derecho penal es disuadir a potenciales delincuentes a través de la pena en tanto que contramotivación del delito, en los casos de miedo insuperable la sanción debería agravarse, pues en tales supuestos la tentación de delinquir es más fuerte que en los normales. Por ello debería reforzarse la pena para tratar de impedir por todos los medios que el sujeto ceda ante tentaciones tan intensas<sup>110</sup>. En este mismo contexto debe criticarse también que los magistrados de la mayoría despachen de forma apenas razonada el argumento de la proporcionalidad, invocado por *Cassese* y *Stephen* para atribuir efectos eximentes a ciertos supuestos de miedo<sup>111</sup>. Además de la falta de argumentación en este ámbito, conviene asimismo criticar la incoherencia que supone negar toda trascendencia a la proporcionalidad, tachándola de inadmisibles utilitarismo, cuando, al mismo tiempo, la solución de la mayoría sólo puede entenderse en clave utilitarista.

En cualquier caso, no quiere aquí afirmarse que la conclusión final a la que llega la mayoría de la Sala de Apelaciones resulte en sí misma absurda o irracional. Como se ha señalado antes, no pocos autores del denominado *civil law* compartirían esta misma solución fundamentándola en argumentos sólidos. Más bien, lo que se pretende poner de manifiesto es que la argumentación empleada por los magistrados de la mayoría para llegar a semejante afirmación resulta en muchos sentidos excesivamente simple y, además, deja tras de sí muchos cabos sueltos. Esta forma de proceder difícilmente puede merecer una valoración positiva cuando se advierte que tribunales como el TPIY no sólo resuelven casos concretos, sino que con sus sentencias establecen pautas que de hecho se convierten en vinculantes para supuestos similares que puedan plantearse en el futuro y, por tanto, actúan como auténticos legisladores penales internacionales<sup>112</sup>.

Aunque no aparezcan explícitamente en la sentencia, en la solución defendida por la Sala de Apelaciones parecen pesar otros factores dis-

---

<sup>110</sup> En este sentido VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, pág. 24: «si fuéramos a considerar sólo el efecto preventivo, la conclusión debería ser seguramente que los crímenes cometidos bajo amenaza deberían ser más severamente castigados que los crímenes normales, pues una amenaza más severa de castigo será necesaria para contrapesar las amenazas constitutivas de la coacción».

<sup>111</sup> SSA (*McDonald/Vohrah*), § 80 y (*Li*), § 11. El argumento de la proporcionalidad, según ciertos autores, podría llevar incluso a considerar justificada la conducta de *Erdemovic* o, cuando menos, a entenderla exculpada en el caso de quienes niegan toda ponderación cuando están en juego varias vidas. Cfr., sobre esta cuestión ROXIN, *Strafrecht*, § 16, n.º marg. 29-37, con abundantes referencias.

<sup>112</sup> Cfr. al respecto las interesantes consideraciones de ROWE, *YIHL*, 1 (1998), pág. 228.

tintos a los expuestos. Entre éstos probablemente desempeña un importante papel el hecho de que la sentencia de *Erdemovic* fuera una de las primeras resoluciones dictadas por el TPIY, un tribunal sometido a una atenta vigilancia por parte de los medios de comunicación y al que se acusa a menudo de poco eficaz. Del mismo modo, tampoco puede pasarse por alto el lógico temor a que, en caso de absolución, llegara a la opinión pública el mensaje incompleto (e indignante) de que quien ha matado con un rifle automático a setenta personas es absuelto, sin explicar las exactas circunstancias en las que el acusado se vio obligado a actuar<sup>113</sup>. Finalmente, y aunque sólo sea una intuición, parece que la solución del caso podría haber variado si junto a *Erdemovic* se hubieran sentado en el banquillo los mandos que le dieron la orden de matar y quienes planificaron la masacre en la que se vio involucrado.

La importancia de todos estos factores no debe pasarse por alto aunque no aparezcan explícitamente formulados en el texto de la sentencia. En unos tiempos en los que gran parte de la doctrina entiende que la misión del Derecho penal consiste en «dirigir mensajes» a ciertas personas (intimidar a potenciales infractores, confirmar las expectativas de los ciudadanos fieles al Derecho...) no es posible ignorar que la comunicación entre los tribunales y la opinión pública no se lleva a cabo a través de un canal libre de contaminaciones e impurezas, sino que casi siempre se desarrolla a través del filtro distorsionador (y a menudo interesado) de la prensa<sup>114</sup>. Una de las principales tareas que en este ámbito tienen pendientes las teorías preventivas es determinar si el tratamiento que va a recibir una determinada resolución por parte de los medios de comunicación es algo que puede (o incluso debe) ser tenido en cuenta por los tribunales en el momento de dictar sentencia<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Cfr. al respecto las afirmaciones de NEMITZ / WIRTH, *HuV*, 1998-1, pág. 52: «una oposición a la muerte de personas inocentes que resulte lo bastante comprensible requiere que tales homicidios, bajo ninguna circunstancia, tengan como resultado la absolución, porque un fallo de este tipo podría ser visto fácilmente como una aprobación». Estos autores (*ibidem*) proponen el veredicto de «culpable pero no punible» («*guilty but not punishable*») que prevé el Derecho anglosajón.

<sup>114</sup> En este sentido LINTON, *LJIL*, 12 (1999), pág. 270, quien, tras constatar las reacciones de disgusto provocadas en parte de la opinión pública por la excesiva duración del procedimiento de *Erdemovic* y por la levedad de la pena impuesta, afirma que el TPIY no ha sabido explicar en este caso las consideraciones que llevaron a tales resultados. Seguidamente añade esta autora que, «para que el Tribunal Internacional sea realmente eficaz en su tarea de administrar justicia penal a las violaciones cometidas en la antigua Yugoslavia y contribuir al proceso de paz, es necesario que encuentre medios más satisfactorios para explicar al público sus decisiones judiciales».

<sup>115</sup> Considerando, además, hasta qué punto es difícil prever las repercusiones concretas que una decisión judicial puede tener en la opinión pública. Por poner dos

Sea como fuere, la decisión de la mayoría de la Sala de Apelaciones sobre el miedo insuperable no parece que vaya a disfrutar de un largo período de vigencia<sup>116</sup>. En julio de 1998 representantes de ciento veinte estados votaron en la Conferencia de Roma a favor de la creación del Tribunal Penal Internacional, la institución que en el futuro se encargará de forma permanente de perseguir delitos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra. El art. 31 del Estatuto de este Tribunal prevé un catálogo de eximentes y entre ellas se incluye la consistente en haber cometido el acusado «una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia del Tribunal como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar». Pese a lo confuso de su redacción, con este artículo parece admitirse que ciertos casos de miedo insuperable pueden dar lugar a una exención total de pena. Una disposición que se opone claramente a lo afirmado por la mayoría de la Sala de Apelaciones del TPIY en la sentencia del caso de *Drazen Erdemovic*.

---

ejemplos tomados del caso de *Erdemovic*, mientras un grupo denominado «Islamic Human Rights Commission» ([http://members.tripod.com/\(Bregava/ICTY\\_petitions\)](http://members.tripod.com/(Bregava/ICTY_petitions))) denuncia vehementemente en *internet* «la parodia de justicia que le permitirá [a *Erdemovic*] andar libre en tres años» y reclama la reclusión perpetua para los autores de crímenes de lesa humanidad, en un texto elaborado por el periodista MARK SOMMER (<http://www.el-nacional.com/archivedata/1996/12/14/389.htm>) se afirma que esta condena es «el síntoma de la impotencia del tribunal, ya que en lugar de *Erdemovic*, un mero ejecutor de bajo nivel, debían haber sido condenados quienes concibieron y dirigieron esas atrocidades».

<sup>116</sup> Cfr. KREß, *ZStW*, 111 (1999), págs. 622-623.