



Original: Español.

Caso No: **ICC-01/17-05/19**

Fecha: **07 de octubre del 2020**

SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES X

Integrada por: Magistrada presidente

Magistrado

Magistrado

SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE QUERÓN

EN EL CASO DE

LA FISCAL c. RODRIGO MARÁS

Equipo No. 10

Observaciones de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional respecto a la “Decisión por la que se convoca una conferencia interlocutoria para el 7 de octubre de 2020”

VIII Edición del Concurso de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional

CONTENIDO

I.	LISTA DE ABREVIATURAS.....	1
II.	ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS	3
III.	CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR.....	9
IV.	ARGUMENTOS ESCRITOS.....	13
	i. NO SE REQUIERE ACTUAR CON DOLO ESPECIAL DE “DESTRUIR EN TODO O EN PARTE A UN GRUPO PROTEGIDO” PARA INCURRIR EN RESPONSABILIDAD POR COMPLICIDAD EN EL CRIMEN DE GENOCIDIO...13	
	<i>A.El cómplice del crimen de genocidio no requiere actuar con la intención especial de destruir en todo o en parte al grupo protegido.....</i>	<i>13</i>
	<i>B.El acusado actuó con el propósito de facilitar el crimen.....</i>	<i>19</i>
	ii. LAS ALEGACIONES DE LA FISCALÍA SOBRE VIOLENCIA SEXUAL CONFIGURAN EL CRIMEN DE GENOCIDIO POR LESIONES GRAVES A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO, MAS NO CONSTITUYEN CLH	22
	<i>A.Se constituye el crimen internacional de genocidio por lesiones a la integridad física y mental de los miembros del grupo.....</i>	<i>22</i>
	<i>B.Los hechos de violencia sexual de Querón no configuran ninguna modalidad de CLH</i>	<i>26</i>

iii. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOLICITADAS EN EL ESCRITO DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2019 SON NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA INTEGRIDAD DE LOS TESTIGOS DE LAS LISTAS 001 Y 002.....	29
<i>A.No revelar la identidad de los testigos a la Defensa y expurgar todos los nombres de las listas 001 y 002</i>	<i>30</i>
<i>B.Resumir las declaraciones de los testigos a la Defensa.....</i>	<i>33</i>
<i>C.Expurgar de las actas públicas de procedimiento toda información que permita la identificación de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031</i>	<i>35</i>
V. PETITORIO.....	37
VI. BIBLIOGRAFÍA	38

I. LISTA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
ACC	Audiencia de confirmación de cargos
Art.	Artículo
CCM	Colegio Caballeros de la Misericordia
CLH	Crimen de lesa humanidad
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CG	Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio
CPI	Corte Penal Internacional
DCC	Decisión de confirmación de cargos
EC	Elementos de los Crímenes
ECEP	Escrito confidencial y ex parte
ECPI	Estatuto de Roma
HC	Hechos del caso
Mineducación	Ministerio de Educación
NNA	Niños, niñas y adolescentes
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
POPN	Plan para el Orden y el Progreso Nacional

RLHS-50	Resolución LHS-50
RPA	Respuestas a preguntas aclaratorias
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SA	Sala de Apelaciones
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SPI	Sala de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

II. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS

1. La República de Querón está habitada por 8.9 millones de personas asentadas en las ciudades principales: Anchura, Narña y Londra. Las comunidades indígenas representan un 4.7% de la población, mientras que los descendientes de familias tulupinas y mestizos representan en conjunto el 91.3% de la población. El resto de la población se compone por inmigrantes.
2. La República de Querón ratificó el Estatuto de Roma (“ECPI”) el 8/05/2004. Es miembro de la Organización de Naciones Unidas, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (“CG”), de la Convención contra la Tortura y de los cuatro Convenios de Ginebra, con sus Protocolos Adicionales. Asimismo, ha ratificado todos los tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
3. Hasta 1794, el territorio estuvo dominado por el Imperio de Tulupia; sin embargo, tras la Batalla del Monte Sacro se proclamó la independencia y se estableció la República de Querón. Lograda la independencia las comunidades indígenas adoptaron rituales en honor a los héroes indígenas que ofrecieron su vida por Querón. A pesar de su participación en la Batalla, las comunidades fueron poco a poco relegadas y debido a su aislamiento, sus tradiciones y lenguaje pervivieron hasta el siglo XXI.
4. En marzo de 2007, tras una reñida campaña, el descendiente de tulupinos William Cortez, del partido conservador Frente Cívico Nacional, tomó posesión como presidente de la República con el 41% de los votos.
5. Estando en su cargo, el Sr. Cortez preparó y ordenó la implementación del Plan para el Orden y el Progreso Nacional (“POP”), que buscaba el fortalecimiento de los valores y tradiciones católicas en la sociedad y la exaltación de los símbolos patrios de la República. Paralelamente, apeló a los prejuicios contra las comunidades indígenas de la

región, para indicar que sus visiones retrógradas habían obstaculizado una conciencia de emprendimiento en las regiones indígenas del país.

6. En el año 2010, el Sr. Cortez anunció como medida a largo plazo, y con base en el POPN, la implementación de un programa educativo dirigido a niños, niñas y adolescentes (“NNA”) pertenecientes a las comunidades indígenas. De allí surgió la idea de unificar el sistema de educación de Querón mediante el llamado Plan Emprendimiento (“PE”), que consistía en inscribir a NNA en internados en los que recibirían educación sobre la historia, los valores y la cultura de Querón. La implementación del programa inició el 11/06/2010.
7. Este Plan otorgaba becas para que NNA indígenas viajaran a internados en las ciudades principales de Querón. El pénsum de estudios prohibía el uso de lenguas nativas, el uso del uniforme era obligatorio, y en ninguno de los libros se hacía mención a la historia indígena. La jornada de estudios comenzaba cada mañana con una misa obligatoria y se incluía un plan nutricional centrado en el consumo de carne animal (contrario a la dieta indígena vegetariana), cuyas comidas se suministraban a horas en las cuales los jóvenes no podrían realizar sus rituales. Por estar internados, los jóvenes no podían asistir a las ceremonias en sus comunidades.
8. En virtud de la Resolución LHS-50 (“RLHS-50”), emitida por el Ministerio de Educación (“Mineducación”) en mayo de 2010, los directores de los colegios eran los encargados de seleccionar a los jóvenes aptos para participar del programa, trasladarlos a la ciudad y asignarlos a una familia que estuviese dispuesto a adoptarlos. Además, debían supervisar sus avances y aplicar sanciones en caso de incumplimiento a las reglas. Toda esta información, así como los datos personales de los jóvenes y sus familias, se consignaba en listas que los directores enviaban al Mineducación.
9. Habiendo mostrado su desacuerdo con el plan de estudios impuesto, varios directores renunciaron a sus puestos de trabajo. Después de varias declaraciones públicas del Sr. Cortez algunos denunciaron amenazas.

- 10.** En paralelo a la implementación de estas políticas educativas, el Congreso (a iniciativa del Gobierno) aprobó el artículo (“art.”) 666 del Código Penal, por medio del cual se criminalizaba a padres que no otorgaran educación a sus hijos. Poco tiempo después comenzaron las investigaciones sobre este delito, que en su mayoría se adelantaban contra padres indígenas que se negaban a enviar a sus hijos a los internados.
- 11.** Ante noticias sobre posibles irregularidades en la aplicación del programa educativo gubernamental y denunciando la violación de derechos fundamentales de las comunidades indígenas, organizaciones no gubernamentales (“ONGs”) iniciaron una campaña de recolección de información y denuncia a nivel internacional contra el Sr. Cortez, su Gobierno y varios directores de colegios, por la aplicación de lo que llamaron un “programa inhumano de segregación y asimilación” en contra de las comunidades indígenas. En octubre de 2014, las principales ONGs del país publicaron un reporte titulado “Genocidio cultural: la destrucción de nuestros pueblos indígenas”, que proyectaba que para principios de 2018 un 80% de todos los NNA indígenas habrían sido asimilados en la sociedad queronense, lo cual ponía en peligro la subsistencia de estos pueblos.
- 12.** Varios medios nacionales de comunicación advirtieron que algunos de los participantes en el programa no pertenecían a comunidades indígenas, sino que eran NNA mestizos de las zonas más pobres de la capital, con rasgos físicos similares a los indígenas. También denunciaron la existencia de listas adicionales, específicas para cada colegio, en las que se señalaba qué profesor estaba a cargo de qué grupo de NNA, así como la llegada o salida de cada profesor de la institución académica respectiva. Estas listas solían incluir una breve descripción de las razones por las cuales los profesores eran reubicados, lo que incluía “diferencias con los padres” o “licencia por enfermedad”, pero sin detallar los motivos por los cuales se tomaba esa decisión.
- 13.** Algunas ONGs llamaron la atención sobre el hecho de que muchos de los profesores trasladados coinciden con aquellos que han sido denunciados por abusos sexuales y que

varios de los profesores que supuestamente recibieron “licencia por enfermedad” siguen trabajando en colegios distintos. Asimismo, informaron sobre la situación de algunas víctimas de abusos sexuales que parecen haber sufrido lesiones permanentes en su aparato reproductor y traumas que podrían suponer un obstáculo para su procreación.

14. Tras la autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares (“SCP”) X, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (“CPI”) abrió una investigación el 07/01/2017.
15. El 24/10/2018 la SCP X emitió órdenes de detención confidenciales contra el Sr. Cortez, el ministro de interior, el ministro de educación y tres directores de colegios, entre ellos, Rodrigo Marás.
16. El Sr. Marás fue arrestado el 15/06/2019. En la primera comparecencia la SCP X, conforme a lo establecido en la Regla 121(1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (“RPP”), decidió establecer como fecha de inicio de la audiencia de confirmación de cargos (“ACC”) el 04/10/2019.
17. El 01/08/2019 la SCP X reconoció la condición de víctima de Stevan Sit, queronense de 18 años que actualmente reside en Colombia. La Sala atribuyó la representación legal del Sr. Sit a la Oficina de Defensoría Pública de Víctimas de la CPI.
18. El 04/09/2019, la Fiscalía presentó su Escrito de Acusación y su Lista de Elementos de Prueba, donde acusó al Sr. Marás, en calidad de cómplice, por el crimen de genocidio mediante traslado por la fuerza de niños de un grupo étnico a otro. La acusación se fundamenta en los hechos ocurridos en el Colegio Caballeros de la Misericordia (“CCM”) entre 2010 y 2018, tiempo en el cual el Sr. Marás desempeñaba funciones como director de dicha institución.
19. El Sr. Marás, al igual que los otros directores de colegios, reportaba al Gobierno cualquier incidente que involucrara profesores de su colegio en hechos de violencia

sexual y se encargaba de tramitar los traslados de forma discreta, sin dejar registro de las denuncias.

- 20.** En su Lista de Elementos de Prueba, la Fiscalía incluyó: (i) una lista de nombres de NNA seleccionados de las comunidades indígenas para ser adoptados por familias en las ciudades e incorporados a los colegios, algunos de los cuales, incluyendo los testigos T-007 y T-031, han decidido posteriormente colaborar con la Fiscalía (“Lista 001”); y (ii) una lista de profesores que habían sido trasladados de un colegio a otro para presuntamente encubrir sus abusos sexuales (“Lista 002”), algunos de los cuales, incluyendo los testigos T-001 y T028, han decidido posteriormente colaborar con la Fiscalía. Ambas listas están firmadas por el Sr. Marás.
- 21.** La Fiscalía también presentó ante la SCP X el 04/09/2019 un escrito confidencial y *ex parte* (“ECEP”) en el que se manifestaba la obtención de información de varias ONGs queronenses en relación con la intimidación a algunas víctimas (a quienes amenazaron con el retiro de las becas concedidas), y las detenciones por las autoridades a varios profesores que habían participado directamente en los abusos sexuales, quienes fueron acusados de violación y otras formas de violencia sexual ante tribunales nacionales. En dicho escrito se señalaba que algunas de las víctimas amenazadas, así como la totalidad de los profesores detenidos, habían mantenido contacto para colaborar con la Fiscalía o declarar, y que ningún profesor de los que rechazaron entrevistarse con esta Oficina había sido objeto de detención.
- 22.** En consecuencia, la Fiscalía solicitó en el ECEP que la SCP X adoptase las siguientes medidas de protección de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031: (i) la no revelación de la identidad de los testigos a la Defensa; (ii) la entrega a la Defensa de resúmenes preparados por la Fiscalía de las declaraciones de los mencionados testigos en los que no se recoja ninguna información que permita identificarlos; (iii) la expurgación de todos los nombres recogidos en la Lista 001, entre los que se encuentran los de los testigos T-007 y T-031; (iv) la expurgación de todos los nombres de los testigos recogidos en la Lista 002, entre los que se encuentran los de los testigos T-001 y T-028; y (v) la

expurgación de las actas públicas del procedimiento de toda información que pueda permitir la identificación de aquellos testigos.

- 23.** Ante las cuestiones planteadas por la Fiscalía en su ECEP, y a pesar de su naturaleza confidencial y *ex parte*, la SCP X consideró pertinente la celebración de una audiencia interlocutoria en la que estuvieran presentes la Fiscalía, la Defensa y la Representación Legal de las Víctimas para discutirlo. Además, con el fin de adelantar en lo posible las actuaciones de la ACC, los jueces decidieron invitar a las partes para que, a más tardar el 7/10/2020, presenten alegaciones estrictamente jurídicas sobre las siguientes dos cuestiones de derecho: (i) contenido del elemento subjetivo de la responsabilidad por complicidad en relación con el crimen de genocidio, y (ii) caracterización jurídica de la violencia sexual.

III. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR

Mediante este escrito, la Fiscalía de la CPI formulará sus observaciones sobre las siguientes cuestiones planteadas por la SCP X, referentes a su investigación contra el Sr. Marás.

Cuestión 1: El cómplice del crimen de genocidio, de conformidad con el art. 25(3)(c) ECPI, no requiere actuar con el dolo especial de “destruir en todo o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Es suficiente que actúe con el propósito de facilitar la comisión del crimen.

Cuestión 2: Las alegaciones de esta Oficina sobre violencia sexual constituyen un crimen de genocidio por lesiones graves a la integridad física y mental de los miembros del grupo, pero no constituyen ninguna modalidad de crimen de lesa humanidad (“CLH”).

Cuestión 3: Las cinco medidas de protección solicitadas por la Fiscalía en el ECEP de 04/09/2019 son necesarias para garantizar la integridad de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031.

IV. ARGUMENTOS ESCRITOS

i. NO SE REQUIERE ACTUAR CON DOLO ESPECIAL DE “DESTRUIR EN TODO O EN PARTE A UN GRUPO PROTEGIDO” PARA INCURRIR EN RESPONSABILIDAD POR COMPLICIDAD EN EL CRIMEN DE GENOCIDIO

En el presente apartado, la Representación de la Fiscalía de la CPI demostrará que para responder como cómplice del crimen de genocidio de conformidad con el art. 25(3)(c) ECPI no se requiere actuar con el dolo o intención especial de destruir en todo o en parte a un grupo protegido [A]. Basta con demostrar que el acusado actuó con el propósito de facilitar el crimen [B].

A. EL CÓMPLICE DEL CRIMEN DE GENOCIDIO NO REQUIERE ACTUAR CON LA INTENCIÓN ESPECIAL DE DESTRUIR EN TODO O EN PARTE AL GRUPO PROTEGIDO

La definición consuetudinaria de genocidio comprendida en el art. 2 CG y reproducida en el art. 6 ECPI establece que se presentará dicho crimen cuando se cometa cualquier acto constitutivo de alguna de sus modalidades “con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”.¹

Los elementos generales que deben concurrir en todas las modalidades de genocidio contenidas en el ECPI² se encuentran consagrados en los Elementos de los Crímenes (“EC”) y fueron precisados por la CPI en *Al Bashir*. Para que una conducta sea tenida como genocidio para esta Corte: (i) las víctimas deben pertenecer al grupo atacado; (ii) las acciones debieron tener lugar

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 260A (III) de 9/12/1948, CG, art. 2.

² Art. 6 ECPI: “Para efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ (...): a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo, o han podido por sí mismas causar la destrucción del grupo; y (iii) el autor debió tener la intención de destruir al grupo como tal.³

En primer lugar, se puede observar que las víctimas de las conductas genocidas ocurridas en Querón pertenecen a un grupo. Las categorías para determinar si un grupo es protegido, es decir, la nacionalidad, raza, etnia y religión, deben analizarse de manera conjunta y no aisladamente, en tanto en la realidad se superponen y complementan unas con otras.⁴ Como ejemplo puede señalarse la inclusión en la CG de los grupos étnicos, que pueden tener una naturaleza similar o igual a los nacionales, religiosos o raciales.⁵ En consecuencia, estas definiciones operan como límites que delimitan un área en donde una variedad de agrupaciones encuentra protección⁶ y, por ende, un grupo atacado puede reunir las características de varios grupos protegidos.⁷

Por otra parte, la identificación de un grupo depende de criterios tanto objetivos como subjetivos. Entre los primeros se encuentran los rasgos y la constitución física.⁸ Entre los segundos, se cuenta la identificación como grupo por parte de otros, incluyendo a los autores

³ Véanse los numerales del art. 6 EC; CPI (SCP I), *Al Bashir*, Primera orden de arresto, ICC-02/05-01/09, 4/3/2009, §113.

⁴ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “*Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur*”. Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398 and Corr. 1-3, 11/03/1986, §56.

⁵ WERLE, G. y JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law, Part Three: Genocide*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 3ª ed., Oxford, 2015, p. 799.

⁶ SCHABAS, W., “Genocide law in time of transition: Recent developments in the law of genocide”, *Rutgers Law Review* 61, Vol. 1, pp. 161-192, p. 166.

⁷ WERLE, G. y JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law, Part Three: Genocide*, cit., p. 790.

⁸ WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. de M. Gutiérrez Rodríguez et al., Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2017, p. 498.

del crimen,⁹ quienes, por regla general, definen el estatus individual de una víctima como miembro de un grupo protegido.¹⁰

De acuerdo con los hechos del caso (“HC”), los NNA indígenas, víctimas de la conducta genocida de traslado forzoso perpetrada por el Gobierno, constituyen un grupo protegido con características étnicas y raciales. En efecto, son un conjunto de personas que comparten una identidad determinada por la existencia de una historia, lengua, usos, costumbres y tradiciones culturales comunes.¹¹ Asimismo, tienen rasgos físicos similares, compartidos con varios jóvenes mestizos que también fueron víctimas de hechos genocidas,¹² tal como se profundizará en la Cuestión 2. Adicionalmente, estas comunidades indígenas son reconocidas como un grupo por el resto de la sociedad, y en especial por el Gobierno en cabeza del Sr. Cortez, quien enfocó en ellas sus esfuerzos de estigmatización y exterminio. Estos se manifestaron en el traslado forzoso de NNA indígenas a lugares donde perderían su herencia e identidad cultural.¹³

El traslado se ejecutó como una de las obligaciones derivadas de la RLHS-50, en virtud de la cual los directores de los colegios debían asegurarse de que los NNA que vivían en las comunidades indígenas fuesen trasladados a las ciudades y asignados a una familia que estuviese dispuesta a adoptarlos.¹⁴ Adicionalmente, los NNA quedaron sometidos a un nuevo sistema educativo que consistía en inscribirlos en internados donde recibían educación sobre la historia,

⁹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”) (Sala de Primera Instancia (“SPI”) II), *Kayishema y Ruzindana*, Juicio, ICTR-95-1, 21/05/1999, §98.

¹⁰ SCHABAS, W., “Genocide law in time of transition: Recent developments in the law of genocide”, cit., p. 164.

¹¹ HC 6, 17 y 19. Véanse las sentencias: TPIR (SPI I), *Akayesu*, Juicio, ICTR-96-4-T, 02/09/1998, §513; TPIR (SPI II), *Kayishema y Ruzindana*, Juicio, cit., §98.

¹² HC 25; Respuestas a Preguntas Aclaratorias (“RPA”) 22.

¹³ HC 15, 18 y 19.

¹⁴ HC 20.

valores y cultura queronense;¹⁵ de esta manera, quedaba prohibido cualquier acercamiento a la lengua, tradiciones y cosmología de su grupo.¹⁶

Pasando al segundo elemento común, se requiere que el crimen se desarrolle bajo el contexto de una pauta manifiesta de conducta dirigida contra los miembros del grupo atacado. Este elemento de la definición de genocidio recogido en los EC se entiende satisfecho cuando “la conducta relevante presenta una amenaza concreta a la existencia del grupo”.¹⁷

En el caso concreto se satisface este elemento. Desde 2010 se adoptaron medidas que reflejaron un patrón manifiesto de conducta dirigido a trasladar por la fuerza a NNA de un grupo a otro, por ejemplo, la RLHS-50, el PE, el POPN y el art. 666 del Código Penal queronense, que buscaba criminalizar a los padres que no enviaran a sus hijos a los internados.¹⁸ Todas estas medidas representaron una amenaza real y tangible a la existencia del grupo, al punto que se previó que para 2018, el 80% de los NNA indígenas iba a ser asimilado en la sociedad queronense.¹⁹ De esta forma, esta Oficina puede afirmar que se reúne este elemento en este caso.

En cuanto al tercer requisito, a saber, la intención especial genocida, la jurisprudencia de la CPI ha establecido que, en realidad, el crimen se compone de dos elementos subjetivos. Por un lado, los elementos materiales de la conducta prohibida deben cometerse con intención y conocimiento, es decir, en cumplimiento del estándar del art. 30 ECPI. Por otro lado, cualquier acto genocida debe realizarse con la intención de destruir, total o parcialmente, al grupo protegido; es decir, se requiere una intención específica o “*dolus specialis*”.²⁰

Esta intención genocida es el elemento distintivo del crimen de genocidio, pues hace referencia a un ánimo destructivo que funge como requisito subjetivo adicional y que supone una

¹⁵ HC 15.

¹⁶ HC 17, 18 y 19.

¹⁷ CPI (SCP I), *Al Bashir*, Primera orden de arresto, ICC-02/05-01/09, 4/3/2009, §124.

¹⁸ HC 22.

¹⁹ HC 24.

²⁰ CPI (SCP I), *Al Bashir*, Primera orden de arresto, cit., §139.

restricción al ámbito de punibilidad contenido en el art. 30 ECPI.²¹ En este sentido, no es suficiente tener la intención y el conocimiento de que se están cometiendo los actos prohibidos por el tipo, sino que actuar con el propósito de destruir el grupo o parte de él es un prerequisite para incurrir en responsabilidad penal individual como autor por el crimen de genocidio.

No obstante, la ausencia de la intención genocida no busca excluir la responsabilidad penal completamente, pues solo excluye al sujeto que no actuó con el dolo especial como autor principal del crimen. En aplicación de esto, la Sala de Apelaciones (“SA”) del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (“TPIY”) descartó la responsabilidad penal del General *Krstić* como autor principal del genocidio contra los bosnios musulmanes en Srebrenica. Lo anterior porque, si bien él tenía la intención de llevar a cabo los asesinatos (entre otros crímenes), no contaba con la intención especial requerida para responder como autor principal del crimen de genocidio. Sin embargo, como el General *Krstić* tenía conocimiento de que algunos de sus subordinados tenían intención genocida, fue condenado como cómplice de genocidio.²²

En ese sentido, la CPI afirmó que una interpretación literal del art. 6 ECPI deja claro que solo aquellos que actúan con la intención requerida por el tipo pueden ser los autores principales del crimen de genocidio de conformidad con el art. 25(3)(a) ECPI.²³ Aquellos que son conscientes de la naturaleza genocida de la campaña, pero no comparten la intención especial del autor, deben considerarse responsables como partícipes.²⁴ Este es el denominado “enfoque basado en el conocimiento”.²⁵

²¹ WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. de C. Cárdenas Aravena et al., Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011, pp. 277 y 441.

²² Cfr. TPIY (SA), *Krstić*, Sentencia, IT-98-33-A, 19/04/2004, §134 y ss.

²³ CPI (SCP I), *Al Bashir*, Primera orden de arresto, cit., §139, nota al pie 154.

²⁴ Cfr. TPIY (SA), *Krstić*, Sentencia, IT-98-33-A, 19/04/2004, §134. En sentido similar: *Ibid.*

²⁵ CPI (SCP I), *Al Bashir*, Primera orden de arresto, cit., §139, nota al pie 154.

En el caso objeto de estudio, el Sr. Marás no tenía un papel clave en la coordinación y dirección de la campaña genocida,²⁶ lo que podría excluir, *prima facie*, su calidad de autor. Sin embargo, existen motivos fundados para creer que contribuyó de manera práctica en la materialización del crimen de genocidio, tal como se detallará a continuación.

La complicidad, como forma de participación contemplada en el art. 25(3)(c) ECPI, hace referencia a los actos de provisión de asistencia práctica o material cometidos con la intención de facilitar la comisión del crimen.²⁷ Al respecto, la CPI sostuvo que, “[en] esencia, lo que se requiere para esta forma de responsabilidad es que la persona brinde asistencia a la comisión de un delito y que, al incurrir en esta conducta, pretenda facilitar la comisión del delito”.²⁸

Con base en estos elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad por complicidad, se estableció desde los tribunales *ad hoc* que los cómplices pueden actuar sin la intención especial que requiere el genocidio de destruir el grupo si sabían o tenían razones para saber que el autor con el que colaboraban actuaba con ese fin.²⁹ En el mismo sentido, esta Corte afirmó que para responder como cómplice de genocidio no es necesario compartir la intención específica del autor principal, sino que basta conocer que este actuaba con dicha intención.³⁰

Según los HC, el Sr. Marás, en aplicación de lo dispuesto por la RLHS-50, se encargó de prestar la asistencia práctica que facilitó directamente la comisión del crimen. En efecto, él mismo seleccionó y admitió a los NNA “aptos” para cursar los estudios ofrecidos y, como director, se aseguró de que los NNA fueran trasladados de su territorio y adoptados por una familia

²⁶ RPA 63.

²⁷ Así como a los actos de asistencia moral o psicológica al autor principal. Véase CPI (SPI VII), *Bemba et al.*, Juicio, ICC-01/05-01/13, 19/10/2016, §89.

²⁸ CPI (SCP I), *Blé Goudé*, Decisión de Confirmación de Cargos (“DCC”), ICC-02/11-02/11, 11/12/2014, §167; CPI, (SCP II), *Ruto et al.*, DCC, ICC-01/09-01/11, 23/01/2012, §354. Véase también: CPI (SCP I), *Mbarushimana*, DCC, ICC-01/04-01/10, 16/12/2011, §277; CPI (SPI II), *Katanga*, Juicio, ICC-01/04-01/07, 7/03/2014, §1620, 1632-1636.

²⁹ TPIR (SPI I), *Akayesu*, Juicio, cit., §540-541; TPIY (SA), *Krstić*, Sentencia, cit., §140.

³⁰ CPI (SCP I), *Mbarushimana*, DCC, cit., §281.

tulupina.³¹ De esta forma, ejecutó las directrices emanadas de la RLHS-50 y del POPN de conformidad con lo esperado por el Gobierno queronense.

Así, los actos del Sr. Marás encajan inexcusablemente en la definición de complicidad empleada por la jurisprudencia de la CPI. Ello porque el Sr. Marás, además de prestar asistencia práctica que facilitó la comisión del crimen, sabía que el autor principal reunía los elementos objetivos del crimen con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo protegido. En efecto, el Sr. Cortez, presidente de la República de Querón, creó toda una institucionalidad política dirigida a fortalecer los valores católicos y a sembrar una supuesta conciencia de emprendimiento en la sociedad, incluyendo a las comunidades indígenas.³² Lo anterior indica que el Sr. Cortez buscaba no solo que los NNA tuviesen un espíritu emprendedor, sino que se integraran a la vida nacional como ciudadanos queronenses³³ y que, en consecuencia, se ocasionara la destrucción física y biológica del grupo.

Por las razones esgrimidas, se concluye que las conductas del acusado encajan en la forma de responsabilidad por complicidad establecida en el art. 25(3)(c) ECPI, teniendo en cuenta que basta con que el cómplice tenga conocimiento de la intención especial del autor principal y que haya actuado con el propósito de facilitar la comisión del crimen. Este punto se desarrollará a continuación.

B. EL ACUSADO ACTUÓ CON EL PROPÓSITO DE FACILITAR EL CRIMEN

Esta Oficina encuentra motivos fundados para creer que el Sr. Marás es cómplice de los actos genocidas cometidos en Querón, pues actuó con el propósito de facilitar el traslado de NNA. Esto es suficiente para que sea penalmente responsable como cómplice de genocidio de

³¹ HC 20 y 34.

³² HC 10, 13 y 16.

³³ HC 23.

conformidad con el art. 25(3)(c) ECPI, pues solo es necesario que el interviniente cumpla con los requisitos subjetivos de la forma de responsabilidad en cuestión.³⁴

Según el art. 25(3)(c) ECPI, será penalmente responsable quien, “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor, o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa del crimen (...)”. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha afirmado que, esencialmente, lo que se requiere para incurrir en esta forma de responsabilidad es que el sujeto brinde asistencia para la comisión de un crimen y que, al participar en esta conducta, tenga el propósito o intención de facilitar su comisión.³⁵

En este sentido, la CPI, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, ha advertido que el mero conocimiento no es suficiente para predicar responsabilidad penal internacional en virtud del art. 25(3)(c) ECPI.³⁶ El estándar de “propósito” en la CPI representa un *mens rea* más estricto en comparación con el estándar de “conocimiento” aplicado en los tribunales *ad hoc*.³⁷ Así, en la CPI no solo se requiere que el cómplice conozca que con sus acciones está colaborando en la comisión del crimen, sino que es necesario que tenga el propósito de facilitar su comisión. De esta manera, el cómplice debe brindar una asistencia práctica y sustancial al autor principal para que consiga la consecuencia esperada.

Lo anterior cobra especial relevancia al momento de imputar responsabilidad penal individual a título de cómplice según el art. 25(3)(c) ECPI. De permitirse la aplicación del estándar de “conocimiento” se estaría en presencia de una calificación jurídica errónea, pues el conocimiento es suficiente para incurrir en responsabilidad por contribuir a la comisión de un crimen por un grupo de personas con una finalidad común contenida en el art. 25(3)(d) ECPI,³⁸

³⁴ TPIY (SA), *Krstić*, Sentencia, cit., §140; TPIY (SPI I), *Blagojević y Jokić*, Juicio, IT-02-60-T, 17/01/2005, §727; TPIR (SA), *Ntakirutimana y Ntakirutimana*, Sentencia, ICTR-96-17, 13/12/2004, §501.

³⁵ CPI (SCP I), *Blé Goudé*, DCC, cit., §167 y 170. En el mismo sentido, CPI (SCP II), *Ongwen*, DCC, ICC-02/04-01/15, 23/03/2016, §43; CPI (SPI VII), *Bemba et al.*, Juicio, cit., §83.

³⁶ CPI (SCP I), *Mbarushimana*, DCC, cit., §274.

³⁷ CPI (SCP II), *Bemba et al.*, DCC, ICC-01/05-01/13, 11/12/2014, §35. Véase también, TPIY (SPI), *Delalić et al.*, Juicio, IT-96-21-T, 16/10/1998, §326-328.

³⁸ CPI (SCP I), *Mbarushimana*, DCC, cit., §289.

pero no para incurrir en responsabilidad por complicidad de conformidad con el art. 25(3)(c) ECPI.

En el presente caso, se tiene que el Sr. Marás colaboró de forma directa con la campaña genocida liderada por el Sr. Cortez contra los grupos indígenas queronenses toda vez que, como se demostró en el apartado anterior, sus acciones contribuyeron a la comisión del crimen. Adicionalmente, el acusado actuó con el propósito de facilitar dicha comisión. El Sr. Marás permaneció en su cargo aun cuando pudo haber renunciado, como lo hicieron sus homólogos que dimitieron al estar en desacuerdo con el plan de estudios impuesto y con la RLHS-50, que establecían obligaciones para los directores de colegios tendientes a facilitar la comisión del crimen de genocidio de traslado forzoso de NNA.

En efecto, del análisis de los HC es claro que eran los directores quienes decidían sobre la admisión de un estudiante, informaban al Mineducación sobre la llegada de nuevos alumnos a sus respectivas escuelas, y llevaban el registro de todos los NNA que ingresaban a los colegios y eran adoptados por familias queronenses.³⁹ A pesar de esto, el Sr. Marás continuó en su cargo dando aplicación efectiva a las medidas destinadas por el Gobierno a trasladar forzosamente a los NNA pertenecientes a las comunidades indígenas.

Lo anterior permite evidenciar que el Sr. Marás actuó con la intención de coadyuvar al Gobierno para ejecutar de manera satisfactoria todas las medidas impuestas en consonancia con el POPN, es decir, actuó con el propósito de facilitar el crimen de genocidio. Por esta razón, la Fiscalía puede concluir que hay motivos fundados para creer que el acusado cumple con los elementos subjetivos de la responsabilidad por complicidad y que, por tanto, debe responder como cómplice del crimen de genocidio por traslado forzoso de niños de un grupo de conformidad con el art. 25(3)(c) ECPI.

³⁹ HC 20 y 21.

ii. LAS ALEGACIONES DE LA FISCALÍA SOBRE VIOLENCIA SEXUAL CONFIGURAN EL CRIMEN DE GENOCIDIO POR LESIONES GRAVES A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO, MAS NO CONSTITUYEN CLH

La Fiscalía sostiene que los hechos de violencia sexual ocurridos en Querón configuran el crimen internacional de genocidio por lesiones a la integridad física y mental de los miembros del grupo [A], pero no pueden constituir ninguna modalidad de CLH [B].

A. SE CONSTITUYE EL CRIMEN INTERNACIONAL DE GENOCIDIO POR LESIONES A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO

Los hechos de violencia sexual ocurridos en los colegios de la República de Querón, de los que fueron víctimas muchos estudiantes indígenas y otros mestizos con rasgos similares, constituyen crimen de genocidio por lesiones graves a la integridad física y mental. Lo anterior en tanto se presentan los elementos generales del crimen (a), y se cumplen los elementos específicos del crimen de genocidio por lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo, de acuerdo con el art. 6(b) ECPI (b).

a. Se presentan los elementos generales del crimen.

Los elementos generales que deben concurrir en todas las modalidades de genocidio se encuentran consagrados en los EC y fueron agrupados por la CPI en *Al Bashir*,⁴⁰ tal como se expuso al inicio de la primera Cuestión.⁴¹ En el presente apartado se analizarán estos elementos respecto de los hechos de violencia sexual ocurridos en los colegios de Querón.

⁴⁰ Véanse los numerales del art. 6 EC; CPI (SCP I), *Al Bashir*, Primera orden de arresto, cit., §113.

⁴¹ Para que una conducta sea tenida como genocidio para esta Corte: (i) las víctimas deben pertenecer al grupo atacado; (ii) las acciones debieron tener lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo, o han podido por sí mismas causar la destrucción del grupo; y (iii) el autor debió tener la intención de destruir al grupo como tal.

Los NNA que sufrieron de violencia sexual por parte de sus profesores en el CCM y en las demás instituciones educativas de la República de Querón pertenecen al grupo protegido de las comunidades indígenas de dicha nación, en los términos explicados en la Cuestión 1. En la situación particular analizada en esta Cuestión, el hecho de que existan víctimas mestizas no cambia la configuración del crimen de genocidio. Todas ellas comparten rasgos idénticos a los de sus compañeros indígenas y no existen víctimas con características físicas distintas a las de estos.⁴² De esta forma, es dable concluir que los abusadores percibían a todas las víctimas como integrantes del mismo grupo protegido, y por esa razón lanzaron sus ataques contra ellas. Se encuentra entonces reunido este elemento.

De igual manera, de los HC puede derivarse con claridad una pauta manifiesta de conducta dirigida contra los grupos indígenas de Querón. En efecto, en virtud de la RLHS-50, adoptada en la totalidad de los colegios,⁴³ se institucionalizó un aparato burocrático que involucraba a los directores de todas las instituciones y que se encargaba de evadir acusaciones de violencia sexual y de encubrir a los profesores que cometían estas agresiones para que los hechos quedaran en la impunidad.⁴⁴ Estas conductas relevantes representaron una amenaza concreta para la existencia de los indígenas de Querón. Así, se facilitó y promovió que los profesores cometieran estos crímenes que, a su vez, se caracterizaron por su brutalidad y por dejar a los alumnos imposibilitados para mantener relaciones sexuales y procrear, ya fuese por lesiones físicas en sus aparatos reproductores o por la gravedad de las secuelas psicológicas.⁴⁵ En consecuencia, se tiene que existen motivos fundados para creer que tanto el Estado como los directores y profesores de las instituciones educativas actuaron según una pauta manifiesta de conducta para cometer el crimen.

El tercer elemento común a las modalidades del genocidio, a saber, la intención del autor de destruir en todo o en parte al grupo protegido, también se presenta en este caso. Tal como se

⁴² HC 25; RPA 1 y 22.

⁴³ RPA 41.

⁴⁴ HC 26, 28 y 35.

⁴⁵ HC 28; RPA 25 y 32.

anticipó en la primera Cuestión, desde que el Sr. Cortez asumió la Presidencia de Querón orquestó junto con su Gobierno un plan para exterminar a los grupos indígenas del país. A pesar de los llamados de advertencia de la prensa y de varias ONGs,⁴⁶ de las preocupaciones y denuncias de las mismas comunidades afectadas,⁴⁷ y del accionar de varios directores de colegios que se negaron a participar del exterminio,⁴⁸ el Sr. Cortez y sus funcionarios continuaron con la implementación del POPN y de la RLHS-50, contentiva de las directrices para encubrir la violencia sexual.⁴⁹ Más aún, el Estado inició una persecución activa contra los profesores y víctimas que decidieron colaborar con las investigaciones de esta Oficina,⁵⁰ lo cual demuestra conciencia de la gravedad y criminalidad de los hechos, así como una necesidad de seguir ocultándolos. Debido a lo anterior, es dable llegar a la conclusión de que el presidente, así como cualquier otro sujeto que pueda ser tenido como autor del crimen, tenían la intención de destruir en su totalidad al grupo atacado.

De esta manera, se presentan los elementos generales del crimen de genocidio.

b. Se cumplen los elementos específicos del crimen de genocidio por lesiones graves a la integridad física y mental de los miembros del grupo, en razón del artículo 6(b) ECPI.

Además de los elementos generales, los hechos de violencia sexual en Querón configuran los elementos específicos del genocidio por lesiones graves a la integridad física y mental de las comunidades indígenas del país.

De acuerdo con los EC interpretados en *Al Bashir*, el elemento material específico de esta modalidad de genocidio es que se causen serios daños físicos o mentales a una o más personas, lo cual puede incluir actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o

⁴⁶ HC 24, 25, 26, 27 y 28.

⁴⁷ HC 22 y 28.

⁴⁸ HC 21 y RPA 21.

⁴⁹ HC 35.

⁵⁰ HC 38.

degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos.⁵¹ Este tipo de daños se presenta cuando se ejerce “violencia física no letal capaz de causar deformidades y daños graves de órganos internos y externos y de los sentidos”.⁵² Asimismo, no es necesario que el daño causado sea permanente o irremediable, pero sí debe resultar en una desventaja grave y a largo plazo de las facultades de la persona para llevar una vida normal y constructiva.⁵³ El TPIR consideró que estas acciones “representan la peor forma de lesión de la integridad física y moral, porque a la víctima se le ocasionan daños tanto físicos como psíquicos”.⁵⁴

En la situación concreta, la Fiscalía observa que se reúnen estos elementos. Los abusos sexuales se entrelazaban con agresiones físicas, y las múltiples víctimas han relatado las diferentes formas de engaño y abuso a las que fueron sometidas,⁵⁵ consistentes principalmente en tocamientos lascivos y violaciones.⁵⁶ El daño provocado por los ilícitos fue profundo y derivó en graves daños físicos y psicológicos que han impedido a los jóvenes tener relaciones sexuales o procrear.⁵⁷ Lo anterior permite concluir que se tienen motivos fundados para creer que la existencia de los grupos aborígenes de Querón se encuentra en riesgo inminente y que los hechos de violencia sexual cometidos en dicho Estado configuran genocidio en los términos explicados.

⁵¹ Art. 6(b) y nota al pie 3 EC; CPI (SCP I), *Al Bashir*, Segunda orden de arresto, ICC-02/05-01/09, 12/07/2010, §26. Véase también TPIR (SPI I), *Akayesu*, Juicio, cit., §504; TPIR (SPI II), *Muvunyi*, Juicio y Sentencia, ICTR-2000-55A-T, 12/09/2006, §487.

⁵² TPIR (SPI II), *Kayishema y Ruzindana*, Juicio, cit., §109; TPIY (SPI), *Krstić*, Juicio, cit., §510.

⁵³ TPIY (SPI), *Krstić*, Juicio, cit., §513.

⁵⁴ WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª ed., cit., p. 509, nota al pie 100.

⁵⁵ RPA 25.

⁵⁶ RPA 20.

⁵⁷ HC 28; RPA 25 y 32.

B. LOS HECHOS DE VIOLENCIA SEXUAL DE QUERÓN NO CONFIGURAN NINGUNA MODALIDAD DE CLH

Para la Fiscalía, los hechos de violencia sexual en los colegios de Querón solo reúnen los elementos del crimen de genocidio y, por consiguiente, no se configura ningún cargo de CLH por estas acciones.

Con el objetivo de resolver si unos mismos hechos pueden constituir más de un crimen internacional, el TPIY desarrolló el denominado “*test de Čelebići*”.⁵⁸ Según este test, una sola conducta puede constituir diferentes crímenes internacionales si cada una de las disposiciones que los fundamentan tienen elementos materiales distintos, lo que implica, a su vez, tener que probar un elemento no requerido por el otro delito.⁵⁹

Ahora bien, esta teoría ha encontrado una gran resistencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para Ambos, por ejemplo, las condenas cumulativas son “tal vez el área menos desarrollada del Derecho Internacional Penal”, pues se carece de un sistema adecuado de principios y reglas.⁶⁰ En consecuencia, como solución adecuada para esta problemática, debe acudir a los principios generales del derecho de los sistemas jurídicos del mundo, en términos del art. 21(1)(c) ECPI.⁶¹ Asimismo, el TPIY ha dicho del *test de Čelebići* que es “engañosamente simple”⁶² y que “produce resultados arbitrarios y artificiales”.⁶³

⁵⁸ TPIY (SA), *Delalić et al.*, Sentencia, IT-96-21-A, 20/02/2001, §412; FERNANDEZ, C., “The International Criminal Court and the Čelebići Test. Cumulative Convictions Based on the Same Set of Facts from a Comparative Perspective”, [En línea], *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 15, 2017, p. 2. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/321002483_The_International_Criminal_Court_and_the_Celebici_Test_Cumulative_Convictions_Based_on_the_Same_Set_of_Facts_from_a_Comparative_Perspective [Consulta: 26.09.2020]

⁵⁹ CPI (SPI II), *Katanga*, Juicio, cit., §1695.

⁶⁰ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, 1ª ed., Oxford, 2014, p. 246.

⁶¹ *Id.*, p. 247.

⁶² TPIY (SA), *Kunarac*, Sentencia, IT-96-23& IT-96-23/1-A, 12/06/2002, §172.

⁶³ TPIY (SA), *Delalić et al.*, Sentencia, cit., Opinión separada de los Jueces Hunt y Bennouna, §45.

Ante todas las implicaciones de la aplicación indiscriminada y arbitraria del test de *Čelebići*, el TPIR formuló un análisis alternativo en *Kayishema y Ruzindana*.⁶⁴ En dicha decisión, los jueces utilizaron los test de “misma evidencia” e “interés social protegido”,⁶⁵ adoptados por varias jurisdicciones nacionales en el curso de procedimientos penales,⁶⁶ con el objetivo de resolver un concurso de delitos de genocidio y CLH.

El análisis de los jueces se basó en los principios derivados del caso *Blockburger v. Estados Unidos*, según el cual no puede existir más de un castigo (o más de un cargo en la acusación), si los hechos constituyen una misma ofensa.⁶⁷ En ese sentido, solo es aceptable condenar a un acusado por dos o más ofensas basadas en los mismos hechos si (i) los crímenes contienen elementos distintos, o (ii) si las leyes en cuestión protegen diferentes intereses sociales.⁶⁸

De esta manera, no todos los elementos del conjunto de los CLH o del genocidio se pueden aducir en todos los casos.⁶⁹ Debe observarse, según los hechos y la evidencia allegada,⁷⁰ qué elementos se utilizan como base para los crímenes en cuestión. Si en la situación concreta los elementos son iguales para constituir ambos crímenes (por ejemplo, se usa la misma conducta, la misma intención y la misma política como prueba de los dos ilícitos), se entenderá que solo existe una ofensa. Igualmente, también existirá superposición si, en el caso concreto, las víctimas tienen ese estatus tanto en el CLH como en el genocidio, por cuanto los intereses protegidos son idénticos.⁷¹

⁶⁴ TPIR (SPI II), *Kayishema y Ruzindana*, Juicio, cit., §627 y ss.

⁶⁵ FERNÁNDEZ, C., “The International Criminal Court and the *Čelebići* Test. Cumulative Convictions Based on the Same Set of Facts from a Comparative Perspective”, cit., p.6.

⁶⁶ TPIR (SPI II), *Kayishema y Ruzindana*, Juicio, cit., nota al pie 300.

⁶⁷ FERNÁNDEZ, C., “The International Criminal Court and the *Čelebići* Test. Cumulative Convictions Based on the Same Set of Facts from a Comparative Perspective”, cit., p. 9.

⁶⁸ TPIR (SPI II), *Kayishema y Ruzindana*, Juicio, cit., §627 y ss.

⁶⁹ Id., §629.

⁷⁰ Id., §636.

⁷¹ Id., §635.

En los hechos de violencia sexual en Querón se presenta esta situación. Esta Oficina no busca aducir ningún hecho adicional a los de la conducta imputada como genocidio. De igual manera, el patrón de conducta genocida sería el mismo que pruebe la generalidad, sistematicidad, y la política de un eventual CLH. Asimismo, el conocimiento y la intención genocida serían tenidas como *mens rea* del otro delito. Y, por último, las víctimas serían las mismas y tendrían el mismo estatus en los dos escenarios. Por consiguiente, la ofensa es una sola, y en ese sentido la Fiscalía prefiere buscar la confirmación de cargos solo por genocidio, cometido en la modalidad de lesiones graves a la integridad física y mental de los miembros del grupo, en los términos explicados.

iii. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOLICITADAS EN EL ESCRITO DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2019 SON NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA INTEGRIDAD DE LOS TESTIGOS DE LAS LISTAS 001 Y 002

La seguridad de víctimas y testigos se ha convertido en una prioridad en paulatino crecimiento en el procedimiento penal internacional. Mientras que en anteriores tribunales internacionales no se encuentra en sus Estatutos o jurisprudencia antecedentes de la inclusión de los derechos de las víctimas,⁷² la normativa y la estructura de la CPI se han caracterizado por tener en cuenta su participación y protección en las diferentes fases del proceso.⁷³

Uno de los ejemplos más ilustrativos en el asunto es el art. 68(1) ECPI que dispone lo siguiente: “La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos”. Asimismo, la regla 87(1) RPP establece que: “La Sala (...) podrá (...) ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado (...)”.

En cumplimiento de tales disposiciones, y en virtud de los HC 37 y 38 que acreditan que la seguridad, integridad y dignidad de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031 se encuentran en peligro,⁷⁴ la Oficina de la Fiscal de la CPI considera que deben adoptarse las siguientes medidas de protección: que la identidad de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031 no sea revelada a la defensa y que todos los nombres de las listas 001 y 002 sean expurgados [A]; que sus declaraciones iniciales ante esta Oficina sean presentadas a la Defensa mediante resumen [B];

⁷² Así lo pone de presente VEGA, P., “El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte”, [En línea], *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Núm. 5, São Paulo, 2006, p. 20. Disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23476.pdf>> [Consulta: 25.09.2020].

⁷³ Véanse, por ejemplo, los art. 43(6), 54(1)(b), 57(3)(c), 68 ECPI y las RPP 81(3) y (4), 87 y 88, entre otras.

⁷⁴ En primer lugar, los testigos T-007 y T-031 (estudiantes) fueron amenazados con el retiro de sus becas estudiantiles por haber decidido colaborar con la Fiscalía. De otro lado, los testigos T-001 y T-028 (profesores) que tuvieron contacto con esta Oficina durante la investigación fueron detenidos por las autoridades de Querón. Es importante resaltar que, de acuerdo con el HC 38(c), “ninguno de los quince profesores que habían rechazado entrevistarse con la Fiscalía durante su investigación habían sido objeto de detención”.

y que de las actas públicas del procedimiento sean expurgados los nombres de los mencionados testigos y cualquier información que permita su identificación [C].

A. NO REVELAR LA IDENTIDAD DE LOS TESTIGOS A LA DEFENSA Y EXPURGAR TODOS LOS NOMBRES DE LAS LISTAS 001 Y 002

La Fiscalía considera necesario que el Sr. Marás no conozca la identidad de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031, como también que se expurguen todos los nombres de las listas de testigos 001 y 002. Esto pues, tal y como lo acreditan los HC, los anteriores testigos han sido objeto de represalias en el Estado de Querón por su sola colaboración con esta Oficina, situación que posiblemente se agravaría si el Sr. Marás conociese sus identidades.

Estas medidas encuentran sustento normativo en el art. 54(3)(e) ECPI, que dispone “el Fiscal podrá: (...) Adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas”. Asimismo, la regla 81(4) RPP asevera que: “La Sala que conozca de la causa podrá, de oficio o a solicitud del Fiscal, (...) autorizar a que no se divulgue su identidad [de los testigos] antes del comienzo del juicio”.

Adicionalmente, estas cautelas han sido desarrolladas por la CPI en *Lubanga*, donde se estableció que: (i) las normas del ECPI y de las RPP contemplan la no divulgación de la identidad como una medida de protección plausible para los testigos de la Fiscalía en la ACC, y (ii) esta medida solo puede ser autorizada por la Sala para garantizar su seguridad y la de sus familias.⁷⁵ Dando aplicación a la decisión anterior, y dado que estas son medidas permitidas, es deber de la Fiscalía solicitar a la SCP X que las adopte.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que la adopción de estas medidas debe hacerse siguiendo lo establecido en el art. 68(1) ECPI. Así, es obligación de la Corte tener en consideración “todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género (...) y la salud, así

⁷⁵ CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión que establece los principios generales para restringir la divulgación de información, ICC-01/04-01/06-108-Corr, 19/05/2006, §29.

como la índole del crimen, en particular cuando este entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños”. De esta manera la Corte, al adoptar la medida, debe prestar especial atención a que los testigos **T-007 y T-031 (miembros de la lista 001)** fueron víctimas de violencia sexual cuando eran menores de edad.⁷⁶ Además, es imperativo que tenga en consideración los riesgos que corren en razón de su colaboración con esta Oficina, verbigracia, las persecuciones y amenazas de los que ya han sido víctimas.⁷⁷

De igual forma, preocupa a la Fiscalía la seguridad de los testigos **T-001 y T-028 (miembros de la lista 002)**, pues han sido víctimas de detenciones arbitrarias por parte de las autoridades queronenses.⁷⁸ Ello, en definitiva, implica un obstáculo para que estos y futuros testigos colaboren con esta Oficina y con la Corte rindiendo declaraciones sobre el caso de que se trate, con la consecuente pérdida de importantes elementos de prueba.

Por otro lado, en lo que respecta a las listas 001 y 002, este Despacho considera adecuada la expurgación de todos los nombres allí contenidos como mecanismo idóneo para proteger la identidad de los NNA afectados y de los profesores que tengan intención de colaborar con la Fiscalía, pues dado su potencial probatorio en el proceso como testigos resulta apenas oportuno ocultar sus nombres. Así se evitaría poner en peligro su seguridad e integridad, como ya ocurrió con los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031.⁷⁹

Ahora bien, se debe precisar que la adopción de estas medidas no resulta en detrimento de los derechos de la Defensa. Tal como se ha indicado en el caso *Norín v. Chile* decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”), la no revelación de la identidad de los testigos a la Defensa está “sujeta a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y

⁷⁶ RPA 27.

⁷⁷ HC 37(a).

⁷⁸ HC 37(b) y 38(b).

⁷⁹ HC 38 y 39.

proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo”.⁸⁰

En este sentido, el citado tribunal, reiterando el precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”), ha sostenido que para comprender la legalidad de esta medida de protección se deben tener en cuenta tres criterios. En primer lugar, debe considerarse el control judicial realizado por el juzgador al momento de evaluar su adopción, especialmente el análisis de la capacidad argumentativa del solicitante y su justificación por tratarse de una medida excepcional. En segundo lugar, deben concederse medidas de contrapeso a la Defensa para que pueda cuestionar el testimonio, como lo son, permitirles el acceso a las declaraciones de los testigos. En tercer lugar, las declaraciones de testigos con identidad desconocida no pueden ser las pruebas únicas o decisivas para determinar la culpabilidad de una persona.⁸¹

En el presente caso, se encuentra que la Defensa tendrá la debida oportunidad para controvertir a los testigos durante el juicio, pues es su derecho de acuerdo con el art. 67(1)(e) ECPI. Además, contará con declaraciones resumidas de los testigos para poder preparar su estrategia. Finalmente, esta Oficina contará con elementos de prueba adicionales para poder confirmar sus cargos, sin ser estos testigos la única evidencia disponible para tales efectos.

Por otra parte, no es posible asegurar que por privar a la Defensa de la identidad de los testigos se le despoje *per se* de todos sus medios de prueba y contradicción, pues como ya se indicó, cuando se adopta esta medida se le conceden a la Defensa ciertas prerrogativas favorables en el ejercicio de su derecho a interrogar los testigos de cargo durante el juicio.⁸² A ello se suma la valoración especial por la Corte al momento de deliberar, cuestión que se desarrolló previamente.

⁸⁰ CIDH, *Norín v. Chile*, Decisión de fondo, reparaciones y costas, 29/05/2014, §245. Esta decisión es aplicable por la CPI a partir del art. 21(1)(c) ECPI.

⁸¹ Id. §248. Véase también TEDH, *Al-Khawaja v. Reino Unido*, Sentencia, 26766/05-22228/06, 15/12/2011, §131, y TPIY (SPI), *Tadić*, Decisión sobre la solicitud del fiscal de medidas de protección a víctimas y testigos, IT-94-1 10/08/1995, §§72 y 247.

⁸² CIDH, *Norín v. Chile*, Decisión de fondo, reparaciones y costas, cit., §246.

En suma, esta Fiscalía considera que la solicitud presentada en su ECEP relativa a la no revelación de la identidad de los testigos a la Defensa y a la expurgación de todos los nombres de las listas 001 y 002, encuentra suficiente apoyo fáctico, normativo y jurisprudencial. Por lo tanto, sería prudente y necesario que la SCP las adoptara.

B. RESUMIR LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS A LA DEFENSA

Esta medida consiste en que las declaraciones iniciales de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031 sean presentadas como resumen a la Defensa para suprimir cualquier información que permita identificarlos y, por consiguiente, ponga en riesgo su seguridad.

En lo que concierne al apoyo normativo de esta medida, existen diferentes disposiciones del ECPI que habilitan al Fiscal a presentar resúmenes de las declaraciones de los testigos. En primer lugar, se encuentra el art. 61(5) ECPI, según el cual, en la ACC: “(...) El Fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio”.

En igual sentido, el art. 68(5) ECPI dispone que: “Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas (...)”. Así, esta previsión supedita la facultad del Fiscal a que la divulgación de la prueba entrañe un peligro grave para la seguridad del testigo o su familia.

Este supuesto en efecto se presenta en el caso *sub examine* pues, como ya se ha acreditado en los HC, las personas que han tenido contacto o que han colaborado con esta Oficina han sido objeto de represalias importantes por el Gobierno de Querón. Ello permite evidenciar que exhibir la declaración de estos testigos en esta fase del proceso puede exponerlos a un grave peligro y propiciar que se tomen más medidas arbitrarias en dicho Estado que afecten su seguridad y bienestar.

Ahora bien, es pertinente mencionar que el objeto de esta medida no consiste en privar a la Defensa de su derecho a interrogar a los testigos de cargo en el juicio, pues si bien no los interrogaría en la ACC, su derecho a hacerlo en el juicio permanecería incólume. Además, de acuerdo con lo dispuesto por la CPI en la Decisión sobre el sistema definitivo de divulgación y el establecimiento de un calendario en *Lubanga*, y conforme a una interpretación teleológica de los referidos arts. 61(5) y 68(5) ECPI, el objeto de esta medida es, ante todo, garantizar la seguridad de los testigos de cargo y reducir al mínimo los efectos potencialmente traumáticos de prestar testimonio ante la Corte: ello implicaría eximir a los testigos del requisito de prestar testimonio dos veces, primero ante la SCP X y luego ante la SPI.⁸³

En conclusión, esta Oficina considera que, dadas las circunstancias fácticas acaecidas en el Estado de Querón, resulta necesario presentar a la Defensa resúmenes de las declaraciones de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031 para evitar que se divulgue alguna información que permita identificarlos. Con esta medida se busca garantizar el anonimato de las víctimas y testigos, a fin de que no reciban algún tipo de represalia adicional al interior de su Estado. Además, autorizar la medida permite no perturbar a los testigos al obligarlos a testificar dos veces contra el mismo acusado, primero en la ACC ante la SCP y, después, en el juicio ante la SPI.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de esta medida, su adopción y control deben ser concedidos por la SCP.⁸⁴

⁸³ CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión sobre el sistema definitivo de divulgación y el establecimiento de un calendario, ICC-01/04-01/06-102, 16/05/2006, §99.

⁸⁴ Id. §101.

C. EXPURGAR DE LAS ACTAS PÚBLICAS DE PROCEDIMIENTO TODA INFORMACIÓN QUE PERMITA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TESTIGOS T-001, T-007, T-028 Y T-031

Esta Fiscalía considera que es necesario expurgar de las actas públicas del procedimiento toda información que pueda permitir la identificación de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031.

Esta última medida tiene como propósito privar a terceros en el proceso (bien los medios de comunicación, bien el público en general) de los nombres y ubicaciones de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031. Lo anterior, fundado en los riesgos y amenazas que aquejan a aquellos que decidieron colaborar con esta Oficina en el transcurso de la investigación, junto con los potenciales riesgos de revictimización que sufrirían los NNA con ocasión de su participación.

En primer lugar, es de mencionar la posibilidad que guarda el Fiscal, de conformidad con el art. 54(3)(f) ECPI, de “adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas”. Asimismo, esta medida encuentra fundamento normativo en la regla 87(3)(a) RPP, según la cual: “Las medidas podrán consistir, entre otras: “(...) a) [en que] El nombre de la víctima, el testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo o la información que pueda servir para identificarlos sean borrados del expediente público de la Sala”.

A partir de lo anterior, se observa el apoyo normativo con el que cuenta esta medida. Por su parte, la doctrina estima que, en la práctica de las Salas de la CPI, se ha vuelto común en la redacción de documentos públicos la expurgación de nombres de los testigos y de cualquier información que pueda revelar su paradero o situación actual.⁸⁵

Así pues, es posible afirmar que las medidas de protección para las víctimas son con frecuencia los medios con los que la Corte puede asegurar la participación de las víctimas en las

⁸⁵ TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, 3ª ed., 2016, p. 1692. Al efecto puede verse, CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión final sobre el protocolo de suministro de pruebas e información en material electrónico para la ACC, ICC-01/04-01/06, 28/08/2016, p. 4.

actuaciones, pues son el paso necesario para proteger su seguridad, bienestar físico y psicológico, dignidad y vida privada conforme al art. 68(1) ECPI.⁸⁶ Además, la seguridad de los testigos y sus familias resulta ser el mayor estímulo con el que cuentan para acudir al proceso y narrar lo sucedido en relación con las conductas del Sr. Marás.

Ahora bien, si en gracia de discusión se presentase una posible transgresión a los derechos de la Defensa, esta Oficina debe traer a colación que las referidas expurgaciones permiten al abogado defensor el ejercicio significativo de su derecho de réplica a las solicitudes y no redundan, de ninguna manera, en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni es incompatible con éstos.⁸⁷ Adicionalmente, el conjunto de las medidas solicitadas tiene como marco temporal la ACC y no el juicio, de manera que se excluye cualquier incompatibilidad entre los derechos de la defensa y la solicitud de estas medidas, amparadas primordialmente en la seguridad y dignidad de los testigos.

⁸⁶ CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión sobre la participación de las víctimas, ICC-01/04-01/06-1119, 18/06/2008, §128.

⁸⁷ CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión sobre la solicitud de medidas de protección, ICC-01/04-73, 21/07/2005, p. 4.

V. PETITORIO

En virtud de las consideraciones expuestas, esta Oficina solicita respetuosamente a la SCP X que respecto de la “Decisión por la que se convoca una conferencia interlocutoria”:

1. Declare que el cómplice en el delito de genocidio no requiere compartir la intención genocida del autor, por lo que es fáctica y jurídicamente posible investigar y sancionar al Sr. Marás como cómplice de crimen de genocidio de traslado forzoso de niños de un grupo a otro, pues tenía el propósito de facilitar su comisión.
2. Estime que las alegaciones de esta Oficina sobre violencia sexual constituyen el crimen de genocidio por lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo, pero no pueden constituir ninguna modalidad de CLH.
3. Decrete las medidas de protección de testigos relativas a i) la no revelación de la identidad de los testigos a la defensa y la expurgación de los nombres de los testigos de las listas 001 y 002; ii) la preparación de resúmenes a la Defensa de las declaraciones de los testigos; y iii) la expurgación de los nombres de los testigos en las actas públicas de procedimiento. Lo anterior pues se acreditó la necesidad y urgencia de dichas medidas para garantizar la seguridad e integridad de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031 y el éxito el proceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “*Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur*”. Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398 and Corr. 1-3, 11/03/1986.

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 1948.

Elementos de los Crímenes, 2011.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, 2002.

Reglas de Procedimiento y Prueba, 2002.

JURISPRUDENCIA DE LA CPI

CPI (SCP I), *Al Bashir*, Primera orden de arresto, ICC-02/05-01/09, 4/3/2009.

CPI (SCP I), *Al Bashir*, Segunda orden de arresto, ICC-02/05-01/09, 12/07/2010.

CPI (SCP II), *Bemba et al.*, DCC, ICC-01/05-01/13, 11/12/2014.

CPI (SPI VII), *Bemba et al.*, Juicio, ICC-01/05-01/13, 19/10/2016.

CPI (SCP I), *Blé Goudé*, DCC, ICC-02/11-02/11, 11/12/2014.

CPI (SPI II), *Katanga*, Juicio, ICC-01/04-01/07, 7/03/2014.

CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión que establece los principios generales para restringir la divulgación de información, ICC-01/04-01/06-108-Corr, 19/05/2006.

CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión sobre la solicitud de medidas de protección, ICC-01/04-73, 21/07/2005.

CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión sobre el sistema definitivo de divulgación y el establecimiento de un calendario, ICC-01/04-01/06-102, 16/05/2006.

CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión sobre la participación de las víctimas, ICC-01/04-01/06-1119, 18/06/2008.

CPI (SCP I), *Lubanga*, Decisión final sobre el protocolo de suministro de pruebas e información en material electrónico para la ACC, ICC-01/04-01/06, 28/08/2016.

CPI (SCP I), *Mbarushimana*, DCC, ICC-01/04-01/10, 16/12/2011.

CPI (SCP II), *Ongwen*, DCC, ICC-02/04-01/15, 23/03/2016.

CPI (SCP II), *Ruto et al.*, DCC, ICC-01/09-01/11, 23/01/2012.

JURISPRUDENCIA DEL TPIY

TPIY (SPI I), *Blagojević y Jokić*, Juicio, IT-02-60-T, 17/01/2005.

TPIY (SPI), *Delalić et al.*, Juicio, IT-96-21-T, 16/10/1998.

TPIY (SA), *Delalić et al.*, Sentencia, IT-96-21-A, 20/02/2001.

TPIY (SPI), *Krstić*, Juicio, IT-98-33-T, 2/08/2001.

TPIY (SA), *Krstić*, Sentencia, IT-98-33-A, 19/04/2004.

TPIY (SA), *Kunarac*, Sentencia, IT-96-23& IT-96-23/1-A, 12/06/2002.

TPIY (SPI), *Tadić*, Decisión sobre la solicitud del fiscal de medidas de protección a víctimas y testigos, IT-94-1, 10/08/1995.

JURISPRUDENCIA DEL TPIR

TPIR (SPI I), *Akayesu*, Juicio, ICTR-96-4-T, 2/09/1998.

TPIR (SPI II), *Kayishema y Ruzindana*, Juicio, ICTR-95-1-T, 21/05/1999.

TPIR (SPI II), *Muvunyi*, Juicio y Sentencia, ICTR-2000-55A-T, 12/09/2006.

TPIR (SA), *Ntakirutimana y Ntakirutimana*, Sentencia, ICTR-96-17, 13/12/2004.

JURISPRUDENCIA TRIBUNALES REGIONALES

TEDH, *Al-Khawaja v. Reino Unido*, Sentencia, 26766/05-22228/06, 15/12/2011.

CIDH, *Norín v. Chile*, Decisión de fondo, reparaciones y costas, 29/05/2014.

DOCTRINA

AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, 1ª ed., Oxford, 2014.

FERNÁNDEZ, C., “The International Criminal Court and the Čelebići Test. Cumulative Convictions Based on the Same Set of Facts from a Comparative Perspective”, *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 15, 2017.

SCHABAS, W., “Genocide law in time of transition: Recent developments in the law of genocide”, *Rutgers Law Review* 61, Vol. 1, 2008.

TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, 3ª ed., 2016.

VEGA, P., “El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Núm. 5, São Paulo, 2006.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. de C. Cárdenas Aravena et al., Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. de M. Gutiérrez Rodríguez et al., Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2017.

WERLE, G. y JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law, Part Three: Genocide*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 3ª ed., Oxford, 2015.