

Memoriales universitarios en el concurso de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional*

*Laura Steffany Gómez León***

*Alejandro Escobar Gabanzo****

*Stefany Jiménez Martínez*****

*Lina Paola Torrado Ballesteros******

Los presentes documentos fueron realizados por el equipo que representó a la Universidad Sergio Arboleda en la VIII Edición del Concurso CPI de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional, organizado por el Instituto Iberoamericano de la Haya llevado a cabo en octubre de 2020. La presente publicación se realiza como reconocimiento a la excelente labor desempeñada en el marco del concurso antedicho por parte de los estudiantes que representaron a la Universidad. El caso hipotético fue el ICC-01/17-05/19, promovido por el Fiscal de la Corte Penal Internacional contra Rodrigo Marás. A continuación se inserta cada uno de los escritos, llamados a servir de material pedagógico para quienes enfrentan estas tareas de formación y para los que, a futuro, quieran desempeñarse en el ámbito del derecho internacional penal una rama de ese tronco normativo que ha crecido de forma muy relevante durante los últimos años, sobre tras la expedición del Estatuto de Roma que le dio vida a la Corte dedicada a estas materias.

* El Equipo que representó a la Universidad Sergio Arboleda, Escuela Mayor de Derecho, contó con la orientación y acompañamiento de los profesores Fernando Velásquez Velásquez, Felipe Gonzalo Jiménez Mantilla y John E. Zuluaga Taborda.

** Correo de contacto: lauragomezleon@outlook.com.

*** Correo de contacto: alejandroskobargabanzo@gmail.com.

**** Correo de contacto: stefany.jimenez3@hotmail.com.

***** Correo de contacto: lina.torrado@hotmail.es.

I. MEMORIAL DE LA FISCALÍA

Tabla de contenido: LISTA DE ABREVIATURAS. I. LOS HECHOS; II. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR; III. ARGUMENTOS ESCRITOS; IV. LA PRIMERA CUESTIÓN JURÍDICA: A. La no exigibilidad del elemento subjetivo especial del dolo para el cómplice en el delito de genocidio. B. El Señor Rodrigo Marás actuó con el propósito de facilitar el crimen de genocidio perpetrado en la República de Querón. i. La notoriedad del contexto genocida. ii. La capacidad de identificar un programa educativo discriminatorio por parte del Señor Marás según su experticia. iii. La intervención del Señor Marás en el traslado de menores indígenas por la fuerza y el genocidio de esas comunidades. iv. La intervención de Rodrigo Marás para el traslado de los menores y su negligencia para mitigar la aplicación de las medidas. V. LA SEGUNDA CUESTIÓN JURÍDICA. A. El ámbito de actuación de la OF en relación con las agresiones sexuales. B. ¿Pueden constituir las agresiones sexuales una modalidad de crimen de genocidio? C. ¿Cómo podría estar presente el elemento subjetivo adicional en la modalidad de agresión sexual? D. Sobre el genocidio y las conductas realizadas por el Sr. Marás en el Colegio Caballeros de la Misericordia. E. La conducta de violación de niños, el daño a su aparato reproductor y el elemento subjetivo adicional. F. Conclusión intermedia. VI. LA TERCERA CUESTIÓN JURÍDICA. A. Las medidas de protección, B. La entrega de resúmenes preparados por la Fiscalía a la Defensa, C. La expurgación de las actas públicas del procedimiento para evitar la identificación de los testigos y de las Listas 001 y 002. VII. PETITORIO. BIBLIOGRAFÍA.

Lista de abreviaturas

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEPDHLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CG	Crímenes de Guerra
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteEDH	Corte Europea de Derechos Humanos

CPSDG	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CLH	Crímenes de Lesa Humanidad
CPI	Corte Penal Internacional
CV	Convenio de Viena
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
ER	Estatuto de Roma
HC	Hechos del Caso
Nº	Número
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPDV	Oficina Pública de Defensa de las Víctimas
p.	Página
Para.	Parágrafo
PE	Plan de Emprendimiento
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
POPN	Plan para el Orden y Progreso Nacional
OF	Oficina de la Fiscalía
ONG	Organización No Gubernamental
pp.	Páginas
RLV	Representación de las Víctimas.
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
RPA	Respuesta a las Preguntas Aclaratorias
SA	Sala de Apelación
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SPI	Sala de Primera Instancia
t.	Tomo
TP	Trabajos Preparatorios
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY	Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Vol.	Volumen

I. LOS HECHOS

1. La República de Querón posee una extensión territorial de 131.782 km² y una población de 8.9 millones de habitantes que se encuentra concentrada en sus tres ciudades principales: Anchura, Narña y su capital Londra, las cuales tienen 1.6 millones, 900.000 y 2.3 millones de habitantes, respectivamente.

2. Los pobladores están conformados así: Las comunidades indígenas representan un 4.7% del total, los descendientes de familias Tulupinas provenientes del Imperio de Tulipa y los mestizos un 91.3%; el resto de los habitantes son inmigrantes.

3. Querón ratificó el ER el 8 de mayo de 2004; es, además, miembro de la ONU, el PIDCP, la CPSDG, la CAT, y, además, los cuatro Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. También, ha ratificado los tratados del SIDH, pero no la Convención contra el Genocidio.

4. El Sr. William Cortez, candidato del partido conservador, fue electo presidente en las elecciones del año 2006 con el 41% de los votos; al tomar posesión implementó el POPN para fortalecer los valores y las tradiciones católicas ortodoxas.

5. Cortez, mediante comunicaciones públicas, manifestó que la visión indígena era un obstáculo para el progreso; producto de ello unificó el sistema de educación y el 11 de junio de 2010 implantó el “Plan de Emprendimiento”.

6. Según ese diseño, el *pensum* de estudios aplicable a los niños en etapa de escolaridad los obligaba a internarse en las principales ciudades para recibir educación sobre la historia, los valores y la cultura de Querón, dictados en lengua romance hispano-lusa, con la prohibición del uso de lenguas nativas.

Además, creó un plan de becas para los niños indígenas menores de 18 años para que viajaran desde sus territorios ancestrales a internados en las tres ciudades más importantes.

7. De igual forma, dispuso que la alimentación de los niños se centrara en el consumo de carne animal, esto es, un régimen alimenticio contrario a la dieta vegetariana de las culturas indígenas, que, además, era suministrada en horas que imposibilitaban la realización de sus rituales ancestrales; los libros de estudio suministrados no hacían alusión a la historia de sus comunidades cuya cosmología depende de la tradición oral.

8. El uso del uniforme era obligatorio por lo cual no estaba permitida la indumentaria indígena; también, la jornada escolar iniciaba con el canto al himno y una misa obligatoria.

9. En virtud de la Resolución LHS-50 emitida por el Ministerio de Educación el 15 de mayo de 2010, en ejecución del POPN se establecieron las funciones de los directores quienes debían realizar la selección de niños que cursarían los estudios ofrecidos por el gobierno. Además, ellos debían asegurarse del traslado de los niños a las ciudades, velar por la adopción de estos por parte de familias Tulupinas, hacer el seguimiento a la educación y aplicar sanciones si se incumplían las reglas. Por estar en desacuerdo varios directores renunciaron.

10. El gobierno propuso al Congreso modificaciones al Código Penal para criminalizar a los padres que no otorgaran educación a sus hijos, que fueron aprobadas; la OF inició investigaciones por ese delito.

11. En 2018, Cortez anunció que gran parte de los menores habían obtenido sus títulos de bachillerato y estaban listos para integrarse como ciudadanos.

12. El 15 de octubre de 2014, las principales ONG del país publicaron un reporte titulado “Genocidio cultural: la destrucción de nuestros pueblos indígenas”, en el cual proyectaron que cuatro años después el 80% de los

niños debían haber sido asimilados por la sociedad perdiendo todo contacto con sus comunidades.

13. A su vez, varios medios de comunicación informaron sobre listas con nombres de profesores trasladados y reubicados; sin embargo, muchos de ellos coinciden con los denunciados por abusos sexuales.

14. También, las ONGs informaron sobre las condiciones de las víctimas de abusos sexuales quienes sufrieron lesiones permanentes en su aparato reproductor lo que, debido a su corta edad, podría impedirles tener hijos. Además, se comunicó que sufrieron traumas graves que podrían impedir la procreación.

15. Al iniciar un examen preliminar sobre la situación en Querón, la Fiscal de la Corte solicitó una autorización a la SCP X para iniciar una investigación sobre los hechos ocurridos en Querón, que comenzó el 7 de enero de 2017. El 24 de octubre de 2018, la SCP X emitió orden de detención contra Cortez, el ministro del interior, ministro de educación y tres directores de colegios involucrados, entre éstos Rodrigo Marás quien fue arrestado el 15 de junio de 2019. Para el inicio de la audiencia de confirmación de cargos se fijó el 4 de octubre de 2019.

16. El 1 de agosto de 2019, la SCP X resolvió la única solicitud de participación de las víctimas y le reconoció al Sr. Stevan Sit, cuya representación legal le fue asignada a la OPDV de la CPI.

17. El 4 de septiembre de 2019, se presentó el Escrito de Acusación contra Marás como cómplice en el crimen de genocidio mediante traslado por la fuerza de niños de un grupo étnico a otro, con base en los hechos ocurridos entre el 1 de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2018, en el Colegio Caballeros de la Misericordia.

18. También la OF allegó la Lista de Elementos de Prueba que incluye dos memorias: una, en la cual aparecen los nombres de los niños indígenas trasladados a las ciudades e incorporados a los colegios, con inclusión de los testigos T007 y T031; y, otra, que menciona los nombres de los profesores

reubicados para presuntamente encubrir su abuso sexual con mención de los testigos T001 y T028, respectivamente. Listas con las que no cuenta el acusado.

19. También, la OF solicitó la adopción de cinco medidas de protección sobre los testigos: La no revelación de la identidad de los testigos a la Defensa; la entrega a la Defensa de resúmenes preparados por la Fiscalía de las declaraciones de los testigos; la expurgación de todos los nombres recogidos en las Listas 001 y 002 entre los que se encuentran los testigos T007 y T031 y T001 y 028, respectivamente; y la expurgación de las actas públicas del procedimiento de toda información que permitan identificar a los testigos.

20. Las cuestiones planteadas por la OF llevaron a la Sala a retrasar el inicio de la audiencia de confirmación de cargos y decidieron, el día 15 de septiembre de 2019, disponer la celebración de una Audiencia Interlocutoria los días 25 a 29 de mayo de 2020 en la que se presentaron alegaciones estrictamente jurídicas sobre: (i) el contenido del elemento subjetivo de la responsabilidad por complicidad en relación con el delito de genocidio; y, (ii) la caracterización jurídica de la violencia sexual. Además, se invitó a las partes a hacer la presentación de alegaciones escritas sobre las cuestiones objeto de la audiencia.

II. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR

21. La OF se ocupará de los siguientes aspectos: La posibilidad de prescindir del dolo especial para incurrir en responsabilidad por complicidad en el delito de genocidio; La responsabilidad de Rodrigo Marás quien actuó con la intención de facilitar el crimen de genocidio; las agresiones sexuales realizadas en el Colegio Caballeros de la Misericordia, que constituyen un crimen de genocidio; y, finalmente, la necesidad de adoptar las medidas de protección solicitadas en el Escrito del 4 de septiembre de 2019.

III. ARGUMENTOS ESCRITOS

22. Para empezar, como lo estableció la SPI de la CPI, antes de abordar las cuestiones jurídicas es necesario examinar lo referente al contenido del elemento subjetivo de la responsabilidad por complicidad en relación con el delito de genocidio y, además, hacer la caracterización jurídica de la violencia sexual.

23. El artículo 6 ER establece la competencia material de la CPI para conocer del crimen de genocidio, que se entiende como cualquiera de los actos “*perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*”.

24. Sobre ello debe recalcarse que el genocidio es “*el conjunto de acciones que atacan las condiciones esenciales de vida de un grupo y que van dirigidas a exterminarlo*”¹. Así las cosas, los elementos del tipo penal son dos: El *actus reus* o tipo objetivo del delito y el *mens rea* o tipo subjetivo (artículos 6 y 30 del ER).

25. El *mens rea* o tipo subjetivo hace referencia a la intencionalidad del agente; sin embargo, esta figura contiene dos elementos subjetivos²: uno general o dolo y, otro adicional, concretado en la intención de destruir. La intención general hace referencia a todos los elementos objetivos del tipo

¹ TPIR, Situación en Ruanda, Jean de Dieu Kamuhanda *vs.* The Prosecutor, 19 de septiembre de 2005, Case ICTR-99-54A-A, para. 75; TPIY, Situación en la Antigua Yugoslavia, The Prosecutor *vs.* Kordic & Cerkez, IT-95-14/2, 26 de septiembre de 2001, para. 388; TPIR, Situación en Ruanda, The Prosecutor *vs.* Athanase Seromba, Case ICTR-2001-66-A, para. 201; TPIR, Situación en Ruanda, Ferdinand Nahimana Jean-Bosco Barayagwiza Hassan Ngeze *vs.* The Prosecutor, Case ICTR-99-52, 28 de noviembre de 2007, para. 481.

² AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Duncker & Humblot-Konrad Adenauer Stiftung-Temis, Bogotá, 2002, pp. 121-122; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 21-22.

(*actus reus*) y abarca un elemento cognoscitivo y otro volitivo (conocimiento e intención).

26. La intención general se refiere a la lista de actos típicos mencionados por el ER, que están dirigidos sobre uno de los grupos protegidos; por ende, el sujeto activo debe saber que sus acciones recaen sobre ellos.

27. En cuanto a la violencia sexual, el artículo 7 (1) (g) ER la caracteriza como un CLH y señala varias modalidades: “Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”³. Así, la violencia sexual es una infracción grave sometida a la jurisdicción universal con las consecuencias que ello conlleva⁴.

28. Respecto de esta conducta, la CorteIDH –en el Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México– considera que la violencia sexual se configura con acciones cometidas contra una persona sin su consentimiento, comprendiendo la invasión física del cuerpo humano y actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno⁵.

29. Incluso, el TPIY –en el Caso Kunarac⁶– señala tres categorías de violencia sexual: (i) la actividad sexual se acompaña de fuerza o amenaza de fuerza para la víctima o un tercero; (ii) la actividad sexual está acompañada por la fuerza o una variedad de otras circunstancias específicas que hicieron a la víctima particularmente vulnerable o negaron su capacidad para hacer

³ OLÁSOLO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 303.

⁴ ZORRILLA, M. “La Corte Penal Internacional ante el Crimen de Violencia Sexual”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, N° 34, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 67-68.

⁵ CIDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y Mujeres*, [En Línea], 2018, p. 34. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>. [Consulta: 04.10.2020].

⁶ TPIY, SPI, *The prosecutor vs. Kunarac et al., Trial Judgment*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, para. 443 y ss.

un rechazo informado; (iii) la actividad sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima.

IV. LA PRIMERA CUESTIÓN JURÍDICA

30. Para la OF, el señor Marás en su calidad de director del Colegio Caballeros de la Misericordia actuó con el propósito de facilitar el crimen de genocidio, en la modalidad de traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo; hechos ocurridos entre el 1 de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2018. Lo anterior se demuestra, en primer lugar, mediante la exposición de los motivos por los cuales no se requiere un elemento subjetivo adicional al dolo en razón de la complicidad, de tal manera que el propósito del agente sea facilitar uno de los elementos mentales necesarios un poco mayor al mero conocimiento exigido por los tribunales *ad hoc* y aplicable en este caso; y, en segundo lugar, mediante la vinculación de la actuación de Marás como director del Colegio, con el propósito de facilitar la materialización del crimen de genocidio del que fueron víctimas las comunidades étnicas de Querón.

A. La no exigibilidad del elemento subjetivo especial del dolo para el cómplice en el delito de genocidio

31. El genocidio es un delito que requiere, además de las acciones típicas y el dolo, la concurrencia de un elemento subjetivo especial, consistente en la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso⁷. La exigencia de este componente debe ser satisfecha en relación con el autor del delito de genocidio; no obstante, en tratándose de la modalidad de complicidad como forma especial de participación en sentido estricto contenida en el artículo 25 (3) (c) del ER, la intención especial o

⁷ TPIY, *The Prosecutor vs. Brđjanin*, Trial Judgment, Case N° IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, para. 695.

dolus specialis no debe ser necesariamente compartida por quien actúa en esta calidad.

32. A continuación, la OF estudia los presupuestos para predicar la responsabilidad penal en relación con la complicidad en el genocidio y los motivos por los cuales el Sr. Marás debe responder por los hechos realizados en el marco de la aplicación del PE y la Resolución LHS-50, dado que actuó con el propósito de facilitar la comisión del crimen de genocidio descrito en el artículo 6 (e) del ER, consistente en el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

33. Sobre ello, el TPIY afirma que la complicidad es una forma de participación delictiva tipificada en los principios generales del derecho penal a título de participación secundaria⁸. En igual sentido, en el Caso Brdjanin, afirma que la complicidad en el genocidio consiste en ayudar y alentar, no requiere de pruebas en torno a que el cómplice tenía la intención específica de destruir, total o parcialmente, un grupo protegido; basta probar que el acusado tenía conocimiento de que sus propios actos ayudaron en la comisión de genocidio por parte del autor y que éste se encontraba al tanto del estado mental del delincuente principal, por lo cual no es necesario demostrar que compartió la intención específica del autor principal⁹.

34. De esta manera, el conocimiento de la intención especial del autor de destruir total o parcialmente un grupo protegido en este crimen es el elemento determinante para vincular como responsable a los partícipes de esta conducta en cuanto a la complicidad, siendo este criterio abiertamente aceptado por este Tribunal en diversas decisiones¹⁰.

⁸ TPIY, Prosecutor *vs.* Blagojevic y Jokic (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, para. 776.

⁹ *Idem*, para. 730; en el mismo sentido TPIY, The Prosecutor *vs.* Krnojelac, Appeal Judgment, Case IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, para. 52.

¹⁰ TPIY, The Prosecutor *vs.* Tadic, Appeal Judgment, Case N° IT-94-1-A, 15 julio 1999, para. 229; TPIY, The Prosecutor *vs.* Blagojevic y Jokic, Appeal Judgment, Case N° IT-

35. De la misma manera, el TPIR expresa al respecto: “La razón de complicidad en este delito radica en el conocimiento cómplice de la comisión del crimen de genocidio por parte del autor principal. Por lo tanto, el cómplice de genocidio no necesita poseer el *dolus specialis* de este delito; más bien él o ella, a sabiendas, ayuda e incita, instiga o procura a otro sabiendo que la otra persona tiene la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”¹¹.

36. Este Tribunal *ad hoc* advierte, también, que la complicidad en el crimen de genocidio se refiere a toda asistencia o estímulo que contribuya sustancialmente o tenga un efecto fundamental en la culminación del crimen de genocidio; además, afirma que el acusado debe haber actuado intencionalmente y con la conciencia de que estaba contribuyendo al hecho, incluido todo su elemento material¹².

37. Asimismo, el distingo entre las nociones de *autor* y *partícipe* en los crímenes internacionales suscita distintos debates en cuanto a la denominación y a la responsabilidad atribuible a quienes toman parte en la materialización de una conducta delictiva¹³. Por ello, los ordenamientos internos adoptan modelos unitarios o diferenciadores según el caso, siendo el concepto amplio de autor un supuesto que deniega individualidad al papel que ocupó cada quien en el hecho punible y relega al arbitrio del juez la modulación de las penas.

38. A su turno, el concepto diferenciador supone una tipificación autónoma en cuya virtud se pueden distinguir las clases de intervención

02-60-A, 9 mayo 2007, para. 127; TPIY, The Prosecutor *vs.* Brdjanin, Trial Judgment, Case N° IT-99-36-T, 1 septiembre 2004, para. 730.

¹¹ TPIR, Prosecutor *vs.* Baglishema, Trial Judgment, Case N° ICTR-95-1A-T, 7 junio de 2001, para. 71.

¹² TPIR, Prosecutor *vs.* Semanza, Trial Judgment and Sentence, Caso N° ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, para. 394.

¹³ Véase, por ejemplo, CPI, The Prosecutor *vs.* Omar Al Bashir, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, N° ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009.

personal en el delito; sin embargo, no existen modelos unitarios puros ni tampoco sistemas de perfecta separación en los ordenamientos de los países¹⁴, tal como se desprende del artículo 25 apartado tercero¹⁵ que distingue entre perpetración [subpárrafo (a)] y otras formas de participación [subpárrafos (b) y (c)], y, este último establece disímiles grados de responsabilidad, con lo cual se rechaza un concepto unitario y puro de perpetración¹⁶.

39. Así las cosas, la OF opta por un modelo diferenciado adoptado por el ER en el artículo 25 (3) (c) del ER que introduce un umbral subjetivo que va más allá del *mens rea* determinado como requisito ordinario en el artículo 30 (que define la intención y el conocimiento como requisitos indispensables para configurar la responsabilidad)¹⁷, pues se señala que “será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore en algún modo en la comisión”¹⁸.

40. En tanto que el propósito generalmente implica un requisito subjetivo específico más estricto que el mero conocimiento, esto deja de lado lo sostenido por los tribunales *ad hoc* (TPIY y TPIR) dado que esta jurisprudencia sostiene que basta con que el ayudante y el acompañante solo sepan que sus actos ayudarán al director en la comisión de una ofensa. Adicionalmente,

¹⁴ AMBOS, K., MALARINO, E. & STEINER, Ch. (editores), *Análisis de la primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*, CEDPAL-Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, p. 238.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ AMBOS, K. “General Principles of Criminal Law, Article 25 Individual criminal responsibility” [En línea], en O. TRIFFTERER: *Commentary on The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München, 2008, pp. 743-770. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/e8ad48/pdf> [Consulta: 04.10.2020].

¹⁷ TRIFFTERER, O. & AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª ed., 2016, p. 1007.

¹⁸ ER, Art. 25, 3 c.

el conocimiento puede ser inferido de todas las circunstancias relevantes, es decir, puede demostrarse mediante evidencia circunstancial¹⁹.

41. Además, la formulación del subpárrafo c, posee un umbral subjetivo más profundo que el objetivo, y, en cualquier caso, más alto que el *mens rea* requerido por el artículo 30 del ER; sin embargo, la exigencia de una intencionalidad más elevada solo se refiere al acto de facilitación, no al delito principal porque el asistente solo necesita poseer el elemento mental requerido por ese crimen²⁰.

42. Lo anterior se fundamenta en una interpretación literal y en el requisito doctrinal en virtud del cual se exige un doble elemento mental en los actos de participación secundaria (complicidad), con respecto al acto de participación real y, añádase, en relación con el delito principal que ha sido reconocido por la doctrina²¹.

43. Así las cosas, una es la intención específica y otro el propósito de facilitar, como sucede en el crimen de genocidio cuando se alude al autor o perpetradores directos; aquí son necesarios dos elementos subjetivos independientes: uno general, que podría denominarse intención o dolo; y uno adicional concretado en la intención de destruir²². La intención específica o *dolus specialis* se refiere a ese elemento adicional al dolo de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, que como ya fue descrito antes, no debe ser compartido por quien actúa en su calidad de cómplice en este delito. Así mismo, el propósito de facilitar se refiere a ese

¹⁹ TRIFFTERER & AMBOS, p. 1007.

²⁰ STEWART, J. G., “An important new Orthodoxy on Complicity in the ICC Statute?”, *Comparative Criminal Law, International Criminal Justice, Theory of Criminal Law, Manifesto* [En línea], College de France lectures, París, 2015. Disponible en <http://jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/> [Consulta: 04.10.2020].

²¹ TRIFFTERER & AMBOS, p. 1010.

²² AMBOS, K., “¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?” [En línea], *Revista Penal*, N° 26, julio 2010, pp. 46–64. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25161.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

elemento más estricto que el mero conocimiento con el cual debe actuar el cómplice del crimen de genocidio para ser responsable, en virtud del cual este posee la finalidad de ayudar y hacer más sencilla la comisión de un hecho punible, en este caso el crimen de genocidio.

44. Así las cosas, la redacción de la forma de participación contenida en el artículo 25 (3) (c) supone que en el nivel subjetivo exista una contribución intencional, implementando el “propósito de facilitar”, y, en todo caso, debe darse el dolo general dispuesto para los tipos penales contenidos en el ER en su artículo 30 cuando se ocupa del elemento de intencionalidad, según el cual solo se podrá atribuir responsabilidad en el escenario de que los elementos materiales de los crímenes se lleven a cabo con intención y conocimiento, como una previsión general del elemento mental requerido antes de la responsabilidad penal sobre cualquier crimen de carácter internacional²³.

45. Por ello, una interpretación sistemática del artículo 25 del ER lleva a concluir que existen diferentes grados de responsabilidad y de exigencias. A su turno, el artículo 25 (3) (c) “establece la responsabilidad de los individuos secundarios”, es decir, la de “quienes ayudan a, instigan o apoyan de otra manera la comisión o tentativa de comisión de un crimen”, por lo cual la responsabilidad secundaria depende de los actos del perpetrador²⁴. De esta forma, existe una responsabilidad principal y una accesoria demandando una contribución mayor o menor acorde a la responsabilidad del individuo.

46. Acorde a lo anterior, dado que el ER exige para atribuir responsabilidad penal a quien actúe como cómplice que éste ejecute los actos que se encuentren encaminados a ayudar con el propósito de facilitar la comisión de este crimen, imponiendo un estándar más alto que el del mero conocimiento

²³ Situación diferente a la prevista en los tribunales internacionales *ad hoc*. Cfr. FINNIN, S., “Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A comparative analysis” [En línea], *The international and Comparative Law Quartely*, Vol. 61, N° 2, abril 2012, p. 325. Disponible en https://www.jstor.org/stable/23279895?seq=1#metadata_info_tab_contents [Consulta: 04.10.2020].

²⁴ AMBOS, MALARINO & STEINER, p. 242.

exigido en el pasado por los tribunales de Ruanda y Yugoslavia, lo cierto es que esta exigencia radica únicamente sobre los actos de facilitación. Por ello, no será necesario que quien actúe como cómplice comparta el dolo especial requerido para el autor del delito de genocidio, acorde a la interpretación sistemática del artículo 25 (3), sino según los requisitos exigidos en el artículo 30 del ER como exigencia general y con el propósito de facilitar el crimen de genocidio.

B. El Señor Rodrigo Marás actuó con el propósito de facilitar el crimen de genocidio perpetrado en la República de Querón

47. Los Elementos de los Crímenes en su introducción en relación con el delito de genocidio, señalan que, si bien el artículo 30 exige, normalmente, un elemento de intencionalidad y se reconoce que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tiene en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que debe decidir la Corte en cada caso en particular²⁵, como sucede en el caso en estudio.

48. Por consiguiente, a continuación la OF se ocupa de los motivos que permiten evidenciar el conocimiento del director Marás en relación con la intención especial del presidente Cortez de destruir –en todo o en parte– a la comunidad indígena de la República de Querón, en tanto que éste era consciente de las circunstancias que conllevaba la implantación del PE y la Resolución LHS-50 que preveían medidas forzosas de traslado de niños indígenas desde sus comunidades hacia el internado Caballeros de la Misericordia a su cargo.

²⁵ *Elementos de los Crímenes*, Introducción.

i. La notoriedad del contexto genocida

49. La CPI se ha referido al elemento contextual del delito de genocidio para advertir que él solo se completa cuando la conducta relevante presenta una amenaza concreta para la existencia del grupo objetivo o una parte del mismo²⁶. Por ello, en el caso en estudio, el Señor Cortez solía realizar declaraciones discriminatorias en relación con las comunidades indígenas de manera pública. En efecto, tras su posesión ordenó la elaboración de estudios para determinar las causas de la creciente criminalidad en el país; sin embargo, aunque los resultados no se encontraban de ninguna manera relacionados con la cosmología indígena, él apeló a los prejuicios de la mayoría para indicar que la visión de preservar el medio ambiente de estas comunidades era retrógrada y, por lo tanto, representaba un obstáculo para el progreso de la sociedad.

50. Por eso, con la fachada de implantar medidas para combatir la criminalidad, se introdujo realmente un programa educativo mediante el PE dirigido a los menores indígenas²⁷; esa es la razón por la cual el *pensum* educativo era abiertamente discriminatorio y con un carácter de asimilación cultural, puesto que conllevaba el traslado de niños indígenas desde sus comunidades ancestrales a internados y la adopción de estos por parte de familias Queronenses²⁸.

51. Además, prohibió del uso de su lenguaje, impuso un plan nutricional contrario a su dieta vegetariana, obligó a esa población a profesar una religión distinta, denegó la práctica de sus rituales tradicionales y proscribió el uso de su indumentaria indígena tradicional. De esta forma, se violentaron los derechos de las comunidades indígenas suprimiendo su libre determinación y su identidad cultural.

²⁶ CPI, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Al Bashir") (ICC-02/05-01/09), 4 de marzo de 2009, para. 125.

²⁷ HC. 14 y 15.

²⁸ HC 20.

52. Esta prohibición de usar el lenguaje autóctono ya ha sido objeto de condenas internacionales como lo hizo la CorteIDH en el Caso López Álvarez *vs.* Honduras; en esa oportunidad se dijo que “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar”. Además, se anotó que éste implica necesariamente “el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”²⁹; máxime si se trata del idioma de una comunidad nativa, por lo cual los Estados deben abstenerse de expedir regulaciones discriminatorias, porque ellos “deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos”³⁰.

53. También la CIDH ha sostenido que, por razones históricas, principios morales y humanitarios, constituyen un compromiso sagrado de los Estados especialmente en tratándose de los pueblos indígenas³¹. Es más, la CADH –en el Caso Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala– reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena³². Por eso, trasladar a los niños indígenas de sus comunidades a internados y no permitirles mantener una relación con sus familias de origen, transgrede directamente su derecho a la familia previsto en la DNUDPI y en la CADH.

54. Además, en el caso concreto el traslado de los niños se realizaba por la fuerza, sin que ello se limite solo a la física, sino que también puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso

²⁹ CorteIDH. Caso López Álvarez *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141, para. 164.

³⁰ *Ibid.*, para. 170-174.

³¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígena*. [En línea]. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp> [Consulta: 04.10.2020].

³² CorteIDH, Caso Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N° 212.

de poder contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción³³.

55. En relación con lo anterior, el traslado forzoso de niños indígenas en el caso concreto radicó en la intimidación sufrida por las comunidades indígenas, al punto de que el gobierno hizo modificar el Código Penal para criminalizar a los padres; además, la Fiscalía de Querón los investigó y, finalmente, ello obligó a diversas ONGs a iniciar una campaña de denuncia internacional sobre los actos genocidas cometidos por el gobierno y a publicar reportes sobre la destrucción de los pueblos indígenas de Querón.

ii. La capacidad de identificar un programa educativo discriminatorio por parte del Señor Marás según su experticia

56. El director Marás posee un conocimiento especializado respecto a políticas educativas debido a su experticia como director y académico reconocido internacionalmente; eso está demostrado a cabalidad mediante múltiples evidencias. De igual forma, Marás era invitado a dictar conferencias sobre modelos educativos contemporáneos en reconocidas universidades europeas³⁴, razón por la cual es posible evidenciar su conocimiento respecto a este tema y su subsecuente capacidad de identificar qué planes educativos tienen un carácter negativo y discriminatorio, en este caso hacia los niños de las comunidades indígenas de Querón.

57. También, debe decirse que sobre las políticas educativas contemporáneas la UNICEF señala que estas deben estar encaminadas a la inclusión considerando el contexto del país, el respeto por la identidad, la cultura y la lengua³⁵. Al respecto, el artículo 30 de la CDN destaca el derecho

³³ *Elementos de los Crímenes.*

³⁴ HC 30.

³⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, *Legislación y políticas de educación inclusiva*, Cuadernillo 3 (2014). [En Línea]. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/media/7396/file> [Consulta: 04.10.2020].

de cada niño a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, cosa que desconoció el señor Marás al implantar su política educativa llevando a cabo la conducta contenida en el artículo 6 (e) del ER y supondría la destrucción parcial del grupo protegido.

iii. La intervención del Sr. Marás en el traslado de menores indígenas por la fuerza y el genocidio de esas comunidades

58. El señor Rodrigo Marás como director del Colegio Caballeros de la Misericordia era responsable de llevar a cabo la selección de niños para cursar los estudios ofrecidos, además se aseguraba de que estos fueran trasladados de sus comunidades a las ciudades y fueran asignados a una familia Queronense para su adopción. Él, recuérdese, se encargaba de aplicar sanciones en caso de incumplimiento de las reglas de vestimenta y comportamiento³⁶.

59. Incluso, a ello se deben añadir sanciones como la participación obligatoria en sesiones especiales de oración con el sacerdote de la iglesia respectiva, la participación en sesiones de lectura sobre la historia, los valores y la cultura de Querón; y, la prohibición de ver a sus familias de origen³⁷. El director, aun conociendo el carácter discriminatorio de estas sanciones, aplicó en reiteradas ocasiones estas medidas contra miembros de las comunidades indígenas³⁸.

60. De la misma manera, el señor Marás era conocedor del origen de los niños dado que enviaba las listas al Ministerio de Educación informando sobre la identidad de los mismos y, por ende, tenía conciencia plena de que implantaba un PE producto de una política educativa discriminatoria y con carácter genocida por parte del gobierno del señor Cortez, al cual servía.

³⁶ HC 20.

³⁷ RPA 7.

³⁸ RPA 19.

iv. La intervención de Rodrigo Marás para el traslado de los menores y su negligencia para mitigar la aplicación de las medidas.

61. En efecto, el Señor Rodrigo Marás era quien tenía la última palabra sobre el ingreso de niños indígenas a los planteles educativos; incluso, para implantar el PE y la Resolución LHS-50, tenía la potestad de cambiar a los directores que renunciaban a sus puestos por inconformidad con esas políticas. Sin duda, al tenor del artículo 30 ER, él intervino en el genocidio de miembros de la comunidad indígena de Querón y lo hizo con la absoluta consciencia de que ello se producirá dentro del giro normal de los acontecimientos.

62. De esta forma, el Señor Marás poseía conocimiento pleno del contexto genocida y su actuar como director, al implementar la Resolución LHS-50, lo cual lo hace interviniente en el crimen de genocidio en su calidad de partícipe, es decir, como aquél que contribuye de cualquier modo a la comisión de una conducta punible con el propósito de facilitarla³⁹.

63. Así las cosas, según los Elementos de los Crímenes la existencia de la intención y el conocimiento pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso⁴⁰, de las actuaciones del director Rodrigo Marás es posible concluir que él conocía la intención específica con la que actuó Cortez al implementar el plan genocida contra la comunidad indígena de Querón, en tanto que el *dolus specialis* del crimen de genocidio pueden inferirse de los hechos, las circunstancias concretas o los patrones de acciones con propósito⁴¹.

64. Esos elementos se encuentran presentes en la implantación del plan genocida hacia los niños indígenas de Querón, materializados en las constantes declaraciones desfavorables sobre las comunidades indígenas de este país y

³⁹ MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 339, 340.

⁴⁰ *Elementos de los crímenes*, Introducción.

⁴¹ TPIY, *The Prosecutor vs. Stakic*, Sala de Primera Instancia, 31 de julio de 2003, para. 526.

sobre la manera en la cual estos grupos suponían un obstáculo para Cortez, por lo que impulsó modificaciones al Código Penal para realizar traslados mediante la fuerza. El propósito de facilitar con el que actuó Rodrigo Marás se evidencia en tanto su participación tuvo un efecto sustancial en la comisión del crimen de genocidio, y el patrón de comportamiento es el haber tomado parte en el plan que se estaba llevando a cabo en Querón para destruir a la comunidad indígena.

V. LA SEGUNDA CUESTIÓN JURÍDICA

A. El ámbito de actuación de la OF en relación con las agresiones sexuales

65. La OF expone a continuación las razones por las cuales considera que los crímenes cometidos por el señor Rodrigo Marás son constitutivos, únicamente, del delito de genocidio; además, demuestra que sus actuaciones constituyen un crimen de genocidio en las modalidades descritas en el artículo 6 (d)⁴², considerado “*el crimen de los crímenes internacionales*”⁴³. Al respecto, se debe dejar claro que las mismas no alcanzan la dimensión de un CLH porque no se cumplen los requisitos necesarios derivados de los Elementos de los Crímenes, para ser considerados como tales.

⁴² Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002.

⁴³ ICTR, The Prosecutor *vs.* Kambanda, causa núm. 97-23-S, Sala 4 de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, septiembre de 1998, para. 16; también, EUROPA PRESS: “Genocidio, el «crimen de crímenes» al que ningún país y ninguna región es «inmune»”, 7 de abril de 2020. Recuperado de <https://www.europapress.es/internacional/noticia-genocidio-crimen-crimenes-ningun-pais-ninguna-region-inmune-20200407103101.html>.

66. De esta manera, la OF de la CPI se ocupará, en primer lugar, de las razones por las cuales considera que las agresiones sexuales pueden ser una modalidad del crimen de genocidio. En segundo lugar, hace mención de las variantes genocidas en las que se puede incurrir a través de una agresión sexual, evaluando lo concerniente al elemento subjetivo adicional presente en la modalidad genocida.

B. ¿Pueden constituir las agresiones sexuales una modalidad de crimen de genocidio?

67. La OF recuerda que según los tribunales internacionales aunque los delitos sexuales no forman un tipo penal independiente en el ordenamiento de la CPI⁴⁴, pueden llegar a unirse a otras categorías jurídicas tales como la tortura o el genocidio⁴⁵⁻⁴⁶. Así lo afirma la jurisprudencia: El TPIR, en la Sentencia Prosecutor *vs.* Akayesu (1998) juzgó al señor Jean Paul Akayesu por permitir la ocurrencia de actos sexuales y no evitar la misma en el marco del genocidio ocurrido en el Estado de Ruanda; es más, en esa sentencia se dijo que la violencia sexual puede cometerse en una parte del grupo, pero si ella se hace con este “*dolus specialis*” debe ser considerada como genocidio.

68. El mismo TPIR⁴⁷ sostiene que las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo pueden entenderse como actos de mutilación genital, esterilización, control forzado de natalidad, separación de sexos y prohibición de matrimonios⁴⁸; igualmente, que los actos pueden ser

⁴⁴ Véase COPELON, R., “Surfacing Gender: Reengraving the Crimes against Women in Humanitarian Law”, en Dombrowski, N. (ed.). *Women and War in the Twentieth Century*, Garland Publishing, Nueva York y Londres, 1999, p. 337.

⁴⁵ CIJ, Bosnia y Herzegovina *vs.* Serbia y Montenegro, 26 de febrero de 2007.

⁴⁶ DE VITO, D., GILL, A. & SHORT, D., “El Delito de Violación Tipificado como Genocidio”, *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 6, N° 2009, pp. 29-59.

⁴⁷ TPIR, Case No ICTR-96-4-T Prosecutor *vs.* Jean Paul Akayesu, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, para. 497.

⁴⁸ *Idem*, para. 507.

ideales (medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo), físicos o mentales. Es más, se afirma que cuando ocurre un acto de violación y la víctima se niega posteriormente a procrear, se puede configurar un genocidio⁴⁹.

69. Para la OF, pues, amén de la intención especial es importante resaltar que el sujeto pasivo internacional del crimen debe ser un grupo protegido; al respecto, recuérdese la Sentencia Prosecutor *vs.* Kayishema y Ruzindana del 21 de mayo de 1999, en la cual se advierte que un grupo étnico es uno cuyos miembros comparten una lengua y una cultura comunes; o, un conjunto de personas que se distingue como tal. O, en fin, una agrupación identificada como tal por los demás incluidos los autores de los crímenes⁵⁰.

C. ¿Cómo podría estar presente el elemento subjetivo adicional en la modalidad de agresión sexual?

70. Al respecto, la jurisprudencia señala que cuando hay ausencia de *evidencia directa explícita* es posible inferir la intención genocida y la prueba de la intención específica, a partir de una serie de hechos y circunstancias tales como el contexto general, la comisión de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente en contra del mismo grupo, la escala de comisión de atrocidades, los ataques sistemáticos a las víctimas en razón de su pertenencia a un grupo determinado, o, en fin, de la repetición de actos destructivos y discriminatorios⁵¹.

71. En conclusión, para la OF existen tres premisas que son irrebasables: 1) puede configurarse el crimen de genocidio internacional en la modalidad de agresiones sexuales físicas o psicológicas, subsumiéndose dicha conducta

⁴⁹ *Idem*, para. 508.

⁵⁰ TPIR, Situación en Ruanda, The Prosecutor *vs.* Clément Kayishema y Obed Ruzindana, Case N° ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, para. 98.

⁵¹ TPIY, Situación en la República de La Antigua Yugoslavia, The Prosecutor *vs.* Goran Jelusic, Juicio, Case N° IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999, para. 42.

dentro de la normativa propia del derecho internacional; 2) para que se constituya la modalidad de genocidio por agresión sexual, se debe cumplir con los elementos esenciales de la configuración del tipo penal internacional, como lo son el elemento subjetivo adicional entendido como la intención de “destruir en todo o en parte” y la existencia de un grupo internacionalmente protegido. Y, 3) cuando el elemento intencional doble no pueda ser comprobado porque no existe evidencia directa explícita, esta intención se puede demostrar a través de los hechos y las circunstancias en la cuales se hayan realizado los actos de autor.

D. Sobre el genocidio y las conductas realizadas por el Sr. Marás en el Colegio Caballeros de la Misericordia

72. Para la OF existen indicios graves de que los hechos investigados son constitutivos de un crimen de genocidio; adviértase: 1) los niños víctimas de abuso sexual pertenecían a un grupo nacional indígena⁵²; 2) el Sr. Marás tenía competencia para trasladar y asimilar a los indígenas⁵³; 3) los testimonios de Steven Sit, T007 y T031 demuestran que en el Colegio Caballeros de la Misericordia hubo un genocidio cultural. Además, 4) el genocidio es producto de una política gubernamental, autoritaria y violadora de DD.HH.; también, 5) tal como lo señalan los HC y las RPA⁵⁴, del *modus operandi* de las agresiones sexuales por parte de los maestros, se deduce que el modo de actuar de los autores del crimen consistía en la comisión de conductas que –en un principio– buscaban ganarse la confianza de los niños mediante actos que parecían expresiones de amabilidad⁵⁵.

⁵² VIII Edición Del Concurso CPI Simulación Judicial ante La Corte Penal Internacional, Caso: ICC-01/17-05/19 Fiscal de la Corte Penal Internacional c. Rodrigo Marás. RPA N° 1.

⁵³ *Idem*, N° 2.

⁵⁴ *Idem*, N° 26.

⁵⁵ *Idem*, N° 25.

E. La conducta de violación de niños, el daño a su aparato reproductor y el elemento subjetivo adicional

73. Estima la OF que los hechos ya descritos se enmarcan en la modalidad de genocidio de “medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo” (artículo 6 (d) del ER), debido a que los niños indígenas beneficiarios de las becas del gobierno de turno tuvieron afectaciones tales que se llegó a “dañar totalmente su aparato reproductor”. Este *modus operandi* estaba dirigido a impedir que dichos niños se reprodujeran más adelante.

74. Acorde con lo dicho por la OF en el Escrito de Acusaciones el señor Marás era una persona con un conocimiento absoluto de la cadena de causalidad del asimilamiento indígena que estaba viviendo la República de Querón y, en especial, en el caso de los estudiantes del Colegio Caballeros de la Misericordia, por lo cual resulta absolutamente inadmisibles que él no hubiese estado al tanto de las múltiples agresiones sexuales cometidas.

75. Así las cosas, el Señor Marás es cómplice en esa modalidad de genocidio por las siguientes razones: por permitir la ocurrencia de actos sexuales y, además, por no evitar la misma; y, porque existen pruebas creíbles y suficientes para establecer, más allá de toda duda razonable, que durante el tiempo transcurrido entre el 1 de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2018, también se sometió a los niños indígenas a actos de violencia sexual, se las golpeó y se les maltrató psicológicamente.

76. En fin, Marás tenía razones para saber y, de hecho, sabía que estaban ocurriendo actos de violencia sexual en el Colegio Caballeros de la Misericordia y él no tomó medidas para evitar esos actos, o para castigar a los perpetradores; más bien, él ocultó la información y trasladó a los profesores que no estaban de acuerdo con tan detestables prácticas.

F. Conclusión intermedia

77. En síntesis, se cometió un genocidio en la modalidad prevista en el artículo 6 (d) ER, del cual fueron víctimas los niños de las comunidades

indígenas nacionales; el director Marás fue cómplice del mismo. En cuanto a la intención hay suficientes hechos probados de los cuales se infiere que él obró con la finalidad de facilitar la comisión de las conductas sexuales en el Colegio Caballeros de la Misericordia. Además, no se trataba de casos aislados sino producto de una política sistemática de aniquilamiento.

VI. LA TERCERA CUESTIÓN JURÍDICA

A. Las medidas de protección

78. La OF sostiene que las cinco (5) medidas de protección solicitadas en el escrito de acusación del 4 de septiembre de 2019, son necesarias y procedentes, para que de esta manera se observe el cumplimiento de los principios de verdad, justicia y reparación para las víctimas en todas las etapas procesales dentro de la CPI y, agréguese, estas no violan los derechos fundamentales del acusado.

79. En el entendido de que es importante proteger la identidad de los testigos y, por tanto, la no revelación de su identidad a la defensa, máxime si se trata de dos menores de edad, entre los 2 y 17 años, víctimas de violencia sexual⁵⁶ y que, además, se trata de propender por la comparecencia y la obtención de los testimonios de los testigos T001 y T028, profesores del colegio Caballeros de la Misericordia, parece evidente que es necesario que la SCP X conceda la medida de protección solicitada.

80. Al respecto, no se olvide que la Corte cuando ejerce sus funciones debe considerar las necesidades de las víctimas y testigos, particularmente los niños, las personas de edad o con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género⁵⁷. Así las cosas, es fundamental asegurar el interés superior del niño; y, además, es imperativo evitar una segunda victimización de los

⁵⁶ RPA. 27.

⁵⁷ RPP 86.

menores de edad, debido a que los niños que han experimentado violencia sexual pueden tener consecuencias a largo plazo en su desarrollo.

81. En el caso en estudio, los testigos han señalado la existencia de profundas afectaciones psicológicas porque al ser trasladados desde sus comunidades indígenas fueron separados de sus padres y sometidos a un duro régimen escolar; además, fueron sometidos a agresiones sexuales que dejaron un impacto inmediato y duradero, máxime si se destruyó su capacidad para desarrollarse en la escuela y los impulsó a realizar comportamientos autodestructivos y quedaron secuelas físicas en su aparato reproductivo. Estas agresiones son de tal gravedad que les impiden procrear y los traumas les imposibilitan sostener relaciones sexuales.

82. De igual forma, téngase muy en cuenta que las personas pertenecientes a los pueblos indígenas o tribales son una categoría de seres humanos vulnerables lo cual, como ha dicho la CorteIDH en el caso Guzmán Albarracín y otras *vs.* Ecuador, impone la obligación de garantizar la protección fundamental de estos evitando su victimización secundaria⁵⁸. En este caso, su fragilidad aumenta debido al nivel de intolerancia institucional del Estado donde se encuentren, una situación de detención o un contexto de violencia⁵⁹. Por tanto, no brindar a los menores las medidas de protección que tienen como finalidad salvaguardar su integridad, constituye una clara violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar.

83. Así las cosas, dada la gravedad de las repercusiones de la violencia sexual de la que fueron víctimas los testigos T007 y T031 y el grave peligro en el que se encuentra la integridad psicológica de estos menores indígenas, atendiendo a lo establecido en el ER y las RPP, la OF solicita que se mantenga

⁵⁸ CorteIDH, Caso Guzmán Albarracín y otras *vs.* Ecuador, sentencia del 24 de junio de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, para. 117.

⁵⁹ ESTUPIÑÁN, R., “La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología”, en VV.AA. *Derechos Humanos y Políticas Públicas Manual*, Edición Universidad París, París, 2014, p. 207.

el anonimato de estos testigos. Además, igual medida se solicita en relación con los T001 y T028 para proteger su seguridad personal⁶⁰.

B. La entrega de resúmenes preparados por la Fiscalía a la Defensa

84. Para la OF esta medida de protección sí cumple con los requisitos consignados en el artículo 68 (5) ER para ser valorada dadas las reiteradas manifestaciones de los Tribunales regionales e internacionales, sobre casos en los cuales se ha verificado esta misma situación fáctica y en los que, por ende, se deben asegurar los derechos de testigos, máxime si ellos son niños como T-007 y T-031.

85. En efecto, para la CorteIDH en tales casos se debe asumir una posición especial de garante y se debe respetar el principio del interés superior del menor que se fundamenta en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes y, agréguese, en la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁶¹.

86. De esta manera, para la OF es viable entregar a la Defensa los resúmenes preparados por la Fiscalía en relación con las declaraciones de los cuatro testigos de conformidad con el artículo 68 (5) ER; ello es lo más conveniente en razón a que con ello se logra proteger los intereses de los testigos y las víctimas, evitando que se conozcan sus nombres en las declaraciones y se logre un juicio justo en donde pueda ejercer debidamente su actividad, instituida como derecho fundamental en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos Humanos.

⁶⁰ ACCESO, *Los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, Boletín del grupo de trabajo sobre los derechos de las víctimas, No. 13, invierno 2008. p. 2.

⁶¹ CorteIDH/UNICEF, *Violencias contra niñas, niños y adolescentes en América Latina y el Caribe*, CorteIDH, San José, C. R., 2019.

C. La expurgación de las actas públicas del procedimiento para evitar la identificación de los testigos y de las Listas 001 y 002

87. A este respecto, la OF estima que esta medida de expurgación del nombre de los testigos de toda información que les permita reconocerlos es viable: En primer lugar, por la importancia del material probatorio que no ofrece el tipo de deposición que van a ofrecer los testigos; en segundo lugar, por la relevancia de sus dichos al ser menores de edad y personas que sufrieron graves ataques por parte del acusado. Y, en tercer lugar, porque ello no viola el derecho fundamental del acusado a un juicio justo e imparcial y el derecho de defensa.

88. Ahora bien, en relación con la eliminación de los nombres de los testigos de las listas 001 y 002 y de las actas públicas que los permitan identificar, para la OF es la medida más idónea porque los protege en razón al interés superior que tienen dentro del proceso. En apariencia, ello no encaja en el texto de la CADH⁶², la jurisprudencia de la CorteIDH y la CPI en los Casos Lubanga⁶³, Katanga y Bemba, cuando se señala la obligación del Estado de garantizar el ejercicio del principio de inmediación de la prueba⁶⁴.

89. Si bien es cierto que con esa medida se busca limitar la discrecionalidad de actuación por parte de la Defensa, basándose en un equilibrio entre los derechos en pugna, los casos anteriormente señalados no sirven como sustento jurisprudencial en la presente oportunidad porque en ellos el acervo probatorio se limita solo a testimonios mientras que, en esta actuación, se acude también a otras evidencias.

90. Por ello, es claro que la Lista 001 –como prueba que contiene nombres de niños seleccionados de las comunidades indígenas, para ser

⁶² Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Artículo 8, numeral 2.c.

⁶³ CPI, PO, *The Prosecutor vs. Lubanga*, Prosecution's Submissions on the Procedures and Principles for Sentencing, (ICC-01/04-01/06-2868), 18 de abril de 2012, para. 30.

⁶⁴ *Id.*

ubicados en las familias de las ciudades e incorporados a los colegios— y la Lista 002 de profesores —que habían sido trasladados de un colegio a otro para presuntamente encubrir su abuso sexual⁶⁵—, son relevantes para determinar la culpabilidad del director; además, recuérdese que en el Escrito de Acusación al Señor Marás se le calificó como cómplice en el crimen de genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños de un grupo étnico a otro⁶⁶.

91. En virtud de todo lo anterior, la OF estima que se deben ordenar las cinco medidas de protección solicitadas en el escrito de 4 de septiembre de 2019, esto en razón al interés superior de los testigos en el presente proceso.

VII. PETITORIO

92. En definitiva, la OF, después de haber realizado un amplio análisis de los hechos de que da cuenta el caso *Fiscalía vs. Rodrigo Marás*, considera menester que la honorable CPI:

A) Declare que en el delito de genocidio es necesario actuar con un dolo especial, consistente en destruir en todo o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso, para que se configure la responsabilidad por complicidad conforme al artículo 25 (3) (c) del ER y que, en consecuencia, se afirme que el señor Rodrigo Marás sí actuó con el conocimiento exigido por el ER y, por ende, se le atribuya responsabilidad como posible cómplice del crimen de Genocidio.

B) Que las agresiones sexuales de las cuales da cuenta el presente caso encajan dentro de una conducta de Genocidio.

C) Que se estimen necesarias las medidas de protección solicitadas por la OF, esto es, las siguientes:

⁶⁵ HC 36.

⁶⁶ HC 33.

- 1) La no revelación de la identidad de los testigos a la Defensa.
- 2) La entrega a la Defensa de los resúmenes preparados por la OF de las declaraciones de los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031, en los que no se recoja ninguna información que pueda identificar a los mismos.
- 3) La expurgación de todos los nombres recogidos en la Lista 001, entre los cuales se encuentran los de los testigos T-007 y T-031.
- 4) La expurgación de todos los nombres de los testigos recogidos la Lista 002, entre los cuales se encuentran los de los testigos T-001 y T028.
- 5) La expurgación de las actas públicas del procedimiento de toda información que pueda permitir la identificación de los testigos T-001, T-007, T028 y T-031.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina

- AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Duncker & Humblot-Konrad Adenauer Stiftung-Temis, Bogotá, 2002.
- AMBOS, K., “¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?”, [En línea], *Revista Penal*, N° 26, julio 2010, pp. 46-64. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25161.pdf> [Consulta: 04.10.2020].
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- AMBOS, K., “General Principles of Criminal Law, Article 25 Individual criminal responsibility”, [En línea], en O. TRIFFTERER: *Commentary on The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München, 2008, pp. 743-770. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/e8ad48/pdf> [Consulta: 04.10.2020].
- AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, [En línea], *Revista General de Derecho Penal* N° 17, 2012, pp. 1-30. Disponible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/CRIMENESDELESAHUMANIDAD.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

- AMBOS, K., MALARINO, E. & STEINER, Ch. (eds.), *Análisis de la primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*, CEDPAL-Fundación KONRAD ADENAUER, Bogotá, 2014.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígena*, [En línea]. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp> [Consulta: 04.10.2020].
- COPELON, R., “Surfacing Gender: Reengraving the Crimes against Women in Humanitarian Law”, en Dombrowski, N. (ed.). *Women and War in the Twentieth Century*. Garland Publishing, Nueva York y Londres, 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y Mujeres*, [En línea], 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf> [Consulta: 04.10.2020].
- DE VITO, D., GILL, A. & SHORT, D., “El Delito de Violación Tipificado como Genocidio”, *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 6, 2009, pp. 29-59.
- ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES, [En línea]. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf> [Consulta: 04.10.2020].
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 17 julio 1998. [En línea]. Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/50acc1a12.html> [Consulta: 04.10.2020].
- ESTUPIÑÁN, R., “La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología”, en VV.AA. *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Edición Universidad París, París, 2014, pp. 193-231.
- EUROPA PRESS, “Genocidio, el «Crimen de Crímenes» al que ningún país y ninguna región es «inmune»”, 7 de abril de 2020. [En línea]. Disponible en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-genocidio-crimen-crimenes-ningun-pais-ninguna-region-inmune-20200407103101.html> [Consulta: 04.10.2020].
- FINNIN, S., “Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: A comparative analysis”, [En línea], *The international and Comparative Law Quartely*, Vol. 61, N° 2, abril 2012, pp. 325-359. Disponible en https://www.jstor.org/stable/23279895?seq=1#metadata_info_tab_contents [Consulta: 04.10.2020].
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, UNICEF, *Legislación y políticas de educación inclusiva*, Cuadernillo 3 (2014). [En Línea]. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/media/7396/file> [Consulta: 04.10.2020].

- MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- OLÁSOLO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- STEWART, J. G., “An important new Orthodoxy on Complicity in the ICC Statute?”, *Comparative Criminal Law, International Criminal Justice, Theory of Criminal Law, Manifesto* [En línea], College de France lectures, París, 2015. Disponible en <http://jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/> [Consulta: 04.10.2020].
- TRIFFTERER, O. & AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3ª ed., C. H. Beck, Hart, Nomos Verlag, München, 2016.
- VIII EDICIÓN DEL CONCURSO CPI SIMULACIÓN JUDICIAL ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, CASO: ICC-01/17-05/19. *Respuestas a las preguntas aclaratorias*. [En línea]. Disponible en <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/163/2020%20Respuestas%20a%20Preguntas%20Aclaratorias%20VIII%20Edici%C3%B3n%20del%20Concurso%20CPI.pdf> [Consulta: 04.10.2020].
- VIII EDICIÓN DEL CONCURSO CPI SIMULACIÓN JUDICIAL ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, CASO: ICC-01/17-05/19. *Decisión por la que se convoca una conferencia interlocutoria*. [En línea]. Disponible en <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/163/2020%20Caso%20VIII%20Edici%C3%B3n%20del%20Concurso%20CPI%20de%20Simulaci%C3%B3n%20Judicial%20ante%20la%20Corte%20Penal%20Internacional.pdf> [Consulta: 04.10.2020].
- ZORRILLA, M., “La Corte Penal Internacional ante el Crimen de Violencia Sexual”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, N° 34, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 67-68.

B. Jurisprudencia

i. CPI

- CPI, *The Prosecutor vs. Omar Al Bashir, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, N° ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009.

CPI, Prosecutor's office, *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Prosecution's Submissions on the Procedures and Principles for Sentencing*, ICC-01/04-01/06-2868, 18 de abril de 2012.

ii. TPIY

TPIY, *The Prosecutor vs. Brdjanin*, Trial Judgment, Case N° IT-99-36-T, 1 de septiembre 2004.

TPIY, *Prosecutor vs. Blagojevic y Jokic* (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005.

TPIY, *The Prosecutor vs. Blagojevic y Jokic*, Appeal Judgment, Case N° IT-02-60-A, 9 mayo 2007.

TPIY, *The Prosecutor vs. Krnojelac*, Appeal Judgment, Case N° IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003.

TPIY, SPI, *The Prosecutor vs. Stakic*, *Appeal Judgment*, Case IT-97-24-A, 22 de marzo de 2006.

TPIY, SPI, *The prosecutor vs. Kunarac et al*, *Trial Judgment*, Case IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001.

TPIY, *The Prosecutor vs. Tadic*, Appeal Judgment, Case N° IT-94-1-A, 15 de julio de 1999.

TPIY, Situación en la República de La Antigua Yugoslavia, *The Prosecutor vs. Goran Jelasic*, Juicio, Caso N° IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999.

iii. TPIR

TPIR Situación en Ruanda, *Jean de Dieu Kamuhanda vs. Prosecutor*, Case ICTR-99-54A-A, 19 de septiembre de 2005.

TPIY, Situación en la Antigua Yugoslavia, *The Prosecutor vs. Kordic & Cerkez*, Case IT-95-14/2, 26 de septiembre de 2001.

TPIR, Situación en Ruanda, *Prosecutor vs. Athanase Seromba*, Case ICTR-2001-66-A.

TPIR, Situación en Ruanda, *Ferdinand Nahimana Jean-Bosco Barayagwiza Hassan Ngeze vs. The Prosecutor*, Case ICTR-99-52, 28 de noviembre de 2007.

TPIR, *Prosecutor vs. Baglishema*, Trial Judgment, Case N° ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001.

TPIR, *Prosecutor vs. Semanza*, Trial Judgment and Sentence, Case N° ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003.

TPIR, Situación en Ruanda, *The Prosecutor vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana*, Case N° ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999.

TPIR, *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, Case N° ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

iv. CorteIDH

CorteIDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141.

CorteIDH, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2020, Fondo, reparaciones y costas.

CorteIDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N° 212.

v. Otros

CIJ, *Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro* 26 de febrero de 2007.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

CPI, *Reglas de Procedimiento y Prueba*, Assembly of States Parties (ICCASP/1/3, Part. II-A).

CPI, *Estatuto de Roma*, UNDCPEICC (A/CONF.183/9).

ICTR, *The Prosecutor vs. Kambanda*, causa núm. 97-23-S, Sala 4 de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, septiembre.

II. MEMORIAL DE LA DEFENSA

Tabla de contenido: LISTA DE ABREVIATURAS. I. LOS HECHOS. II. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR. III. ARGUMENTOS ESCRITOS. IV. PRIMERA CUESTIÓN JURÍDICA. A. La teoría del Dominio del Hecho. B. Sobre la ausencia de dominio del hecho por parte del Señor Rodrigo Marás. C. Conclusión. V. SEGUNDA CUESTIÓN JURÍDICA. A. Sobre la violencia sexual y el genocidio. 1. Acerca de la jurisprudencia internacional y la doctrina. 2. Sobre los hechos concretos al interior del Colegio Caballeros de la Misericordia que podrían generar responsabilidad internacional para el Sr. Rodrigo Marás. B. Sobre la violencia sexual y los CLH. 1. La jurisprudencia en relación con los CLH y la violencia sexual. a. El ataque, b. La generalidad o la sistematicidad, c. Contra la población civil, d. La acreditación de la generalidad o de la sistematicidad, 2. Sobre los hechos concretos al interior del Colegio Caballeros de la Misericordia que podrían generar responsabilidad internacional para el Sr. Rodrigo Marás, C. Conclusión. VI. TERCERA CUESTIÓN JURÍDICA. A. Sobre la necesidad de expurgar la identidad de los testigos. B. La OF debe entregar el material probatorio y no resúmenes. C. Acerca de la expurgación de todos los nombres recogidos en las Listas 001 y 002 así como de información en las actas del procedimiento que pueda permitir la identificación de los testigos. VII. PETICIONES. BIBLIOGRAFÍA.

LISTA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEPDHLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CLH	Crímenes de Lesa Humanidad
CorteEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

CPI	Corte Penal Internacional
CPSDG	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
CV	Convenio de Viena
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
ER	Estatuto de Roma
HC	Hechos del Caso
Ibid.	En la misma obra y página ya citada.
Id.	En la misma obra pero otra página.
Nº/Núm.	Número
Ob. cit.	Citado
OEA	Organización de los Estados Americanos
OF	Oficina de la Fiscalía
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPDV	Oficina Pública de Defensa de las Víctimas
p.	Página
Para.	Parágrafo
PE	Plan de Emprendimiento
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
POPN	Plan para el Orden y Progreso Nacional
pp.	Páginas
RLV	Representación de las Víctimas.
RPA	Respuesta a las Preguntas Aclaratorias
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SA	Sala de Apelación
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SPI	Sala de Primera Instancia
t.	Tomo
TDH	Teoría del Dominio del Hecho

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TP	Trabajos Preparatorios
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Vol.	Volumen

I. LOS HECHOS

1. El 4,7% de la población total de la República de Querón es indígena y el 91.3% son descendientes de familias Tulipinas provenientes del imperio de Tulupia y mestizos.

2. El señor William Cortes, tomó posesión de la presidencia el día 23 de marzo de 2007 y, como estrategia para disminuir los altos índices de criminalidad en las principales ciudades, implantó un plan de educación basado en el fortalecimiento de los valores y tradiciones católicas ortodoxas en la sociedad y la exaltación de los símbolos patrios como valores esenciales de los ciudadanos de la República de Querón.

3. El gobierno de Querón, de la mano del Ministerio de educación, fijó un plan de emprendimiento (PE) a partir del cual se inscribieron los niños y jóvenes en internados donde recibían educación sobre la historia, valores y cultura de la República de Querón. Dicha implementación se inició el 11 de junio de 2010 y estuvo abierta para toda la comunidad y no solo para los grupos indígenas.

4. El diseño concebía el otorgamiento de becas a todos los niños y niñas indígenas menores de 18 años, para que viajaran desde sus territorios ancestrales a internados en las tres ciudades principales de Querón. Asimismo, se incluía un plan nutricional centrado en el consumo de carne animal, contrariando la dieta vegetariana de las culturas indígenas de Querón. Por las horas en que se planeó suministrar las tres comidas del día, los niños indígenas no pudieron realizar sus rituales tradicionales de saludo al sol y a

la luna. Además, ninguno de los libros incluidos en el plan de estudios hizo alusión alguna a la historia de las comunidades indígenas, cuya cosmología depende en gran medida de la tradición oral. Por estar internados, además, los niños no pudieron asistir a los rituales que semanalmente celebraban sus comunidades.

5. El uso de uniforme fue obligatorio y no estaba permitido a los estudiantes portar indumentaria indígena tradicional. El traje escolar clasificaba a los estudiantes de acuerdo a grupos etarios y consistía de un pantalón de color azul oscuro, y una camisa con un crucifijo ortodoxo a la altura del pecho, el Escudo de Armas de la nación sobre la manga derecha y la bandera de la República sobre la manga izquierda. Cada mañana la jornada de estudios iniciaba con el canto del himno nacional y una misa cuya asistencia era obligatoria.

6. El gobierno emitió la Resolución LHS-50 del 15 de mayo de 2010 mediante la cual se emitieron directrices a los directores de los Colegios, quienes tenían que realizar la selección de los niños y adolescentes aptos para cursar los estudios ofrecidos. La normativa ordenaba, además, el registro de todos los niños y adolescentes que ingresaban a los Colegios y eran entregados en adopción a familias Querónenses descendientes de tulupinos. Así, era responsabilidad de los directores informar al Ministerio de Educación sobre la llegada de nuevos niños a sus Colegios.

7. A su vez, los directores debían elaborar, firmar y enviar semestralmente al Ministerio listas de todos los niños inscritos en sus respectivas escuelas. También, ellas debían incluir la información de identificación de los padres del niño, el lugar de nacimiento y las calificaciones obtenidas hasta ese momento en el Colegio. Después de mostrar su desacuerdo con el plan de estudios impuesto, varios directores renunciaron a su puesto.

8. De forma paralela a la implantación de estas políticas educativas, el gobierno propuso al Congreso modificaciones al Código Penal para criminalizar a los padres y madres que no otorgaran educación a sus hijos. El Legislativo aprobó estas modificaciones con la introducción del artículo

666 del Código Penal. Poco tiempo después, la Fiscalía General de la Nación empezó varias investigaciones sobre este delito. En la mayoría de los casos se impulsaron actuaciones contra padres indígenas, que habían decidido no enviar a sus hijos a los internados a pesar de que éstos calificaban para recibir la beca.

9. Algunas ONGs llamaron la atención sobre el hecho de que muchos de los profesores trasladados por “diferencias con los padres” de los niños o “licencia por enfermedad” coincidían con aquellos que habían sido denunciados por abusos sexuales; además, varios de ellos que supuestamente recibieron “licencia por enfermedad” seguían actuando en sus cargos como profesores en Colegios distintos a los que pertenecían inicialmente.

10. La República de Querón ratificó el Estatuto de Roma el 8 de mayo de 2004. Querón se mantiene actualmente como miembro de la ONU, del PIDCP, de la CPSDG, la CAT y los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Así mismo, ha ratificado todos los tratados del SIDH.

11. Luego de iniciar un examen preliminar sobre la situación de la República Democrática de Querón el 19 de junio de 2016, la Fiscal de la CPI solicitó autorización a la SCP X para iniciar una investigación conforme al artículo 15 (3) del ER. Una vez recibida la autorización por parte de la Sala, la Fiscal inició una investigación el 7 de enero de 2017.

12. El 24 de octubre de 2018 fueron dictadas por la CPI órdenes de arresto contra el señor William Cortez y su gabinete y los directores de los Colegios entre ellos el señor Rodrigo Marás. Él fue arrestado el 15 de junio de 2019 mientras dictaba una conferencia sobre modelos educativos contemporáneos en una reconocida universidad europea, procediéndose dos semanas después a su entrega a la CPI.

II. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR

En concordancia con la delimitación hecha por la SCP X sobre las cuestiones jurídicas a abordar, resulta determinante discutir el grado de responsabilidad que vincula al Sr. Rodrigo Marás. Al respecto, la Defensa se refiere a las siguientes problemáticas:

13. Por un lado, en relación con el dolo especial como presupuesto para definir la responsabilidad por complicidad en el delito de genocidio, la Defensa precisa con total claridad que la valoración de la complicidad en este marco, conforme al artículo 25 (3) (c) del ER, exige constatar una actuación con dolo especial de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Además, sobre esta base expone con precisión por qué las agresiones sexuales no pueden ser calificadas como crimen de genocidio y tampoco como CLH.

14. Por otro lado, la Defensa aclara por qué no son procedentes las medidas de protección a los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031 solicitadas por el equipo de la Fiscalía en su respectivo memorial (VI. La Tercera Cuestión Jurídica).

III. ARGUMENTOS ESCRITOS

15. En primer lugar, como lo estableció la SPI de la CPI, resulta necesario discutir algunos aspectos relativos al elemento subjetivo de la intervención como cómplice en lo que respecta al delito de genocidio. Frente a este crimen, como es de todos conocido, la CPI tiene competencia en razón de la delimitación que hace el artículo 6 del ER.

16. Es necesario recalcar que el genocidio es *“el conjunto de acciones que atacan las condiciones esenciales de vida de un grupo y que van dirigidas a*

exterminarlo”¹. En la estructura del tipo penal del genocidio se reconoce, en primer lugar, el *actus reus* o tipo objetivo del delito, que comprende varios de los actos que se encuentran enumerados en el artículo 6 del ER.

17. En segundo lugar, el *mens rea* o tipo subjetivo corresponde la intencionalidad del agente a la hora de cometer el delito. Como lo concibe mayoritariamente la doctrina², en el delito de genocidio se distinguen dos elementos subjetivos: uno general, que se denomina dolo; y, otro específico, que se concreta en la intención de destruir. La intención general normalmente hace referencia a todos los elementos objetivos en la definición de los delitos (*actus reus*), lo cual abarca un elemento cognoscitivo (conocimiento) y otro volitivo (intención).

18. En el caso del genocidio, la intención general se refiere al encabezamiento del delito, es decir, a la lista de actos típicos dirigidos contra uno de los grupos protegidos³; por ende, el sujeto activo debe saber que sus acciones se dirigen contra uno de los grupos protegidos, pues ésta es una circunstancia fáctica, tal como la define el artículo 30 del ER. En relación con el elemento subjetivo es condición que quien incurra en el crimen de genocidio obre con dicho elemento para que se satisfaga el tipo penal.

19. La Defensa reconoce que la CPI tiene competencia para el juicio de los crímenes cometidos y para determinar la responsabilidad individual frente a los mismos a partir de los contenidos del ER. Al respecto y con la convicción de que el Señor Rodrigo Marás es inocente, la Defensa establecerá a través de este Memorial las razones fácticas y jurídicas por las cuales a la luz del ER y de las obligaciones generales de derecho internacional, no se incurrió en

¹ LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944, p. 79.

² Véase por todos AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, KAS-Temis, Montevideo, 2006, pp. 117 ss.

³ AMBOS, K., “¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?”, *Revista Penal* 26 (2010), p. 47 y nota a pie 3 y 4 con más referencias.

CLH, genocidio o cualquier otro tipificado en el ER y de competencia de la Honorable CPI.

IV. PRIMERA CUESTIÓN JURÍDICA

20. En relación con este aspecto es importante decir que la OF no ha podido comprobar a través del Escrito de Acusaciones y de los informes rendidos ante esta Corte, que el señor Rodrigo Marás haya actuado con la intención de “*destruir en todo o en parte un grupo nacional protegido*”, tal como exige el elemento subjetivo adicional del tipo del crimen de genocidio.

21. Una interpretación auténtica del ER permite entender, tal como lo concibe la Defensa, que un análisis literal de dicha disposición es insuficiente. Además, como se ha constatado en los pronunciamientos de los Tribunales *Ad-hoc*, la comprobación de la existencia de dicho elemento subjetivo adicional significa un trabajo demasiado arduo y complejo, que aún no ha sido realizado por la OF.

22. Aunque es innegable que la comprensión del elemento subjetivo adicional ha sido progresivamente flexibilizada por vía jurisprudencial, sigue siendo ineludible la comprobación jurídica y fáctica de dicho elemento subjetivo adicional, lo cual no es demostrable frente al señor Rodrigo Marás ni se desprende de sus actuaciones. Esta notoria comprensión encuentra jurisprudencialmente su respaldo en pronunciamientos de Tribunales penales internacionales⁴, a partir de los cuales se hace necesaria una inferencia

⁴ Véase TPIR, *Prosecutor vs. Akayesu*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, para. 498, 508-509; *Prosecutor vs. Rutaganda*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-3-T, 6 de diciembre de 1999, para. 53, 59; En el caso del TIPY, véase *Prosecutor vs. Krstić*, Trial Judgment, Case No. IT-98-33-T, 2 de agosto de 2001, para. 509 y 616; *Prosecutor vs. Jelisić*, Prosecutors Pre-Trial Brief, Case No. IT-95-10-PT, 19 de noviembre de 1998, para. 3.1.; véase también *Prosecutor vs. Jelisić*, Trial Judgment, Case No. IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999, para. 42; *Prosecutor vs. Krstić*, Trial Judgment, Case No. IT-98-33-T, 2 de agosto de 2001, para. 569.

de la presencia del elemento subjetivo adicional a través de acciones de facilitamiento en las que medie el conocimiento del cómplice.

23. Así, pues, la Defensa solicita a la Corte que, al evaluar el elemento subjetivo adicional exigido en decantada jurisprudencia de Tribunales Internacionales, ello se haga teniendo en cuenta lo que el tratamiento del problema jurídico representa para el cómplice en relación con el elemento subjetivo adicional. Al respecto, la Defensa demuestra las razones por las que la tesis más pertinente para discutir el facilitamiento y/o conocimiento en la aplicación del elemento subjetivo adicional, debe ser la de la teoría del dominio del hecho.

A. La Teoría del Dominio del Hecho

24. Es importante resaltar que en la actual jurisprudencia de la CPI se mantiene una interpretación tendente a sostener un sistema diferenciado frente a los modos de intervención en el hecho punible, en cuya virtud se distingue al autor del partícipe a partir del criterio del dominio del hecho. Con esta pauta se entiende que el autor tiene el dominio funcional del hecho y, al contrario, es algo de lo que no dispone el partícipe. Dicha postura ha sido adoptada por la jurisprudencia de la CPI en los casos de *Katanga*⁵, *Lubanga*⁶, *Bemba* (tanto en la confirmación de cargos⁷ como en la condena⁸), en los cuales el partícipe responde de una forma diferenciada respecto al autor, estableciendo así unos causantes principales y otros accesorios al hecho⁹.

⁵ CPI, SPI II, Prosecutor *vs.* Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3484-tENG, 23 de mayo de 2014, para. 28.

⁶ CPI, SPI I, Prosecutor *vs.* Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, 10 de julio de 2012, para. 54.

⁷ CPI, SPI III, Prosecutor *vs.* Bemba Gombo, *Confirmation of Charges* (ICC-01/05-01/08-424), 15 de junio de 2009.

⁸ CPI, SPI III, Prosecutor *vs.* Bemba Gombo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute* (ICC-01/05-01/08-3343).

⁹ Tres han sido los exponentes más importantes de la TDH: Roxin, Maurach y Welzel, autores en los que, por supuesto, se respaldará la Defensa para explicar a esta Corte las

25. La TDH se basa en el entendimiento de la autoría como una realización del tipo en sentido material. Su primera formulación se hizo en el año 1933, cuando se dijo que “Lo esencial para la autoría no es solo la concurrencia de una voluntad cuyo contenido sea cometer el hecho como propio, sino que debe además producirse la realización de esta voluntad de tal modo que se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización”¹⁰. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva que persigue la producción del resultado, complementando la teoría del dolo con la teoría del dominio del hecho en su parentesco objetivo.

26. Según se ha expresado, estos desarrollos tienen antecedentes muy importantes en los planteamientos de *Welzel* quien, en el año 1939, desarrolló el concepto del “dominio final del hecho”. Para este autor, “el criterio esencial del dominio del hecho no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho”. “Al respecto, corresponde el dominio del hecho a aquel que, con consciencia de la finalidad, lleva su resolución de voluntad a la realización”¹¹.

27. La TDH tiene, además, una recepción amplia en el espectro más importante de la doctrina jurídico-penal. Uno de los mayores exponentes es *Roxin*, quien considera que es *autor de un delito activo doloso* el que domina el hecho y entiende que tal dominio se manifiesta en cuatro formas diferentes:

razones por las cuales se debe aplicar al caso concreto la TDH. Es de anotar que esta teoría es válida básicamente para los delitos de comisión dolosa y, por lo tanto, no tiene la pretensión de resolver todos los problemas de la autoría y la participación.

¹⁰ SCHELLER, A., “La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana”, *Revista de Derecho* 35 (2011) Universidad del Norte, p. 246.

¹¹ Cfr. BACIGALUPO, E., “La noción de autor en el Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1966) pp. 283-285; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal Español, II: El Hecho Punible*, Ed. Akal, Madrid, 1985, p. 166. Sin embargo, este primer acercamiento a la TDH pierde claridad con la aplicación del criterio de la finalidad, ya que se desdibuja la distinción entre autoría y participación, pues en los delitos dolosos los autores, inductores y cómplices actúan de igual manera finalmente y, por ello, no pueden distinguirse exclusivamente con ayuda de este elemento.

como *dominio de la propia acción* dolosamente ejecutada, como el que se ejerce *dominando la voluntad de otro* que obra coaccionado o sobre la base de un error, como el ejercido a través de un *aparato organizado de poder* y como el ejercido *funcionalmente*¹² mediante una aportación importante al delito ejecutado conjuntamente con otros.

28. Estas construcciones ya fueron desarrolladas por *Maurach*¹³, con quien se pueden sintetizar las consecuencias más importantes de la TDH que permiten problematizar el caso que nos convoca: la cuestión de cuando el cooperador es autor y cuando es un partícipe, porque no todo el que hace una aportación necesaria –siempre y en todos los casos– tiene el dominio del hecho.

29. Esta postura es la que hoy prima en la doctrina. La misma ha sido adoptada en el mundo de habla hispana por autores como Bacigalupo, para quien se entiende que la TDH asume tres formas diversas: *dominio de la propia acción*, *dominio del hecho a través del dominio de la acción ejecutiva de otro* (autoría mediata), *dominio conjunto con otro del hecho* (dominio funcional del hecho o coautoría) y *dominio de la acción de otros mediante un aparato organizado de poder*¹⁴.

30. A fuer de ser repetitivos, se debe señalar que la doctrina y la jurisprudencia conciben tres características principales de la TDH que resultan muy relevantes para que se pueda comprender su aplicación en el caso que nos convoca. En primer lugar, se puede dominar el hecho llevando a cabo su ejecución de propia mano, de manera más precisa, de propio cuerpo y convirtiéndose así, a través de su acción, en el centro del acontecimiento,

¹² ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito*, Aranzadi, Pamplona, p. 75.

¹³ MAURACH, R. *et al.*, *Tratado de Derecho Penal*. Vol. II, Astrea, Buenos Aires 1995, pp. 287 ss.

¹⁴ “La teoría del dominio del hecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Manuel da Costa/Maria Antunes/Susana Aires de Souza (coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 61-76.

característica que predomina en la *autoría inmediata*. En segundo lugar, se puede dominar el acontecimiento, sin tener que participar en la realización típica o colaborar de otra manera, mediante fuerza o engaño, se hace referencia al dominio de la voluntad que confiere su impronta a la *autoría mediata*. En tercer lugar, se puede dominar la realización típica desempeñando, en división del trabajo con otros, una función esencial para el éxito del hecho en la ejecución, de tal manera que el dominio funciona como la esencia de la *coautoría*.

31. El problema va más allá de la mera causalidad. En este sentido se ha sostenido que el criterio aplicable para establecer cuando la cooperación necesaria determinaba la autoría es el del codominio del hecho, y que ello dependía de si el agente había tomado parte o no en el momento en la ejecución. Por el contrario, cuando la contribución necesaria había sido prestada en la fase de la preparación, sin tomar parte en la ejecución, el cooperador debía ser considerado partícipe (cooperador necesario)¹⁵.

B. Sobre la ausencia de dominio del hecho por parte del señor Rodrigo Marás

32. Bien analizadas las circunstancias fácticas y decantado el filtro dogmático más relevante para entender el concurso de personas en el hecho punible, es posible entender por qué el señor Rodrigo Marás no incurrió en un favorecimiento del cual se pudiera inferir la presencia del elemento subjetivo adicional del tipo del crimen de genocidio. Dicho de forma más concreta: el señor Rodrigo Marás con su actuar no aportó de ninguna manera a la comisión del crimen a lo largo de la República de Querón.

33. El señor Rodrigo Marás no pudo haber tenido dominio de los hechos sometidos a discusión en el presente caso, ni por propia acción ni mediante autoría mediata, puesto que su supresión de la cadena educativa no

¹⁵ *Ibidem.*

iba a cambiar el resultado de un contexto nacional; lo que, en el contexto de la teoría de la imputación objetiva elaborada por *Roxin*, significa que ese resultado no le es atribuible a su actuar. Esto es, precisamente, así, porque su ámbito de obligaciones no correspondía a una motivación propia sino que pertenecía al marco legal que el ordenamiento jurídico de Querón había dispuesto para las personas que ejercían la profesión y el cargo de director de Colegio. Esto permite entender, también, por qué el señor Rodrigo Marás tampoco fue cómplice puesto que la supresión del mismo de la esfera criminal nada hubiera evitado.

34. El señor Rodrigo Marás no actuó dominando el hecho genocida en relación con el desplazamiento forzado de las comunidades indígenas de la República de Querón. Por eso, aunque se suprimiera la existencia del director educativo el crimen hubiese continuado ejecutándose a lo largo del Estado de Querón, dado que quien tenía el verdadero dominio del hecho era el presidente de la República, quien –valiéndose del aparato estatal– desplegó diversas políticas públicas abiertamente contrarias a los DD.HH. que se adecuaba, de forma evidente y clara, al crimen de genocidio en la forma como se prevé en el artículo 6 (e).

35. El señor Rodrigo Marás no podía, además, controlar el desenvolvimiento del crimen dado que en su calidad de director de un Colegio no estaba en capacidad de enfrentarse a toda una política de Estado que no solo concebía los espacios del Colegio Caballeros de la Misericordia, sino que se extendía por diversas instituciones permeando diferentes autoridades públicas e invadiendo todos los espacios educativos en el país.

36. En esa medida, la tesis de la OF terminaría constituyendo una pendiente resbaladiza que no tendría en cuenta la aplicación que, por vía jurisprudencial, ha hecho la CPI sobre la TDH y terminaría por insinuar que todos los actores que, obligados por el ordenamiento interno, desempeñaron funciones legales, son responsables por el crimen de genocidio. Omitiría la OF la imputación de los verdaderos responsables y generaría cargas ciudadanas enormes.

37. Los argumentos de la Defensa permiten establecer que, en primer lugar, la exposición de la OF es insuficiente y errada para demostrar que el elemento subjetivo adicional estuviera presente en el actuar de Rodrigo Marás y que, por lo tanto, el despliegue de su ámbito obligacional y legal estuviera permeado por la intención de destruir en todo o en parte a las comunidades indígenas a través de procesos de asimilación cultural.

38. Dado que no existen elementos de prueba que permitan probar la existencia de dicho elemento subjetivo adicional propio del crimen del genocidio y, a pesar de que en la jurisprudencia de los Tribunales *ad-hoc* se ha dicho que aquel (tanto el conocimiento como el favorecimiento) se puede inferir de un compendio de actuaciones, la Defensa considera esta relativización del elemento como muy problemática porque lesiona enormemente la seguridad jurídica no solo de los individuos sujetos a juicio ante la CPI, sino, también, de las víctimas, pues llevaría a responsabilizar a quienes no necesariamente han sido sus victimarios.

39. La OF tampoco ha logrado acreditar elementos sustanciales mediante los cuales se pruebe que el señor Rodrigo Marás actuó favoreciendo y conociendo un contexto genocida y que, además, tenía el dominio del hecho. La posición de la OF es sesgada y equivocada en su razonamiento puesto que no examina las obligaciones del señor Marás derivadas del ordenamiento jurídico interno y, a partir de ello, le imputa una situación de elección voluntaria en cuya virtud cualquiera que sea su respuesta a los hechos, le generaría una responsabilidad interna o internacional casi a la manera de una responsabilidad objetiva y terminaría en el mismo resultado de asimilación cultural.

C. Conclusión

40. Por todo lo expuesto, resulta concluyente la ausencia del elemento subjetivo adicional y del propósito de facilitamiento por parte del señor Rodrigo Marás. La Fiscalía no ha podido comprobar, de ninguna manera, que el señor Marás llevó a cabo las obligaciones relativas a su cargo con la

intención de “destruir en todo o en parte a un grupo nacional protegido”, tampoco que el mismo actuó con el propósito de facilitar la comisión de algún delito. Lo anterior es importante, dado que el elemento subjetivo adicional es aquel que “distingue al genocidio de otros delitos o crímenes internacionales”¹⁶.

41. Por lo anterior, la Defensa considera que el señor Marás debe ser absuelto frente a la imputación formulada por la Fiscalía de la CPI, por no encontrarse elementos que comprueben que hubo una “intención genocida” que haya motivado al desarrollo de sus funciones legales queriendo destruir de manera parcial o total a las comunidades indígenas en Querón.

V. SEGUNDA CUESTIÓN JURÍDICA

42. En este apartado del escrito, la Defensa considera que los actos de violencia sexual que se discuten en el presente caso no son constitutivos del crimen de genocidio ni de CLH.

43. En primer lugar, se hace un repaso de los elementos necesarios para la configuración de los crímenes de genocidio dados por el ER y por los Elementos de los Crímenes, como fuente interpretativa del ER. En segundo lugar, aborda los hechos fácticos en el caso concreto del Señor Rodrigo Marás; y, por último, en tercer lugar, se procede a demostrar que contrastando los elementos del genocidio con el caso concreto, el señor Rodrigo Marás no cometió crimen de genocidio durante el tiempo en el cual se desempeñó como director del Colegio Caballeros de la Misericordia.

44. De igual manera, se precisan los elementos y requisitos necesarios para la constitución de un CLH. Luego, se discuten los hechos concretos desarrollados al interior de la República de Querón para, así, concluir que el

¹⁶ Prosecutor *vs.* Jelisić, *supra* nota 234, para. 71; Prosecutor *vs.* Krstić, *supra* nota 234, para. 571.

señor Marás no es responsable del CLH por los sucesos que se presentaron en el Colegio Caballeros de la Misericordia.

A. Sobre la violencia sexual y el genocidio

1. Acerca de la jurisprudencia internacional y la doctrina

45. Sin duda alguna, los actos de violencia sexual son objeto de rechazo internacional y, en esa medida, se posibilitan diferentes tipificaciones que permiten adecuarlos como un crimen independiente más allá de aquel que contiene el mismo artículo 7 (1) (g) del ER¹⁷. Este artículo solo endilga responsabilidad respecto de la violación, desde la óptica del bien jurídico de la honra y el buen nombre y no comprende una responsabilidad como la que podría llegar a tener una conducta de agresión sexual en la modalidad de genocidio.

46. A pesar de lo anterior, se pueden observar distintas decisiones en las que se permite adecuar la agresión sexual como una modalidad de tortura y de genocidio. Así sucede, por ejemplo, con la jurisprudencia del TPIR en la sentencia de *Akayesu*, cuyo caso supuso un desarrollo jurisprudencial para el derecho internacional en virtud del cual puede hablarse de categorías genocidas de forma extensiva siempre y cuando esté presente el elemento subjetivo adicional o la intención “*en todo o en parte de destruir un grupo nacional protegido*”¹⁸.

¹⁷ ONU, Asamblea General, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, [En línea] 17 de julio 1998. Disponible en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [Consulta: 04.10.2020].

¹⁸ Sentencia *Akayesu*, *supra* nota 234, para. 508-509; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra* nota 234, para. 53.

47. Igualmente, en la sentencia del TPIY del 14 de diciembre de 1991 contra el señor *Jelusic*¹⁹ el Tribunal afirma que de hecho la *mens rea*, es decir, la mente culpable o su *dolus specialis* “**le confiere al genocidio su especificidad, y lo distingue de un delito común y de otros crímenes contra el DIH**”²⁰. No obstante, la Sala que juzgó al *Jelusic* dispuso que no solo basta el mero conocimiento sino que, además, debe estar presente el elemento subjetivo adicional²¹. En el año 1999, *Jelusic* fue absuelto del delito de genocidio por no encontrarse razón para creer que tenía la intención de exterminar, con lo cual se demuestra la importancia de la intención adicional para lograr el enjuiciamiento en una modalidad genocida.

48. Adicionalmente, en la sentencia del TPIY del 14 de enero de 2000 en el caso *Kupreskic*, éste fue absuelto por el Tribunal. En este juicio, dicho Tribunal formuló una declaración que contiene una definición tácita de genocidio: “(es un crimen) cometido contra personas que pertenecen a un grupo específico y que son consideradas como blanco por esa pertenencia [...] Lo que importa es la intencionalidad de establecer una discriminación: atacar a personas por sus características étnicas, raciales o religiosas... **Esa intencionalidad ha de estar acompañada por la intención de destruir total o parcialmente al grupo al que las víctimas del genocidio pertenecen**”²².

49. En la misma línea argumentativa, la SPI en el caso *Krstić* sostuvo que el genocidio solo incluye actos “**cometidos con la intención de destruir en todo o en parte del grupo**”²³. En este caso, *Krstić* fue condenado por

¹⁹ Prosecutor *vs.* Jelusic, *supra* nota 234, para. 3.1. Case No. IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999.

²⁰ *Ibidem*, para. 223 (énfasis fuera del original).

²¹ Prosecutor *vs.* Jelusic, *supra* nota 234, Case No. IT-95-10-PT, 19 de noviembre de 1998, para. 3.1 Case No. IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999, para. 42; Prosecutor *vs.* Krstić, *supra* nota 234, para. 569.

²² Prosecutor *vs.* Kupreskic *et al.*, Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, para. 636 (énfasis fuera del texto original).

²³ Prosecutor *vs.* Jelusic, *supra* nota 234, para. 71; Prosecutor *vs.* Krstić, *supra* nota 234, para. 571 (énfasis fuera del texto original).

genocidio, fundamentando la existencia de su intención de matar “*hombres en edad militar bosnios musulmanes de Srebrenica*” en el hecho de que estaba “*de forma innegable (...) al corriente del terrible impacto*”²⁴ que las matanzas tendrían en la comunidad.

50. Asimismo, en las sentencias de los casos *Blagojevic y Brdjanin*, también el TPIY asumió un enfoque orientado a un fin (intención genocida) y rechazaron que el mero conocimiento fuera suficiente para la configuración de una modalidad extensiva de genocidio²⁵. Por último, la orden de captura emitida por la CPI en el caso de *Omar Albashir*, la Corte, fue enfática en decir que la aceptación del mero conocimiento y desconocimiento del elemento subjetivo adicional solo traería consecuencias para los responsables de rango inferior o medio y ello no es, por tanto, relevante para la CPI. La mayoría de la Sala (con el voto particular de la juez *Ušacka*) rechazó el cargo por genocidio, argumentando que de las pruebas valoradas se deducía que la intención genocida “no es la única conclusión razonable” a tener en cuenta²⁶.

2. Sobre los hechos concretos al interior del Colegio Caballeros de la Misericordia que podrían generar responsabilidad internacional para el Sr. Rodrigo Marás

51. La Defensa entiende la gravedad de los hechos sometidos a juicio ocurridos en la República de Querón, donde se desarrolló un actuar manifiestamente genocida que tenía como objeto la asimilación cultural de las tribus indígenas que, históricamente, habían habitado su territorio. Ello se propició a partir de diferentes elementos normativos impulsados con base en

²⁴ Prosecutor *vs.* Krstić, *supra* nota 234, para. 571 (énfasis fuera del texto original).

²⁵ TIPY, Prosecutor *vs.* Blagojevic & Jokic, Trial Judgment, Case No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005, para. 656, Prosecutor *vs.* Brdjanin, Trial Judgment, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, para. 695.

²⁶ Prosecutor *vs.* Al Bashir, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009 (ICC-02/05-01/09), para. 139-40.

la iniciativa del Gobierno Nacional, que buscó a través de leyes y resoluciones de la República establecer una estructura educativa con cobertura para las comunidades indígenas. Dicho plan educativo tenía como propósito alejarlas de todas aquellas costumbres que conformaban su cosmovisión e idiosincrasia y de todo aquello que figurara como la espina dorsal de su existencia y su desenvolvimiento histórico como comunidad.

52. Sin desconocer la gravedad de lo anterior, es importante también resaltar que el señor Marás no tuvo una incidencia directa en la configuración y/o fabricación de dicho contexto genocida que tuvo como víctimas a comunidades indígenas tales como la comunidad Castella, Tiebo y Crusnur, entre otras. Nuestro defendido no trabajaba directamente para el Gobierno Central, no participó en los debates legislativos que aprobaron las leyes que construían el PE y el POPN, no era miembro de las comisiones del Ministerio de Educación ni estuvo presente durante el proceso de creación de todas aquellas normas que tuvieron las consecuencias expuestas a lo largo de los HC. El papel del Señor Rodrigo Marás fue hasta el momento de su captura, simplemente el de director de un Colegio que, alejado de la vida nacional, obedecía como cualquier ciudadano a normas legalmente establecidas en un Estado de Derecho. Resulta indiscutible que él estaba obligado a acatar y desarrollar las directrices normativas de la República, entre ellas la emitida a la manera de PE en el Colegio Caballeros de la Misericordia.

53. Por esta razón, la Defensa advierte que la postura de la OF en el Escrito de Acusaciones del 25 de abril de 2019 es desconocedora del contexto que enmarca los hechos sometidos a juicio, pues induce a pensar que se deben juzgar los hechos ocurridos en Querón con base en la fórmula de una pendiente resbaladiza en virtud de la cual los responsables de rango inferior, un gran número de sujetos que no aportaron esencialmente a la construcción del contexto genocida en Querón, son responsables. Esto no solo es errado sino, también, problemático, pues conduciría a eximir de toda responsabilidad al conjunto total de instituciones, actores judiciales y miembros del Estado que no se opusieron a través de mecanismos constitucionales a la implementación del PE y al POPN.

54. Por ello, la Defensa solicita a la CPI que el juzgamiento de los crímenes se haga a sus verdaderos autores. No solo porque de esta manera se realizaría su propósito fundacional, sino, además, para evitar estimular impunidades sobre los inductores de dichas reformas, quienes son los realmente responsables de la sistemática violación de DD.HH. y de los crímenes penalmente reprochables en Querón. El señor Marás no tiene que soportar una carga que supera su nivel de conocimiento y responsabilidad, pues no tenía la capacidad de frenar una política genocida de Estado.

55. Ahora bien, sobre los hechos ocurridos al interior del Colegio Caballeros de la Misericordia, la Defensa no encuentra que en los HC o en las RPA se dilucide alguna circunstancia a partir de la cual se pueda llegar a concluir que el Señor Rodrigo Marás conocía, contribuyó o tenía la intención de destruir a los grupos indígenas nacionales. Tal como lo muestra la Resolución LHS-50, las responsabilidades del señor Marás comprendían: 1) el deber de llevar a cabo la selección de los niños y adolescentes aptos para cursar los estudios ofrecidos; 2) asegurarse de que aquellos niños que vivían en las comunidades fuesen trasladados a las ciudades y asignados a una familia que estuviese dispuesta a adoptarlos, debía hacer seguimiento de los avances en la educación de cada uno de los niños inscritos en los Colegios; 3) aplicar sanciones en caso de incumplimiento de las reglas de vestimenta y comportamiento de las escuelas o en caso de inasistencia a las misas diarias por parte de los niños; 4) ordenar el registro de todos los niños, niñas y adolescentes que ingresaban a los Colegios y eran entregados en adopción a familias Querónenses descendientes de tulupinos; 5) firmar y enviar semestralmente al Ministerio listas de todos los niños inscritos en sus respectivas escuelas. Dichas listas debían, además, incluir la información de identificación de los padres del niño, el lugar de nacimiento y las calificaciones obtenidas hasta ese momento en el Colegio; y, 6) autorizar los traslados.

56. Lo anterior prueba que el Señor Marás obró en estricto cumplimiento de una orden legal emitida por la autoridad competente, verdadera causal de exclusión del injusto, y que, además, no se salió de los marcos legales existentes en la República de Querón como para llegar a concluir la existencia

de responsabilidad suya en la complicidad genocida por el simple hecho de desempeñar, conforme a la ley, su cargo de director. Al contrario, lo que demuestra esto es que todas aquellas acciones descritas y reprochadas por la OF, son producto de un plan orquestado por el Gobierno Nacional y, en los casos concretos, exigen el acatamiento a políticas de Estado en la que el señor Marás no tenía la carga de oponerse dado su papel inferior y casi irrelevante en el contexto del país. Esto denota, además, que el señor Marás no actuó por una convicción propia sino que su actuar hacia parte del rol social que le imponía el Estado de Derecho.

57. Por lo anterior, resulta imposible afirmar conforme a los requisitos de la Ley y la jurisprudencia, que el señor Marás actuó con intención de “destruir en todo o en parte a un grupo protegido”.

B. Sobre la violencia sexual y los CLH

1. La jurisprudencia en relación con los CLH y la violencia sexual

a. El ataque

58. Sobre este particular es preciso señalar que la noción de ataque no se reduce a meras hostilidades. De conformidad con el TPIY un “ataque” denota “actos que implican violencia”²⁷ por lo que, tratándose de CLH, se aleja de la noción propia del DIH. En efecto, “en materia de crímenes de lesa humanidad, el ataque no se limita a las hostilidades, sino que también puede comprender situaciones donde malos tratos son infringidos a personas que no participan directamente en las hostilidades, personas detenidas, por ejemplo”²⁸. Asimismo, en el reciente fallo del caso *Jean Pierre Bemba Gombo* la CPI señaló que el “ataque” no alude necesariamente a un “ataque militar” sino a cualquier “campana u operación

²⁷ FORER, A./LÓPEZ, C., *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, GTZ-Profis, Bogotá, 2010, p. 17.

²⁸ *Ibidem*.

en contra de la población civil”²⁹, en consecuencia, la simple comisión de los crímenes previstos en el artículo 7° del ER se entienden como “ataque”.

b. La generalidad o la sistematicidad

59. La *generalidad* o la *sistematicidad* son características notorias de los CLH. Al respecto, el TIPY señala que “El ataque «generalizado» se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas”; y [...] “la calificación como «sistemático» del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia”³⁰. En relación con la acreditación de la *sistematicidad*, para la jurisprudencia del TPIY no es necesario probar una política o un plan criminal, sino que basta simplemente con demostrar “la naturaleza organizada de los actos delictivos”³¹.

60. Al respecto, resulta particularmente ilustrativa la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en relación con el artículo 7 ER cuando señala:

“a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, es decir que esté dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, inscribe un plan criminal cuidadosamente orquestado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo estatuto; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, ya sea por motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales”³².

61. En suma, mientras que el vocablo *sistematicidad* hace alusión a la naturaleza organizada de los actos delictivos (*elemento cualitativo*) el término

²⁹ Prosecutor *vs.* Bemba Gombo, *supra* nota 238.

³⁰ FORER/LÓPEZ, *supra* nota 257, p. 18.

³¹ *Ibidem*.

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 13 de mayo de 2010 N° 33118 y Sentencia de 22 de septiembre de 2009 N° 30380. M.P. María del Rosario González.

generalidad se refiere a que el ataque se dirija en contra de una multitud de personas (*elemento cuantitativo*).

c. Contra la población civil

62. La configuración de un CLH exige que el ataque de que se trate esté dirigido contra *la población civil*. De conformidad con la Cámara de Apelaciones del TPIY, el término *población civil* debe interpretarse en concordancia con los artículos 50 del Protocolo I Adicional y IV A del III Convenio de Ginebra, lo cual permite concluir que los combatientes o aquellos que por cualquier razón han depuesto las armas no tienen la condición de *población civil*³³. No obstante, en el DIH el vocablo *población civil* se define de conformidad con el *status material* de que trata el artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra, en virtud del cual tendrán tal condición no solo las personas que no toman parte en las hostilidades sino, también, los combatientes enfermos, heridos, detenidos o quienes han dispuesto las armas, entre otros.

63. Así las cosas, en tratándose de CLH será la situación fáctica de la víctima (no tanto su estatus formal) al momento de comisión de los crímenes, lo que determine la condición de miembro de la población civil. Asimismo, serán población civil los grupos humanos de *naturaleza predominantemente civil* lo cual implica que la presencia de algún elemento ajeno a tal condición en un grupo civil no altera su naturaleza³⁴. Además, es preciso considerar el método utilizado en el ataque, el estatus de las víctimas, su número y la naturaleza discriminatoria del ataque, entre otros factores³⁵.

³³ FORER/LÓPEZ, *supra* nota 257, p. 22 y nota a pie 41 con referencia a la TPIY. *Caso Mile Mrksic And Veselin Slijivancanin*. Sentencia de 5 de mayo de 2009, para. 41 y el *Caso Blaskic*, Sentencia de segunda instancia del 29 de julio de 2004, para. 114.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ FORER/LÓPEZ, *supra* nota 257, p. 24 y nota a pie 48 con referencia a la TPIY. Cámara de Apelaciones. *Caso Kunarac*, 12 de junio de 2002. “*the expression «directed against» is an expression which species that in the context of a crime against humanity the civilian population is the primary object of the attack*”. En términos generales, el *status* de población civil a las

64. Por último, la expresión *población civil* en tratándose del CLH requiere la presencia de crímenes de *naturaleza colectiva*, lo cual excluye *per se* todos aquellos actos aislados. En conclusión, tienen tal condición las personas que no participan en las hostilidades, y también los combatientes de la resistencia, enfermos, heridos, detenidos o quienes han depuesto las armas e incluso miembros de movimientos de resistencia. Será la específica situación de la víctima la que determine su condición, más allá de su estatus.

d. La acreditación de la generalidad o de la sistematicidad

65. En la comprensión del CLH resulta ineludible tanto el recuento de los hechos, la reconstrucción de los orígenes y dinámicas del contexto, como la demostración de un lazo evidente entre los delitos puntuales y del contexto, que son objeto imprescindible de consideraciones en cada decisión. Al respecto, si bien de la noción y del listado de conductas constitutivas del CLH se ocupan los estatutos internacionales y la misma jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, es de especial relevancia la jurisprudencia de la CorteIDH. Ésta señala algunos criterios relativos a la acreditación del contexto referente a las graves violaciones de DD.HH. que pueden resultar ilustrativos en relación con los CLH.

66. De conformidad con la jurisprudencia de la CorteIDH, a efectos de determinar cómo se acredita la sistematicidad o la generalidad en tratándose del CLH, resulta pertinente acudir a diversas fuentes tales como: Los informes de Organizaciones Internacionales, de Organizaciones no gubernamentales, de la Cruz Roja Internacionales, consideraciones de la Corte IDH, los informes del ACNUDH de Unicef, los Informes de los Comités de Naciones Unidas, los múltiples libros y estudios referidos al tema, la prensa, los testimonios,

personas que, aunque tengan en su poder armas, se extiende a quienes no participen en las hostilidades. Véase Reporte Final de la Comisión de Expertos establecida por la Resolución 780 del Consejo de Seguridad. para. 78. [En línea]. Disponible en <http://www.his.com/~twarrick/commxyu1.htm> [Consulta: 04.10.2020].

y, naturalmente, el contexto³⁶. De esta manera, podría decirse que rige un principio de libertad probatoria para acreditar los requisitos de *sistematicidad o generalidad*.

2. Sobre los hechos concretos al interior del Colegio Caballeros de la Misericordia que podrían generar responsabilidad internacional para el Sr. Rodrigo Marás.

67. Tal como lo expuso la OF en el Escrito de Acusaciones, no puede considerarse que los hechos ocurridos en el Colegio tengan la naturaleza de un CLH. Sobre este particular, la Defensa refuerza esa conclusión advirtiendo que no se cumplen los requisitos esenciales plasmados por el ER para considerar que dichos actos son CLH.

68. El señor Rodrigo Marás, en su calidad de director del establecimiento educativo, desarrolló las obligaciones a su cargo con apego a la ley vigente que fue objetada ni legal ni constitucionalmente por ningún organismo competente en la República de Querón. Además, aquellos actos de violencia sexual a estudiantes del plantel educativo no encuentran en el desempeño de la función del señor Marás una explicación causal. Ni en los HC ni en las RPA existe un solo suceso que logre comprometer al señor Marás con un CLH, ni siquiera con una intención dolosa de hacer daño a estudiantes del plantel educativo. Tampoco, puede vincularse al señor Marás con un “*modus operandi*” para la agresión sexual en el Colegio.

69. A pesar de lo anterior, la Fiscalía no repara en que tanto en la Resolución LH-50 como en PE y POP se encontraban previamente definidas las acciones que debería emprender cualquier director de Colegio en la República de Querón cuando se presentasen hechos de violencia sexual en una institución educativa.

70. La Defensa insiste en que no puede establecerse la comisión de un CLH en el caso concreto, por no configurarse los elementos esenciales de

³⁶ FORER/LÓPEZ, *supra* nota 257, pp. 27-29.

los mismos. Sobre la dimensión del ataque como sistemático o generalizado, considera que lo ocurrido en el Colegio es un hecho aislado y apartado del contexto nacional en el cual se encontraba la República de Querón. Este no fue un ataque indiscriminado, sino, tal vez, una conducta reprochable realizada por ciertos profesores quienes, ante la posición de vulnerabilidad de los estudiantes y en observancia de un contexto de nacional de desprotección, desplegaron actos de violencia sexual contra los estudiantes del Colegio.

C. Conclusión

71. Así las cosas, para la Defensa los actos ocurridos en el Colegio Caballeros de la Misericordia no pueden tratarse como un CLH al no configurarse los elementos esenciales exigidos por este crimen internacional, como son la sistematicidad y/o generalidad por tratarse de un hecho aislado. De encontrar la CPI que esto es un CLH se estaría vulnerando el principio de legalidad y el ER al desconocer dichos elementos. Sería completamente erróneo si se insiste en sostener que el Señor Marás, por el cumplimiento de las normas legalmente establecidas en la República de Querón, es responsable de tales actos.

VI. TERCERA CUESTIÓN JURÍDICA

72. A este respecto la Defensa sostiene que no es viable la aplicación de las medidas de protección solicitadas por la OF, tanto por la violación de DD.HH. reconocidos en diversos instrumentos internacionales como por la lesión del debido proceso y el derecho a la defensa. Esta posición, además, encuentra respaldo en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional.

A. Sobre la necesidad de expurgar la identidad de los testigos

73. Sobre el particular, la Defensa considera pertinente revisar la jurisprudencia del TEDH, uno de los tribunales internacionales que mejor se ha relacionado con casos en que su materia de conocimiento compromete los derechos que las medidas de protección de la OF referencian. Así, por ejemplo, es importante señalar las decisiones del TEDH en el caso *Kostovski*, en el cual se dijo que se había violado el artículo 6 (3) del CEDH “porque los tribunales holandeses fundamentaron la condena del ciudadano yugoslavo sobre declaraciones de testigos anónimos a los que no pudo interrogar ni menos contradecir porque no comparecieron en el juicio oral”³⁷. El Tribunal reafirmó la importancia del artículo 6 (3) (d) del CEDH recordando que el acusado tiene derecho como mínimo a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él³⁸.

74. En similar sentido, en el caso *Lüdi vs. Suiza*, el TEDH tuvo conocimiento de la situación en la que un miembro de la policía, cuya identidad y actividades eran conocidas por el Juez de Instrucción, se infiltró y declaró en contra de los acusados. En este caso se condenó con base en los “informes del agente que no declaró en el juicio y que no pudo ser interrogado por el acusado o su abogado defensor”³⁹.

³⁷ DEL CARPIO DELGADO, J., “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”, *Revista Penal* 19 (2007), p. 37.

³⁸ CONSEJO DE EUROPA (1950): Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1953. Asunto que encuentra un importante respaldo en el artículo 14 (3) del PIDCP donde se establece una obligación en el mismo sentido. Véase ONU, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966, [En línea], Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> [Consulta: 04.10.2020].

³⁹ DEL CARPIO DELGADO, *supra* nota 267, p. 38.

75. Como se puede observar de los casos precedentes, la constitución de una medida de protección como el anonimato, terminó cercenando el derecho de defensa de los acusados impidiendo que estos materializaran la posibilidad de controvertir las acusaciones de las presuntas víctimas. El TEDH terminó por desestimar y corregir los fallos a la luz de la CEDH por ser evidentemente errados frente a la garantía de defensa y el debido proceso. Para la Defensa, la medida de protección del anonimato a los testigos consistente en ocultarlos de la defensa, concreta un cercenamiento al derecho a la defensa del acusado y constituye una medida lesiva e imprevista de sustento normativo por parte de la OF.

B. La OF debe entregar el material probatorio y no resúmenes

76. Frente al numeral 2. de la tercera cuestión sobre aceptar la posibilidad de que la Fiscalía entregue a la Defensa los resúmenes y no el material probatorio, el ER en el artículo 68 (5) ha sido enfático al indicar que la OF solo puede recurrir a esta herramienta cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el ER constituya un peligro para la seguridad de los testigos o su familia. Esta no es una situación comprobada en el presente caso, pues no hay indicios que lleven a pensar en una posible amenaza contra los testigos.

77. A tal efecto, la CorteIDH hace un planteo muy importante para establecer cuando una situación concreta constituye un peligro para los testigos. Entre estas razones encontramos: (a) el tenor de las amenazas recibidas (mensajes orales, escritos, simbólicos etc.) y su materialización contra uno o más miembros de un grupo de personas; (b) los antecedentes de actos de agresión contra personas similarmente situadas; (c) los actos de agresión directa que se hubieren perpetrado contra el posible beneficiario; (d) el incremento en las amenazas que demuestra la necesidad de actuar en forma

preventiva; (e) y elementos tales como apología e incitación a la violencia contra una persona o grupo de personas⁴⁰.

78. Adicionalmente, debe considerarse la urgencia de la situación denunciada sobre la base de: (a) la existencia ciclos de amenazas y agresiones que demuestran la necesidad de actuar en forma inmediata; (b) la continuidad y proximidad temporal de las amenazas; (c) la existencia de un “*ultimatum*” creíble mediante el cual –por ejemplo– se le indique al posible beneficiario que debe abandonar la región donde habita o será víctima de violaciones. Los bienes amenazados en esta categoría –vida e integridad personal– sin duda constituyen el extremo de irreparabilidad de las consecuencias que el otorgamiento de medidas cautelares busca evitar⁴¹.

79. Atendiendo a las consideraciones de la CorteIDH, la Defensa procede ahora a exponer los motivos por los cuales debe entregarse todo el material probatorio y no solo los resúmenes por parte de OF al no constituirse un peligro a la luz del derecho internacional. En efecto, en primer lugar, de los hechos del caso no se deriva que existan amenazas con un tenor suficiente como para que la OF omita presentarlas declaraciones de los testigos, y a su vez, entregue resúmenes, de las mismas. No hay antecedentes de actos de agresión a los testigos en los HC ni en las RPA que nos lleven a esa conclusión.

En segundo lugar, tampoco se ha demostrado algún escalamiento de amenazas durante el proceso; por lo anterior, la OF no tiene suficientes argumentos para fundamentar la omisión de la entrega del material probatorio.

80. Por último, esta medida resulta lesiva para los intereses de los acusados porque no garantiza su derecho a la defensa, contrariando el artículo 46 (5) del ER donde se consigna expresamente que “Las medidas de esta índole

⁴⁰ CIDH. Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/V/II.124, Doc.5rev.1, 7 de marzo de 2006, para. 244.

⁴¹ *Ibidem*.

(entrega de resúmenes) no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos”.

C. Acerca de la expurgación de todos los nombres recogidos en las Listas 001 y 002 así como de información en las actas del procedimiento que pueda permitir la identificación de los testigos

81. Referente a las medidas solicitadas por la Fiscalía y siguiendo con la línea argumentativa antes expuesta, la expurgación de todos los nombres de los testigos en las actas públicas es una medida que menoscaba el debido proceso y, fundamentalmente, el principio de publicidad en el ámbito judicial-penal como correlato de un “*sistema democrático*”⁴².

82. La defensa de este principio es indiscutible. En primer lugar, en el ámbito internacional, aparece en el artículo 6 (1) y en el artículo (3) (a) de la CEPDHLF, equivalente al artículo 14 (1) del PIDCP⁴³, al declarar que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de una forma equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un Tribunal imparcial, y debiéndose pronunciar la sentencia de forma igualmente pública. Además, añade que la posibilidad de acceso a la Sala por el público y la prensa durante la totalidad o parte del procedimiento podrá ser prohibida atendiendo diversos criterios que el juez deberá ponderar. En segundo lugar, en la jurisprudencia de los Tribunales *Ad hoc* se defiende el derecho de todo acusado a “*ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él*”⁴⁴.

⁴² SAP, Audiencia Provincial - Barcelona, Sección 1ª, 30 julio 2004 (núm. Res. 509/2004), M.P. Francisco Javier Pereda Gámez.

⁴³ Al respecto FAYOS GARDÓ, A., “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2007), pp. 1-21.

⁴⁴ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra* nota 234, Case No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, para. 504, 711, 720.

83. Dado lo anterior, es importante resaltar que en el caso concreto no se vulnerarían los Derechos de las víctimas dando a conocer los nombres de los testigos a la Defensa, precisamente porque el señor Marás no constituye una amenaza frente a ellos y ha demostrado ser un hombre correcto en su papel como docente con gran trayectoria internacional (véase HC 37). Adicionalmente, debe resaltarse que él nunca se negó a cumplir la orden de arresto ni las medidas tomadas hasta el momento por la CPI.

84. Para concluir es claro que, si llegasen a proceder dichas medidas, se estaría afectaría el debido proceso y con él el derecho a la defensa del acusado de una forma desproporcional, al no permitir el conocimiento de los testimonios propuestos por las partes.

VII. PETICIONES

Así las cosas, honorables magistrados, nuestro respetuoso pedimento está enderezado a que de parte de la Honorable CPI se disponga lo siguiente:

85. Declarar que es necesario actuar con un dolo especial consistente en destruir en todo, o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso, para que se configure responsabilidad por complicidad, conforme al artículo 25 (3) (c) del ER.

86. Declarar que el señor Rodrigo Marás no actuó como autor o cómplice de CLH o de genocidio.

87. Negar las medidas de protección solicitadas por la OF dada sus implicaciones en los derechos procesales y sustanciales del Señor Rodrigo Marás y que dadas sus consecuencias atentan contra el debido proceso.

88. Solicitamos a la CPI fallar conforme a las normas de DIP, haciendo observancia al ER, a los Elementos de los Crímenes y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional sobre los aspectos acá discutidos.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, “¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?”, *Revista Penal* 26 (2010), pp. 46-64.
- AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, KAS-Temis, Montevideo, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique, “La noción de autor en el Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1966), pp. 283-285.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal Español, II: El Hecho Punible*, Ed. Akal, Madrid, 1985.
- BACIGALUPO, Enrique, “La teoría del dominio del hecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Manuel da Costa/Maria Antunes/Susana Aires de Souza (coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 61-76.
- CIDH, *Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc.5rev.1, 7 de marzo de 2006.
- COMISIÓN DE EXPERTOS. Establecida por la Resolución 780 del Consejo de Seguridad. Reporte Final [En línea]. Disponible en <http://www.his.com/~twarrick/commxyu1.htm> [Consulta: 04.10.2020].
- CONSEJO DE EUROPA, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de 13 de mayo de 2010 N° 33118 y Sentencia de 22 de septiembre de 2009 N° 30380. M.P. María del Rosario González.
- CPI, Prosecutor *vs.* Al Bashir, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009 (ICC-02/05-01/09).
- CPI, SPI I, Prosecutor *vs.* Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, 10 de julio de 2012.
- CPI, SPI II, Prosecutor *vs.* Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3484-tENG, 23 de mayo de 2014.
- CPI, SPI III, Prosecutor *vs.* Bemba Gombo, *Confirmation of Charges* (ICC-01/05-01/08-424), 15 de junio de 2009.

- CPI, SPI III, Prosecutor *vs.* Bemba Gombo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute* (ICC-01/05-01/08-3343).
- DEL CARPIO DELGADO, Juana, “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”, *Revista Penal* 19 (2007), pp. 35-51.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2007), pp. 1-21.
- FORER, Andreas/LÓPEZ, Claudia, *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, GTZ-Proffis, Bogotá, 2010.
- LEMKIN, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace. Washington, 1944.
- MAURACH, Reinhart *et al.*, *Tratado de Derecho Penal*. Vol. II, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- ONU, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 del 6 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999.
- ONU, Asamblea General, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, [En línea] 17 de julio 1998. Disponible en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [Consulta: 04.10.2020].
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito*. Aranzadi, Pamplona, 2014.
- SAP, Audiencia Provincial - Barcelona, Sección 1ª, 30 julio 2004 (núm. Res. 509/2004), M.P. Francisco Javier Pereda Gámez.
- SCHELLER D'ÁNGELO, A., “La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana”, en *Revista de Derecho* 35 (2011) Universidad del Norte.
- TIPY, Prosecutor *vs.* Jelisić, Prosecutors Pre-Trial Brief, Case No. IT-95-10-PT, 19 de noviembre de 1998.
- TIPY, Prosecutor *vs.* Jelisić, Trial Judgment, Case No. IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999.
- TIPY, Prosecutor *vs.* Kristić, Trial Judgment, Case No. IT-98-33-T, 2 de agosto de 2001.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Akayesu, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Rutaganda, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-3-T, 6 de diciembre de 1999.

TPIY, Prosecutor *vs.* Blagojevic & Jokic, Trial Judgment, Case No. IT-02-60-T, 17 de enero de 2005,

TPIY, Prosecutor *vs.* Brdjanin, Trial Judgment, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004.

TPIY, Prosecutor *vs.* Kupreškic *et al.*, Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 de enero de 2000.

III. MEMORIAL DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS VÍCTIMAS

Tabla de contenido: LISTA DE ABREVIATURAS. I. HECHOS. II. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR. III. ARGUMENTOS ESCRITOS. 1. LA PRIMERA CUESTIÓN JURÍDICA. 1.1. Contenido del elemento subjetivo de la responsabilidad por complicidad en el delito de genocidio, 1.2 Rodrigo Marás actuó con conocimiento del contexto genocida y de la facilitación de la comisión del delito de genocidio, 1.3 El elemento subjetivo propuesto por la OF no cumple con lo establecido en la jurisprudencia internacional. 2. LA SEGUNDA CUESTIÓN JURÍDICA. 2.1. Caracterización jurídica de la violencia sexual. 2.2. Las alegaciones sobre violencia sexual presentadas por la OF constituyen tanto un crimen de genocidio como un CLH. 2.2.1 Las alegaciones de violencia sexual como genocidio. 2.2.2 Las agresiones sexuales como un CLH en la categoría de violación y de tortura. 2.2.3 El carácter de ataque sistemático de los actos perpetrados en la República de Querón. 3. LA TERCERA CUESTIÓN JURÍDICA. 3.1 Las medidas de protección a testigos que deben ser adoptadas. 3.2 La relevancia de la calidad de los testigos. 3.3. El interés en el anonimato de los testigos. 3.4 Las medidas de protección solicitadas por la OF que la RLV rechaza. 3.4.1 La entrega a la defensa de resúmenes preparados por la OF. 3.4.2 La expurgación de todos los nombres recogidos en las listas que integran los elementos de prueba de la OF. IV. PETITORIO. BIBLIOGRAFÍA.

LISTA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEPDHLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CLH	Crímenes de Lesa Humanidad
CorteEDH	Corte Europea de Derechos Humanos

CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CPSDG	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
ER	Estatuto de Roma
HC	Hechos del Caso
Ibid.	En la misma obra y página ya citada.
Id.	En la misma obra pero en otra página.
Nº/Núm.	Número
Ob. cit.	Citado
OEA	Organización de los Estados Americanos
OF	Oficina de la Fiscalía
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPDV	Oficina Pública de Defensa de las Víctimas
p.	Página
Para.	Parágrafo
PE	Plan de Emprendimiento
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
POPN	Plan para el Orden y Progreso Nacional
pp.	Páginas
RLV	Representación de las Víctimas.
RPA	Respuesta a las Preguntas Aclaratorias
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SA	Sala de Apelación
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SPI	Sala de Primera Instancia
t.	Tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TP	Trabajos Preparatorios

TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Vol.	Volumen

I. LOS HECHOS

1. La República de Querón posee una extensión territorial de 131.782 km² y una población de 8.9 millones de habitantes. La mayor parte de la población se encuentra concentrada en sus tres ciudades principales: Anchura, Narña y su capital Londra, las cuales tienen una población de 1.6 millones, 900 mil y 2.3 millones de habitantes, respectivamente.

2. Ese conglomerado se conformaba así: las comunidades indígenas representan un 4.7% de la población total, los descendientes de familias Tulupinas provenientes del Imperio de Tulipa y mestizos integran un 91.3% y el resto está compuesto por inmigrantes de diferentes nacionalidades.

3. Querón ratificó el ER el 8 de mayo de 2004; es, además, miembro de la ONU, PIDCP, la CPSDG, la CAT, y, además, los cuatro Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. De la misma manera, la República de Querón ha ratificado todos los tratados del SIDH. Sin embargo, no lo ha hecho con la Convención contra el Genocidio.

4. El Sr. William Cortez, candidato del partido conservador, fue electo presidente en las elecciones del año 2006 con el 41% de los votos. Al tomar posesión implementó el Plan para el Orden y el Progreso Nacional (en adelante POPN), que buscaba el fortalecimiento de valores y tradiciones católicas ortodoxas en Querón.

5. Cortez, mediante comunicaciones públicas, manifestó que la visión indígena era un obstáculo para el progreso por lo cual el gobierno y, como producto de ese prejuicio contra las etnias, decidió unificar el sistema de

educación de Querón y el 11 de junio de 2010 implementó el “Plan de Emprendimiento”.

6. Este diseño contemplaba un *pensum* de estudios en virtud del cual los niños en etapa de escolaridad debían ser inscritos en internados en las principales ciudades, para recibir educación sobre la historia, los valores y la cultura de Querón. Estas asignaturas eran dictadas en lengua romance hispano-lusa, con la consiguiente prohibición del uso de lenguas nativas. Así mismo, se creó un plan de becas para los niños indígenas menores de 18 años, para que viajaran desde sus territorios ancestrales a internados en las tres ciudades más importantes de Querón.

7. De igual forma, se dispuso que la alimentación de los niños se centrara en el consumo de carne animal, esto es, un régimen alimenticio contrario a la dieta vegetariana de las culturas indígenas, que, además, era suministrada en horas que imposibilitan la realización de sus rituales ancestrales. De igual manera, los libros de estudio suministrados no hacían alusión a la historia de sus comunidades, cuya cosmología depende de la tradición oral.

8. El uso del uniforme era obligatorio por lo cual no estaba permitido que los estudiantes usaran indumentaria indígena; también, la jornada escolar iniciaba con el canto al himno y una misa igualmente obligatoria.

9. En virtud de la Resolución LHS-50 emitida por el Ministerio de Educación el 15 de mayo de 2010, en ejecución del POPN se establecieron las funciones de los directores, quienes debían realizar la selección de los niños que cursarían los estudios ofrecidos por el gobierno. Además, ellos debían asegurarse del traslado de los niños de las comunidades indígenas a las ciudades y velar por la adopción de estos por parte de familias Tulupinas. Asimismo, los directores debían hacer el seguimiento a la educación de los niños y aplicar sanciones en caso de incumplimiento de las reglas adoptadas en las escuelas, en materia de uniformes y comportamiento. Varios directores renunciaron a sus puestos por encontrarse en desacuerdo con el plan de estudios.

10. El gobierno de Querón propuso al Congreso modificaciones al Código Penal para criminalizar a los padres y madres que no otorgaran educación a sus hijos, las cuales fueron aprobadas. Posteriormente, la Fiscalía inició varias investigaciones por la posible comisión de este delito que, en su mayoría, tienen como sujetos activos a padres indígenas.

11. Para el año 2018, el señor Cortez anunció que la gran mayoría de los niños y adolescentes de distintas comunidades indígenas, habrían obtenido sus títulos de bachillerato respectivos, y estarían listos para integrarse a la vida nacional como ciudadanos de la República de Querón.

12. El 15 de octubre de 2014, las principales ONGs del país publicaron un reporte titulado “Genocidio cultural: la destrucción de nuestros pueblos indígenas”, en el que proyectaban que –para principios de 2018– un 80% de todos los niños de los pueblos indígenas habrían sido asimilados en la sociedad queronense. Asimismo, esta población al terminar sus estudios perdía todo contacto con sus comunidades.

13. A su vez, varios medios de comunicación informaron sobre listas con los nombres de los profesores trasladados de los colegios, las cuales eran enviadas de manera clandestina por el director al Ministerio de Educación semestralmente. Muchos de los profesores relacionados fueron reubicados con la inscripción “diferencias con los padres” o “licencia por enfermedad”; sin embargo, muchos de esos nombres coinciden con aquellos que han sido denunciados por abusos sexuales sin que se detallasen los motivos por los cuales se tomaba esa decisión respecto de dichos profesores.

14. También, las ONGs informaron sobre las condiciones de las víctimas de abusos sexuales quienes sufrieron lesiones permanentes en su aparato reproductor lo que, debido a su corta edad, podría impedirles tener hijos. Además, se informó de los traumas que sufrieron, lo que según la opinión de expertos podría suponer un obstáculo para la procreación.

15. Tras el inicio de un examen preliminar sobre la situación en la República Democrática de Querón, la Fiscal de la Corte solicitó una

autorización a la SCP X para iniciar una investigación por los hechos ocurridos en Querón, la cual se inició con la autorización de la Sala, el día 7 de enero de 2017. Con posterioridad, el día 24 de octubre de 2018, la SCP X emitió una orden de detención confidencial contra el señor William Cortez, el Ministro de Interior, Ministro de Educación y tres directores de colegios involucrados, entre estos, Rodrigo Marás. Este último, fue arrestado el 15 de junio de 2019 y se fijó como fecha de inicio de la audiencia de confirmación de cargos el 4 de octubre de 2019.

16. El 1 de agosto de 2019, la SCP X resolvió la única solicitud de participación de las víctimas y le reconoció tal condición al Sr. Stevan Sit, cuya representación legal le fue asignada a la OPDV de la CPI.

17. Luego, el 4 de septiembre de 2019, la Fiscalía presentó su Escrito de Acusación mediante en el cual se señaló al Sr. Marás como cómplice por el crimen de genocidio mediante traslado por la fuerza de niños de un grupo étnico a otro; esa pieza procesal se fundamenta en los hechos ocurridos entre el 1 de junio de 2010 y el 31 de marzo de 2018 en el Colegio Caballeros de la Misericordia.

18. En esa misma oportunidad, la Fiscalía allegó la Lista de Elementos de Prueba que incluye dos evidencias: una, en la cual aparecen los nombres de los niños indígenas trasladados a las ciudades e incorporados a los colegios, con inclusión de los testigos T-007 y T-031; y, otra, que menciona los nombres de los profesores reubicados para presuntamente encubrir su abuso sexual con mención de los testigos T-001 y T-028, respectivamente. Listas con las que no cuenta el acusado.

19. Ese mismo día, el 4 de septiembre de 2019, la Fiscalía presentó un escrito confidencial y *ex parte* en el cual explicó que había obtenido información de varias ONGs sobre la situación de algunas víctimas amenazadas con el retiro de las becas concedidas por el Estado –para el caso los testigos T-007 y T-031– y, además, de la realización de detenciones por parte de las autoridades policiales de Querón de varios profesores que habrían participado directamente en los abusos sexuales. Estos profesores fueron

acusados de violación y otras formas de violencia sexual ante los tribunales nacionales.

20. También, la Fiscalía –ante el carácter inminente del inicio de la audiencia de confirmación de cargos– solicitó la adopción de cinco medidas de protección sobre los testigos: La no revelación de la identidad de los testigos a la Defensa; la entrega a la Defensa de resúmenes preparados por la Fiscalía de las declaraciones de los testigos; la expurgación de todos los nombres recogidos en las Listas 001 y 002, en las que se encuentran los testigos T-001, T-007, T-028 y T-031 respectivamente; y la expurgación de las actas públicas del procedimiento de toda información que permitan identificar a los testigos.

21. Las cuestiones planteadas por la Fiscalía llevaron a la Sala a retrasar el inicio de la audiencia de confirmación de cargos y decidieron, el día 15 de septiembre de 2019, disponer la celebración de una Audiencia Interlocutoria del 25 al 29 de mayo de 2020, en la que se presentaron alegaciones estrictamente jurídicas sobre: (i) el contenido del elemento subjetivo de la responsabilidad por complicidad en relación con el delito de genocidio; y, (ii) la caracterización jurídica de la violencia sexual. Además, se invitó a las partes a hacer la presentación de alegaciones escritas sobre las cuestiones objeto de la audiencia.

II. CUESTIONES JURÍDICAS A ABORDAR

22. Respecto a la posibilidad de prescindir del dolo especial en la complicidad en relación con el delito de genocidio, es necesario imputar responsabilidad penal al señor Rodrigo Marás, pues es suficiente con probar que actuó: (i) con el propósito de cumplir con las obligaciones jurídicas que le impusieron el POPN y la resolución LHS-50; y, (ii) con conocimiento de que al actuar de esta manera estaba facilitando la comisión de un crimen de genocidio.

23. Las agresiones sexuales presentadas por la Fiscalía constituyen tanto un crimen de genocidio, en la modalidad de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, como dos CLH de violación y tortura.

24. Respecto a las medidas de protección solicitadas por la Fiscalía en su escrito del 4 de septiembre de 2019, solo es necesario la adopción de las siguientes: (a) la no revelación de la identidad de los testigos a la defensa; y, (b) la expurgación de las actas públicas del procedimiento de toda información que pueda permitir la identificación de los testigos T-001, T-007, T-028 Y T-031.

III. ARGUMENTOS ESCRITOS

1. La primera cuestión jurídica

1.1. Contenido del elemento subjetivo de la responsabilidad por complicidad en el delito de genocidio

25. En primer lugar, es importante señalar que el delito de genocidio es diferente de otros crímenes de competencia de la Corte, en tanto se compone de una doble dimensión subjetiva, a saber: El conocimiento y la intención de la realización de los componentes objetivos del crimen, según el cual el perpetrador debe buscar claramente producir el acto acusado; y, en segundo lugar, una intención especial o *dolus specialis*¹.

26. En segundo lugar, es necesario resaltar la profunda complejidad teórica del *mens rea* del delito de genocidio. Lo anterior, se desprende a partir de las dificultades que suscita la interpretación del elemento *intención*, dado que a partir de este requisito se desprenden consecuencias sobre la estructura del delito y la forma en que se concreta la responsabilidad de los distintos autores o partícipes.

¹ TPIR, Prosecutor *vs.* Jean Paul Akayesu, Trial Judgment, Case No ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, para. 498.

27. Acorde a lo determinado por la SCP X en relación con la presentación de alegaciones estrictamente jurídicas sobre la presente cuestión de derecho, la representación a nuestro cargo considera que el delito de genocidio en su elemento subjetivo respecto del autor exige la comisión del mismo con intención y conocimiento conforme al artículo 30 del ER (requerido sobre cada una de las acciones típicas objetivas o *actus rea*); además, de la intención de destruir total o parcialmente un grupo protegido². Esta intención debe ser entendida en el sentido de una voluntad orientada a un fin³.

28. No obstante, es fundamental realizar una diferenciación entre el elemento subjetivo adicional exigido para el autor respecto del exigido al cómplice, dado que sobre este no se requiere que concurra la intención de destruir total o parcialmente a un grupo, sino, más bien, el conocimiento sobre el contexto del crimen que se realiza con ayuda de su aporte.

29. Por lo tanto, el cómplice en el delito de genocidio no necesita poseer el *dolus specialis* del genocidio; más bien él o ella, a sabiendas, ayuda e incita, instiga o procura a otro sabiendo que la otra persona tiene la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal⁴.

30. Lo anterior, ha sido determinado teniendo en cuenta las dificultades que suscita este elemento de intención especial, debido a que la interpretación tradicional del requisito de la intención de destruir basada en el propósito, parte de una interpretación muy restringida de este concepto, el cual se equipara con el elemento volitivo del dolo. Por ende, esta interpretación no toma en cuenta la estructura del delito, en cuanto ella es dual, referente a los dos elementos mentales y al doble objeto de referencia: Los actos individuales

² WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2017, p. 334.

³ *Ibid.*

⁴ TPIR, Prosecutor *vs.* Bagilishema, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, para. 71.

y el contexto genocida. Este último requiere una diferenciación de acuerdo con el estatus y el papel del partícipe en la empresa genocida⁵.

31. La interpretación tradicional puede ser aceptada en casos de responsables de rango superior e intermedio, no obstante resulta insostenible para aquellos de rango inferior, es decir, quienes son fungibles o aquellos que actúan como cómplices, por lo que una interpretación basada en el conocimiento es más apropiada desde un punto de vista doctrinal y político criminal. Así las cosas, quien actúa en calidad de cómplice no debe obrar con la intención especial de destruir en todo o en parte a un grupo protegido, sino solo con el conocimiento de que sus actos forman parte de una campaña genocida⁶.

32. En relación con lo anterior, considerando el título de imputación, la exigencia de este requisito varía porque sobre una participación principal, es decir, autores de rango superior e intermedio, debe presentarse este requisito del dolo especial. Sin embargo, sobre aquel responsable de rango inferior o partícipe, el conocimiento del contexto genocida siempre será suficiente⁷.

33. En tal dirección el TPIR señala que el cómplice no debe compartir la intención, pero se debe advertir el contexto discriminatorio en el cual el crimen se comete y saber que su apoyo o aliento tiene un efecto sustancial⁸. Por tanto, quien actúa en calidad de cómplice no debe poseer por sí mismo el *dolus specialis*⁹ sino que basta con saber o haber debido saber, que el autor principal actuó con la específica intención¹⁰, puesto que la conducta del

⁵ AMBOS, K., “¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?” [En línea], CorteIDH. *Revista Penal*, n° 26 - julio 2010. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25161.pdf> [Consulta:04.10.2020].

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ TPIY, Prosecutor *vs.* Krnojelac, Case No IT-97-25-T, Trial Judgment, 15 de marzo de 2002, para. 52.

⁹ TPIR, Prosecutor *vs.* Jean Paul Akayesu, Caso No ICTR-96-4-T, Judgment, 2 de septiembre de 1998, para. 540.

¹⁰ *Ibid.*, para. 541.

cómplice solo es punible cuando el delito ha sido consumado por el autor principal¹¹.

34. Este pronunciamiento sobre la complicidad en el delito de genocidio, referente a una interpretación basada en el conocimiento del sujeto, ha sido adoptada ampliamente por la jurisprudencia¹² y tiene fundamento en distintos factores como la organización donde existen autores y otros sujetos secundarios, que llevan a cabo el plan genocida como partícipes o cómplices¹³. De esta manera, sus actos ejecutivos solo adquieren su significado genocida porque existía un plan¹⁴.

1.2. Rodrigo Marás actuó con conocimiento del contexto genocida y de la facilitación de la comisión del delito de genocidio

35. Lo anterior, traería como consecuencia en el curso normal de los acontecimientos que todos los niños indígenas, serían asimilados culturalmente. Precisamente, sobre esto Cortez manifestó en una transmisión pública que la gran mayoría de niños indígenas, tras obtener sus títulos de

¹¹ *Id.*, para. 528.

¹² TPIR, *Prosecutor vs. Bagilishema*, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, para. 71; *Prosecutor vs. Ntakirutimana*, Appeal judgment, Case No. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, 13 de diciembre de 2004, para. 500; *Prosecutor vs. Seromba*, Appeal judgment, Case No. ICTR-2001-66-A, 12 de marzo de 2008, para. 56; *Prosecutor vs. Semanza*, Trial Judgment and Sentence, Case No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, para. 394; TPIY *Prosecutor vs. Tadic*, Appeal Judgment, Case No. IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, para. 229; *Prosecutor vs. Brdjanin*, Trial Judgment, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, para. 730; *Prosecutor vs. Blagojevic & Jokic*, Appeal Judgment, Case No. IT-02-60-A, 9 de mayo de 2007, para. 127.

¹³ SCHABAS, W., *Genocide in International Law, The Crime of Crimes*, Cambridge, 2ª ed., New York, 2009, p. 352.

¹⁴ AMBOS, K., “¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?” [En línea], CorteIDH. *Revista Penal*, n° 26, julio 2010. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25161.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

bachillerato, estarían listos para integrarse a la vida nacional como ciudadanos de la República de Querón¹⁵.

36. Así las cosas, es evidente el contexto discriminatorio y la violación de las garantías sufridas por estas comunidades. En el derecho internacional, obsérvese, se precisa que ellas gozan del derecho a no ser sometidas a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura¹⁶.

37. De la misma manera, es de público conocimiento que el traslado de los niños es forzoso en tanto que las modificaciones aprobadas por el Congreso al Código Penal de Querón suponían una coacción. Puesto que la minoría indígena es intimidada al criminalizar a los padres que no envíen a sus hijos a las instituciones educativas (previsto como “obstaculizar, prevenir o de cualquier forma impedir indebidamente” el acceso a la educación), y aún más, al configurar como agravante de la pena para el delito en los casos en que los niños califiquen para participar en programas de becas ofrecidos por el Estado¹⁷, al considerar que todos los indígenas son beneficiarios de estas becas¹⁸.

38. Los niños eran forzados al cumplimiento de normas de asimilación o desarraigo, de no hacerlo esto les acarrea diferentes sanciones, tales como, la participación obligatoria a sesiones especiales de oración con el sacerdote de la iglesia respectiva; la participación obligatoria en sesiones especiales de lectura sobre historia, los valores y la cultura de Querón; y, en casos de mayor gravedad, la prohibición de ver a sus familias de origen¹⁹. Lo anterior, reforzaba el genocidio perpetrado por el gobierno de Querón

39. De estas sanciones fue víctima Stevan Sit, quien fue disciplinado en reiteradas ocasiones por no cumplir con las reglas de vestimenta y

¹⁵ HC 23.

¹⁶ Art. 8 de la DNUDPI.

¹⁷ RPA 4.

¹⁸ HC 17.

¹⁹ RPA. 7.

comportamiento, y por no asistir a las misas diarias²⁰. Por tanto, el señor Rodrigo Marás al ejecutar la Resolución LHS-50, era quien llevaba a cabo la selección de los niños y de aplicar sanciones²¹.

40. Las mencionadas reprimendas reforzaban el desarraigo cultural de los niños indígenas. A quienes se les terminaría violentando su identidad cultural, referida al derecho de todo grupo étnico cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y, a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella²².

41. En relación con lo anterior, el Sr. Marás era consciente del contexto genocida y la posición que éste ostentaba como director le permitía tener un conocimiento más especializado en relación al de un hombre medio, sobre una política educativa discriminatoria y de asimilación forzada de niños que fue implementada en la República de Querón. Aunado a ello, era consciente de que con su actuar estaba facilitando la ejecución del plan genocida de Cortez, puesto que incorporó el PE y obedeció la Resolución LHS-50.

1.3. El elemento subjetivo propuesto por la OF no cumple con lo establecido en la jurisprudencia internacional

42. La RLV considera que el elemento subjetivo propuesto por la Fiscalía no es adecuado en tanto la jurisprudencia ha definido una línea clara, en virtud de la cual el simple conocimiento del contexto genocida es suficiente para imputar responsabilidad penal por complicidad. Así las cosas, no es

²⁰ RPA. 19.

²¹ HC. 20.

²² RUIZ, O., “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: Una mirada desde el sistema interamericano” [En Línea], *Sur, Rev. Int. Derechos Human.* Número 5, Año 3, 2006. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

necesario probar que el Sr. Rodrigo Marás actuó con el propósito de destruir –total o parcialmente– a los grupos indígenas sino que él tenía el propósito de cumplir las obligaciones jurídicas impuestas por el POPN y la Resolución LHS-50, como director del Colegio Caballeros de la Misericordia y, además, actuó con conocimiento de que estaba facilitando la comisión del delito de genocidio.

43. Sobre lo anterior, el TPIY señala que el significado de la complicidad en el genocidio se rige por los principios generales del derecho penal, pues ella consiste en ayudar y alentar al crimen y no requiere pruebas de que el cómplice tenía la intención específica de destruir, total o parcialmente, un grupo protegido. En ese caso, la Fiscalía debe probar –sin lugar a dudas razonables– “que un acusado sabía que sus propios actos ayudaron en la comisión de genocidio del delincuente principal y estaba al tanto de su estado mental. Así las cosas, no necesita demostrar que el cómplice compartió la intención específica del delincuente principal”²³.

44. También el TPIY sostiene que, en el caso de los cómplices, el estándar de exigibilidad volitivo requerido es menor y se reúne cuando se conoce que los actos realizados por el cómplice ayudan a la comisión del delito específico; a diferencia de los coautores, el requisito de *mens rea* es, además, intencional para perseguir un propósito común²⁴. Por tanto, proponer un elemento subjetivo en el que se requiera la intención, no es pertinente en este caso y solo sería apropiado en la coautoría, para la cual los elementos objetivos del delito son realizados por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común²⁵.

²³ TPIY, Prosecutor *vs.* Brđanin, Case No. IT-99-36-T, 1, Trial Judgment, 1 de septiembre de 2004.

²⁴ TPIY, Prosecutor *vs.* Vasiljević, Case No. IT-98-32-A, Appeal Judgment, 25 de febrero de 2004, para. 102.

²⁵ OLÁSOLO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 303.

45. Por tanto, para la RLV es suficiente probar que el señor Marás actuó con el propósito de cumplir con las obligaciones jurídicas impuestas por el POPN y la Resolución LHS-50 más no con el propósito de facilitar el crimen de genocidio y con el conocimiento de que sus actuaciones facilitaban la comisión de un crimen de genocidio.

2. La segunda cuestión jurídica

2.1. Caracterización jurídica de la violencia sexual

46. El ER se refiere a la violencia sexual en su artículo 7 (1) (g) como un CLH, abarcando varias de las maneras en las que se manifiesta tales como violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Así, la violencia sexual adquiere el nivel de una infracción grave, es decir, que queda sometida a la jurisdicción universal de la CPI²⁶

47. La CorteIDH, respecto de esta conducta en el caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, con base en la jurisprudencia internacional considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno²⁷.

48. También en el caso Kunarac se habla de tres categorías respecto de la violencia sexual al considerar la amplia gama de factores que clasifican los actos sexuales relevantes en diferentes jurisdicciones internas, así: (i) la

²⁶ ZORRILLA, M., “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual” [En línea], *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Núm. 34, 2005. Disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

²⁷ CorteIDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y mujeres* [En línea], 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

actividad sexual se acompaña de fuerza o amenaza de fuerza para la víctima o un tercero; (ii) la actividad sexual está acompañada por la fuerza o una variedad de otras circunstancias específicas que hicieron a la víctima particularmente vulnerable o negaron su capacidad para hacer un rechazo informado; y, (iii) la actividad sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima²⁸.

2.2. Las alegaciones sobre violencia sexual presentadas por la OF constituyen tanto un crimen de genocidio como un CLH

49. Respecto de los hechos de violencia sexual a los que se refiere la OF en su Escrito de Acusación, de los que fueron víctimas los niños y jóvenes indígenas de Querón, la RLV a nuestro cargo se permite exponer a continuación los motivos por los cuales estima que estas conductas constituyen un delito de genocidio en la modalidad de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y los delitos de lesa humanidad de violación y tortura.

50. Para tales efectos, se procede en primer lugar, a fijar los criterios mediante los cuales los diferentes tribunales *ad hoc* y la jurisprudencia internacional, determinan cuando la violencia sexual constituye genocidio; y, en segundo lugar, se observa la concurrencia de los requisitos para que los actos de violencia sexual se configuren como un CLH en los tipos penales de violación y tortura.

2.2.1. Las alegaciones de violencia sexual como genocidio

51. Así, por ejemplo, en el caso Jean Paul Akayesu es posible distinguir diferentes categorías que se desglosan en subreglas las cuales son entendidas como el escenario fáctico en el que se viola un derecho convencional; la

²⁸ TPIY, Prosecutor *vs.* Kunarac, Case No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Trial Judgement, 22 de febrero de 2001, para. 461.

primera de estas categorías está constituida por los requisitos en virtud de los cuales la violencia sexual se entiende como un genocidio²⁹.

52. Por ello, el Tribunal esbozó los siguientes presupuestos para entender esta categoría: en primer lugar, que las medidas para evitar nacimientos puedan ser físicas y también mentales cuando la violación se realiza con la finalidad de que la persona se niegue después a procrear; de la misma manera que se puede lograr que miembros de un grupo, a través de amenazas y traumas, no procreen³⁰. En segundo lugar, que los actos descritos como violación y violencia sexual constituyan genocidio en la misma forma que cualquier otro acto, siempre y cuando el crimen se cometa con el propósito específico de destruir, en parte o por completo, un grupo particular, que es el objeto de dicha destrucción³¹.

53. De esta forma los hechos acaecidos en la República de Querón evidencian una similitud con el caso Muvunyi que se refiere a los actos sexuales en el genocidio por lesión grave, atribuyendo a estos la calificación de acciones más graves para la salud de la víctima, que causan desfiguración y dan lugar a lesiones de igual entidad a los sentidos u órganos de ésta³². Se reconoce así a esta conducta como la materialización de los actos más atroces en el ámbito del genocidio por lesión.

54. En el mismo sentido, según expone la doctrina, los tribunales penales *ad hoc* reconocen a la violación sexual como: “una conducta que se subsume en las ofensas constitutivas del genocidio (tales como las lesiones graves a la integridad física y psicológica de los miembros del grupo o evitar

²⁹ BUSTAMANTE, D., “La violencia sexual como tortura. Estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 44, No. 121, 2014. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n121/v44n121a03.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

³⁰ TPIR, Prosecutor *vs.* Jean Paul Akayesu, Case No ICTR-96-4-T, Judgment, 2 de septiembre de 1998, para. 508.

³¹ *Id.*

³² TPIR, Prosecutor *vs.* Tharcisse Muvunyi, Case No. ICTR-2000-55A-T, Judgement, 12 de septiembre de 2006, para. 487.

nacimientos en el seno del grupo), cuando se cometen con la intensión específica requerida por dicho crimen”³³.

55. En esa línea de reflexión, en el caso Akayesu se concluye que la violación y la violencia sexual constituyen la imposición de graves daños físicos y psíquicos a las víctimas, se añade, que son de las peores formas de infligir daño a la víctima tanto en el plano corporal como mental³⁴.

56. Este caso en particular resulta especialmente relevante respecto de los hechos ocurridos en la República de Querón, dadas las similitudes en los cargos desempeñados por Rodrigo Marás y Jean Paul Akayesu; este último, recuérdese, desempeño el cargo de profesor e inspector en Taba. Cuando se cometió el genocidio en Ruanda, él estaba al mando de la policía comunal y era el encargado de mantener el orden público aunque recibía órdenes de su superior.

57. Al efecto, recuérdese que Jean Paul Akayesu fue condenado por el crimen de genocidio, complicidad en genocidio y un CLH con intención de exterminio. El TPIR fundó sus acusaciones en testimonios de víctimas directas a raíz del desempeño de su cargo, con base en el artículo 6 del Estatuto de Ruanda, en el cual se establece que la subordinación no se considera como pretexto para realizar los actos criminales con la finalidad de cometer un genocidio³⁵.

58. De esta forma, para la RLV las agresiones sexuales cometidas contra los niños indígenas de Querón constituyen genocidio en la modalidad de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo³⁶. Es claro

³³ MEDELLÍN, X., *Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho Internacional* [En línea], Fundación para el Debido Proceso Washington, D.C., Vol. II, 2013. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130908_01.pdf [Consulta: 04.10.2020].

³⁴ TPIR, *Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 de septiembre 1998, para. 731.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Art. 6 (e) ER.

que las agresiones sexuales contra los niños indígenas de Querón consistieron en tocamientos lascivos y violación³⁷, conductas que constituyeron una grave transgresión a su autonomía sexual. Sin embargo, la violación caracterizada como genocidio ha mantenido su esencia como un delito que atenta contra la autonomía del individuo, pero también como un atentado contra el grupo en su conjunto³⁸.

59. Las medidas aplicadas sobre los niños para impedir nacimientos fueron físicas y mentales, dado que las agresiones sexuales tuvieron como consecuencia que muchas de las víctimas sufran secuelas físicas en su aparato reproductor, que no les permiten procrear y les generaron traumas psicológicos que les cercenan la posibilidad de mantener relaciones sexuales³⁹.

60. Sobre esta modalidad de genocidio, los Elementos de los Crímenes exigen la concurrencia de varios requisitos, tales como, en primer lugar, que el autor haya adoptado ciertas medidas contra una o más personas. Esta circunstancia se presenta en este caso puesto que muchos estudiantes hablaron de haber sido violados en la escuela, incluyendo la testigo 007, quien declaró haber sido abusada sexual, física y emocionalmente; también el testigo 031. Ambos fueron agredidos en el confesonario de la escuela⁴⁰; a su vez Stevan Sit fue víctima de abusos sexuales en dos ocasiones por parte de profesores del Colegio Caballeros de la Misericordia⁴¹.

61. El segundo Elemento de los Crímenes supone que las personas sobre las que se impusieron estas medidas pertenezcan a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Por lo que es pertinente señalar que los actos que tienen como efecto impedir el nacimiento en el seno del grupo, fueron dirigidos a

³⁷ RPA 20.

³⁸ DE VITO, D., “El delito de violación tipificado como genocidio” [En línea], *Sur, Rev. Int. Derechos Human.* Año 6, Número 10, 2009, Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23736.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

³⁹ RPA 25.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ RPA 19.

niños indígenas de la República de Querón o, en su defecto, a niños mestizos siempre y cuando contaran con rasgos físicos similares a los de los individuos pertenecientes a las comunidades indígenas⁴².

62. Esa es la razón por la cual en la sentencia de Kayishema y Ruzindana se consideró que un grupo étnico es aquel cuyos miembros comparten una lengua y una cultura comunes; o, un grupo que se distingue, como tal; o, un grupo identificado como tal por los demás, incluidos los autores de los crímenes⁴³; ejemplo de esto es la población indígena de Querón, que se ha desenvuelto como un grupo étnico a lo largo de la historia⁴⁴.

63. Para la RLV es fundamental reiterar la protección a la que está sujeta esta comunidad indígena, razón por la cual se debe tomar en cuenta el reciente reporte de la ONU acerca del crimen de genocidio cometido en Darfur, Sudán, en el cual se reconoce al grupo étnico como un agregado de personas que comparten un lenguaje común, tradiciones comunes y un legado cultural. Denotando, de esta manera, el cumplimiento de los requisitos para considerar a dicha comunidad como un grupo de especial protección en el marco del derecho internacional.

64. En tercer lugar, debe abordarse el elemento atinente a la intención de destruir total o parcialmente al grupo protegido, teniendo en cuenta lo expuesto por el TPIR en el caso Akayesu, en cuya virtud es posible inferir la intención de los autores de conductas de violencia sexual desde el contexto general de la perpetración de otros actos culpables, sistemáticamente dirigidos contra ese mismo grupo ya sea que ellos sean cometidos por el mismo delincuente o por otros.

65. Es más, en la Sentencia de Apelación de Jelisc se entiende que para establecer la intención genocida y esa específica intención que además es

⁴² RPA 22.

⁴³ TPIR, *Prosecutor vs. Clément Kayishema y Obed Ruzindana*, Case No. CTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, para. 98.

⁴⁴ HC, 5, 6 y 7.

requerida, si hubiese ausencia de evidencia directa explícita, aquella se pueda inferir a partir de una serie de hechos y circunstancias, tales como: El contexto general, la comisión de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente en contra del mismo grupo, la escala en que cometieron atrocidades, los ataques sistemáticos de las víctimas en razón de su pertenencia a un grupo determinado, o, en fin, la repetición de actos destructivos y discriminatorias⁴⁵. Ello, justamente, se evidencia en la campaña genocida emprendida por el gobierno de Querón sobre los indígenas, consistente en el traslado de niños por la fuerza y de las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, referentes a la violencia sexual por parte de varios profesores a múltiples niños.

66. El cuarto factor de los Elementos de los Crímenes supone que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. Este elemento se materializa en la incapacidad de los niños indígenas de reproducirse, debido a que –dadas estas conductas de violencia sexual– ninguna de las víctimas ha podido procrear⁴⁶. También, se verifica en el impacto inmediato y duradero que tuvo el abuso sobre los niños que los llevó a recurrir a comportamientos autodestructivos⁴⁷.

67. De esta manera, en conclusión, una vez observados los requisitos para la configuración de este delito, la RLV estima que las alegaciones de la OF sobre la violencia sexual de la que fueron víctimas los niños pertenecientes a comunidades indígenas, incluido Stevan Sit, son constitutivas del delito consagrado en el artículo 6 (d) como genocidio mediante medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

⁴⁵ TPIY, Prosecutor *vs.* Goran Jelusic, Case No. IT-95-10-T, judgement, 14 de diciembre de 1999, para. 42.

⁴⁶ RPA 24.

⁴⁷ *Ibid.*

2.2.2. Las agresiones sexuales como un CLH en la categoría de violación y de tortura

68. Sobre esta materia, el ER señala que para que se configure un CLH la agresión se debe cometer como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque⁴⁸; no obstante, las dos características típicas de generalidad y sistematicidad no se exigen de manera acumulativa sino alternativa, lo cual quiere decir que basta con uno solo de los dos requisitos⁴⁹. En consecuencia, la representación a nuestro cargo va a demostrar la concurrencia de los supuestos necesarios para deducir las agresiones sexuales contra los niños indígenas, como un CLH en la República de Querón.

2.2.3. El carácter de ataque sistemático de los actos perpetrados en la República de Querón

69. El elemento ataque describe una línea de conducta a la cual se deben integrar los hechos individuales⁵⁰. El ER afirma que esto implica la comisión de los múltiples actos mencionados en el artículo 7 (1). Así mismo, debe destacarse que sobre este elemento no es necesaria la presencia de un ataque militar⁵¹ y este tiene un componente político, que no necesita ser formalizado y puede deducirse de la forma en que ocurren los actos, en particular si estos tienen lugar de manera generalizada o sistemática⁵².

⁴⁸ Art. 7 ER.

⁴⁹ WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia 2017, p. 362.

⁵⁰ TPIY, Prosecutor *vs.* Naletilić & Martinović, Case No. IT-98-34-T, Trial Judgement, 31 de marzo de 2003, para. 233.

⁵¹ Art. 7 (3), Elementos de los Crímenes.

⁵² TPIY, Prosecutor *vs.* Tadic, Case no. T-94-1-T, Trial Judgement, 7 de mayo de 1997, para. 653.

70. Ahora bien, respecto al elemento de sistematicidad debe decirse que éste es de naturaleza cualitativa y se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia⁵³; estos ataques, recuérdese, se producen contra una población civil, por lo cual este tipo de crimen es de carácter colectivo, y deben excluirse los actos aislados de violencia⁵⁴.

71. En cuanto a los requisitos que deben reunirse para las conductas de violación y de tortura, los Elementos de los Crímenes caracterizan el CLH de violación como una invasión al cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración del cuerpo de la víctima, por insignificante que fuera, con cualquier parte del cuerpo humano. Sin embargo, la caracterización jurídica de la violación puede incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

72. En lo que a la tortura respecta, del caso Akayesu es posible extraer otra categoría consistente en la calificación jurídica de la violencia sexual como tal⁵⁵. En este sentido, se expresa con toda razón: “Al igual que la tortura la violación se usa para propósitos como la amenaza, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es una agresión de la dignidad personal y constituye una tortura cuando la comete un funcionario público u otra persona con puesto oficial o instiga a alguien para que la cometa o da su consentimiento”⁵⁶.

⁵³ TPIY, Prosecutor *vs.* Kunarac, Case no. IT-96-23& IT-96-23/1-A, Trial judgement, 12 de junio de 2002, para. 94.

⁵⁴ TPIY, Prosecutor *vs.* Tadic, Case no. T-94-1-T, Trial Judgement, 7 de mayo de 1997, para. 644.

⁵⁵ CorteIDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y Mujeres* [En línea], 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

⁵⁶ BUSTAMANTE, D., “La violencia sexual como tortura. Estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], *Revista Facultad de Derecho y*

73. Con este punto de partida, el TPIR hace su interpretación a partir de lo señalado en la CAT; es más, en el caso *Aydin vs. Turquía*, también el TEDH califica así la violencia sexual a condición de que se reúnan dos requisitos: en primer lugar, cuando se trata de un maltrato inhumano intencionado que causa sufrimiento muy grave y cruel⁵⁷; y que la violación sea considerada como un tipo de violencia especialmente grave y aborrecible de maltrato, dada la facilidad con la cual el infractor puede aprovecharse de la vulnerabilidad y la débil resistencia de sus víctimas⁵⁸.

74. En conclusión, del *modus operandi* de las agresiones sexuales contra los niños miembros de comunidades indígenas de la República de Querón, se puede deducir con toda claridad que en ellas se configuran CLH de tortura y violación.

75. En cuanto al carácter sistemático del ataque sobre una población civil, se observa una línea de conducta que implica la comisión de múltiples actos de violencia sexual contra los estudiantes indígenas quienes a raíz de esta quedaron heridos, traumatizados y confundidos⁵⁹.

76. La CorteIDH considera que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática, que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico; en virtud de ella la víctima queda “humillada física y emocionalmente”. Esta situación es difícilmente superable con el paso del tiempo; por tanto, dados sus efectos, es constitutiva de tortura⁶⁰ a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas.

Ciencias Políticas, Vol. 44, No. 121, 2014. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n121/v44n121a03.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

⁵⁷ TEDH, *Aydin vs. Turquía*, Demanda N° 23178/94, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, para. 83.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ RPA 25.

⁶⁰ CorteIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

77. Así las cosas, si se tiene en cuenta el *modus operandi* de las agresiones sexuales por parte de los maestros, es posible deducir que estos eran de naturaleza organizada o que su ocurrencia no se presentaba por mera coincidencia. Su modo de actuar consistía en la comisión de conductas que en un principio buscaban ganar la confianza de los niños mediante actos que parecían de amabilidad, amén de otorgar privilegios a niños especialmente vulnerables como los de primer año, a quienes les brindaban favoritismos que radicaban en darles golosinas adicionales en la cafetería de la escuela o permitirles hacer llamadas desde el teléfono celular del eventual abusador, actos que se constituían en el preludio de una agresión sexual⁶¹.

78. Incluso, se llegó a tales extremos, que los abusos podían iniciarse con instrucciones para presentarse en el cuarto de baño en medio de la noche o para llevar el almuerzo a una habitación del miembro del personal⁶². Las agresiones también tomaron la forma de humillación voyerista, cuando algunos de los miembros del personal ordenaban a los niños ir a ducharse. A este respecto la CorteIDH ha determinado en el caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú, que el haber forzado a un grupo de internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados constituyó ejercicio de violencia sexual que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral⁶³.

79. Por tanto, estos actos voyeristas contra los niños indígenas tuvieron graves consecuencias como las referidas anteriormente, que se concretaron en traumas para los menores, quienes permanecían confundidos y eran presas

⁶¹ RPA 25.

⁶² *Ibid.*

⁶³ CorteIDH, “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y Mujeres” [En línea], 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

de miedo constante cuando creían ser requeridos por alguno de los miembros del personal⁶⁴.

80. De esta manera, se materializan los requisitos exigidos por la jurisprudencia internacional para considerar que las agresiones sexuales que tuvieron lugar en el Colegio Caballeros de la Misericordia, fueron constitutivas de tortura. Por lo tanto, a modo de conclusión, debe decirse que las agresiones sexuales sufridas por los niños son un verdadero CLH en la modalidad de violación y tortura, en atención a que se configuran todos los requisitos exigidos para ello.

3. LA TERCERA CUESTIÓN JURÍDICA

3.1. *Las medidas de protección a testigos que deben ser adoptadas*

81. Al respecto, la RLV solicita la adopción de las siguientes medidas que ya la OF impetró ante la SCP X en relación con los testigos T-001, T-007, T-028, T-031: La no revelación de la identidad de los testigos a la defensa y la expurgación de las actas públicas del procedimiento de toda información que pueda permitir la identificación de los mismos.

3.2. *La relevancia de la calidad de los testigos*

82. Las RPP de la CPI señalan en la Regla 87 las medidas de protección a las víctimas que pueden ser adoptadas, entre las cuales debe mencionarse el impedir que se divulgue al público la identidad de un testigo, siempre que exista una situación de riesgo para aquellos que estén dispuestos a brindar su testimonio a lo largo del proceso ante la CPI. No obstante, es fundamental propender por brindar condiciones equilibradas para que el Señor Rodrigo Marás cuente con las garantías procesales que han sido dispuestas en el ER.

⁶⁴ RPA 24.

83. La RLV estima que es imperativo tener en cuenta la calidad de los sujetos que rendirán testimonio y ve con especial urgencia la protección de los testigos T-007 y T-031, niños indígenas en edades entre los 2 y 17 años⁶⁵, quienes sufrieron abusos sexuales y darán su testimonio a la Corte sobre la aplicación del PE en las escuelas a las que pertenecían y, agréguese, sobre la rotación de profesores y las amenazas recibidas por querer colaborar con la Fiscalía de la CPI⁶⁶.

84. Tanto la Sala al dar una instrucción o emitir una orden como todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las RPP deben tener en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos, en particular las de los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género⁶⁷.

85. Por lo anterior, debe protegerse la intimidad de los niños víctimas y testigos de delitos como asunto de suma importancia⁶⁸. También debe salvaguardarse toda la información relativa a la participación del niño en el proceso de justicia y, para lograrlo, basta con mantener la confidencialidad y restringir la divulgación de información que permita identificar al niño víctima o al testigo de un delito que depone en el proceso⁶⁹.

86. Al respecto, la CorteIDH señala que debe existir una protección reforzada de los derechos de los niños, razón por la cual se deben generar las condiciones adecuadas para que ellos y adolescentes puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante medidas especiales⁷⁰.

⁶⁵ RPA 27.

⁶⁶ RPA 17.

⁶⁷ RPP 86.

⁶⁸ UNICEF, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, artículo 26.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ CorteIDH, V.R.P., V.P.C. y Otros *vs.* Nicaragua, Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) del 8 de marzo de 2018, para. 11.

87. Por tal razón, en el caso X E Y contra Países Bajos, el TEDH entendió que se produjo una violación al deber estatal respecto a la garantía de la vida privada de una niña discapacitada, cuando no se dispuso de un mecanismo adecuado para procesar a su agresor sexual y no se le brindó una protección efectiva, razón por la cual ese organismo estimó que fue transgredido el artículo 8 del CEPDHLF⁷¹.

88. La revelación de información sobre un niño víctima o testigo de un delito, puede tener efectos dramáticos para éste. En primer lugar, puede poner en peligro su seguridad y puede ocasionarle una profunda sensación de humillación y vergüenza, que lo desanime a contar lo sucedido, incluso puede ocasionarle a éste graves daños emocionales. Además, en segundo lugar, genera tensiones en sus relaciones sociales y familiares, especialmente cuando se trata de casos de delitos sexuales que pudiesen agravar la victimización secundaria del niño⁷².

89. Eso fue lo que sucedió en el caso en estudio en atención a las graves consecuencias físicas y psicológicas sufridas por las víctimas de abusos sexuales de Querón, como en el caso de la testigo 007 –quien declaró haber sido “abusada sexual, física, emocional y mentalmente”– y con el testigo 031; ambos quedaron heridos, desconcertados y sin amigos o bien sujetos al ridículo por parte de otros estudiantes. Experiencias como éstas, pues, generan un impacto inmediato y duradero, imposibilitando su correcto funcionamiento en el Colegio y llevan a adoptar comportamientos autodestructivos y secuelas físicas y psicológicas que les impiden procrear⁷³; para la muestra los estudiantes de la República de Querón a los que se ha hecho referencia.

⁷¹ TEDH, Caso X E Y *vs.* Países Bajos, Demanda núm. 8978/1980, 26 de marzo de 1985.

⁷² UNODC, “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas” [En línea], Naciones Unidas. *Serie manuales de Justicia Penal*. Disponible en <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/HandbookforProfessionalsandPolicymakersSpanish.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

⁷³ RPA. 25.

90. Por eso, y para garantizar el interés superior de los niños indígenas violados, amén de evitar la doble victimización cuando testifican, solicitamos adoptar las medidas más idóneas para protegerlos entre las cuales es vital no revelar su identidad a la defensa y expurgar las actas públicas del procedimiento de toda información que pueda permitir su identificación.

3.3. *El interés en el anonimato de los testigos*

91. Tanto el TEDH como los Tribunales *ad hoc* afirman que es posible conservar el anonimato de los testigos cuando las circunstancias así lo ameriten; sin embargo, aunque esta medida de protección pueda cuestionarse por constituir una restricción a los derechos de defensa, el interés en la capacidad del acusado para establecer los hechos debe compararse con el del anonimato del testigo. El equilibrio de estos intereses es, pues, inherente a la noción de un “juicio justo”, lo cual significa no solo un trato justo para el acusado sino para la fiscalía y los testigos⁷⁴.

92. Por tanto, si existe un riesgo verdadero para la seguridad del testigo o su familia⁷⁵ se les debe proteger mediante el encubrimiento de su identidad; esta medida de protección es pertinente, siempre que el testimonio anónimo sea razonablemente justificado⁷⁶. Así las cosas, sobre los testigos 001 y 028, profesores trasladados a otros colegios para presuntamente encubrir su participación en delitos sexuales, es necesario adoptar medidas que garanticen su comparecencia al proceso, siendo fundamental hacer hincapié en la relevancia de su testimonio.

93. Además, teniendo en cuenta que estos individuos tienen derecho a la defensa y al debido proceso, consideramos ineludible el no revelar su identidad a la defensa y expurgar de las actas públicas del procedimiento

⁷⁴ TPIY, Prosecutor vs. Dusko Tadic, *Decision on the prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witnesses*, 10 de agosto de 1995, para. 55.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ TEDH, Caso Vissier contra Holanda, 14 de febrero de 2002 (JUR 2002\61050).

toda información que permita identificarlos. Lo anterior, dado que como lo ha señalado la CPI en la situación en Sudán y en el caso Lubanga⁷⁷, se debe analizar el interés de las víctimas de acuerdo a cada situación; este interés orbita en torno a la protección del material probatorio que busca brindarles garantías a los testigos, específicamente a los profesores que deponen sobre los hechos ilícitos que tuvieron lugar en el Colegio Caballeros de la Misericordia.

94. En esta misma línea de reflexión, la CorteIDH en el caso Pueblo Indígena Kicka de Sarayaku⁷⁸ señala que las figuras del testigo y la víctima tienen en común que aportan un testimonio fundamental en una causa penal y que, por su calidad de testigos, se les debe brindar protección para que su intervención en las instancias procesales no genere ninguna afectación a su vida.

95. Además, es razonable creer que dada la alta reprobación que tienen los delitos sexuales contra niños en el ámbito social, brindar información sobre la identidad de testigos como T-001 y T-028, los puede someter a un escarnio público. De esta manera, se protegerá a estos individuos de ataques a causa de la connotación del delito que se les imputa.

3.4 Las medidas de protección solicitadas por la OF que la RLV rechaza

3.4.1. La entrega a la defensa de resúmenes preparados por la OF

96. Al respecto, debe recordarse que el TEDH –en el caso Van Mechelent contra Holanda– dijo que toda medida a través de la cual se limite los derechos del acusado debe ser absolutamente necesaria y, en los casos en que

⁷⁷ CPI, SPI I, *Prosecutor vs. Lubanga*, *Trial Judgment*, (ICC-01/04-01/06-2901), 10 de julio de 2012, para. 123.

⁷⁸ CIDH, *Pueblo Indígena Kicka de Sarayaku vs. Ecuador*, *Fondo y Reparaciones* (Serie Núm. 245), 27 de junio de 2012, para. 220.

ella fuese suficiente y procedente cuando sea menos restrictiva, ésta debe ser aplicada⁷⁹.

97. En atención a lo expresado en precedencia, la RLV rechaza que a la Fiscalía se le autorice a entregar resúmenes preparados de las declaraciones de los testigos, bajo el argumento de que no hacerlo limita la capacidad de defensa y los derechos del acusado, pues es suficiente con realizar las expurgaciones sobre los medios de prueba pertinentes para preservar el anonimato de los testigos.

98. Sin embargo, como en este caso es absolutamente necesario proteger la identidad de los testigos, en especial a T-007 y T-031, quienes gozan de una protección mayor al ser niños víctimas de violencia sexual y pertenecen a una minoría indígena, las medidas que permitan mantener en el anonimato su identidad resultan indispensables a toda costa para proteger su integridad psicológica y su interés superior, evitando de esta manera una victimización secundaria.

99. Por otra parte, mantener en el anonimato la identidad de los testigos T-001 y T-028 es necesario para garantizar su seguridad, máxime si varias ONGs de la República de Querón denunciaron que los profesores que tuvieron contacto con la Fiscalía estaban siendo detenidos por las autoridades policiales de esa Nación⁸⁰.

100. En conclusión, según lo manifestado por el TEDH y el TPIR es posible conservar en el anonimato la identidad de un testigo, cuando esta medida sea necesaria y razonablemente justificada como anteriormente se expuso.

⁷⁹ DELGADO, J., “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc” [En línea], *Revista Penal*, n° 19 - 2007. Disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12180/Testigos.pdf?sequence=2> [Consulta: 04.10.2020].

⁸⁰ HC. 37 b.

3.4.2. La expurgación de todos los nombres recogidos en las listas que integran los elementos de prueba de la OF

101. De esta manera, la Lista 001 como prueba que contiene nombres de niños seleccionados de las comunidades indígenas para ser ubicados en las familias de las ciudades e incorporados a los colegios y la Lista 002, de profesores que habían sido trasladados de un colegio a otro para presuntamente encubrir su abuso sexual⁸¹, son relevantes para determinar la culpabilidad del director. Al respecto recuérdese lo que dispuso la OF en su Escrito de Acusación, concerniente a la responsabilidad del Señor Marás en calidad de cómplice por el crimen de genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños de un grupo étnico a otro⁸².

102. Así las cosas, la RLV insta a la honorable Sala a adoptar las medidas de protección que son esenciales en aras de garantizar el bienestar físico y mental de los testigos, que conlleva la aceptación de las medidas primera y quinta y, en todo caso, la expurgación solicitada para preservar el anonimato de los testigos.

IV. PETITORIO

103. En consideración a los argumentos aquí expuestos la RLV solicita de –manera respetuosa– a la SCP X, lo siguiente:

1. Que tenga en cuenta que el elemento subjetivo de la responsabilidad por complicidad en el delito de genocidio no requiere el dolo especial de destruir en todo o en parte un grupo protegido, sino que basta con el conocimiento del contexto genocida.

⁸¹ HC 36.

⁸² HC 33.

2. Que valore que los actos de violencia sexual presentados por la OF en su Escrito de Acusación constituyen un delito de genocidio en la modalidad del artículo 6 (d) y dos CLH referentes al artículo 7 (f) y (g) del ER.

3. Y, finalmente, que adopte únicamente las medidas de protección enumeradas como 1 y 5 propuestas por la Fiscalía y, en todo caso, se den las expurgaciones de los elementos de prueba de toda información que permita identificar a los testigos para procurar su protección.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI, The Prosecutor *vs.* Lubanga, *Prosecution's Submissions on the Procedures and Principles for Sentencing*, (ICC-01/04-01/06-2868), 18 de abril de 2012.

CPI, SPI I, The Prosecutor *vs.* Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, *Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008.

CPI, SPI I, The Prosecutor *vs.* Lubanga, *Trial Judgment*, (ICC-01/04-01/06-2901), 10 de julio de 2012.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TPIY, Prosecutor *vs.* Krnojelac, Case No IT-97-25-T, Trial Judgment, 15 de marzo de 2002.

TPIY, Prosecutor *vs.* Tadic, Appeal Judgment, Case No. IT-94-1-A, 15 de julio de 1999.

TPIY, Prosecutor *vs.* Brdjanin, Trial Judgment, Case No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004.

TPIY, Prosecutor *vs.* Blagojevic & Jokic, Appeal Judgment, Case No. IT-02-60-A, 9 de mayo de 2007.

TPIY, Prosecutor *vs.* Vasiljević, Case No. IT-98-32-A, Appeal Judgment, 25 de febrero de 2004.

- TPIY, Prosecutor *vs.* Kunarac, Case No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Trial Judgement, 22 de febrero de 2001.
- TPIY, Prosecutor *vs.* Goran Jelusic, case No. IT-95-10-T, Judgement, 14 de diciembre de 1999.
- TPIY, Prosecutor *vs.* Naletilić & Martinović, Case No. IT-98-34-T, Trial Judgement, 31 de marzo de 2003.
- TPIY, Prosecutor *vs.* Tadic, Case no. T-94-1-T, Trial Judgement, 7 de mayo de 1997.
- TPIY, Prosecutor *vs.* Dusko Tadic, *Decision on the prosecutor's motion requesting protective measures for victims and witnesses*, 10 de agosto de 1995.
- TPIY, Prosecutor *vs.* Kunarac, Case no. IT-96-23& IT-96-23/1-A, Trial judgement, 12 de junio de 2002.

Tribunal Penal Internacional de Ruanda

- TPIR, Prosecutor *vs.* Bagilishema, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Jean Paul Akayesu, Trial Judgment, Case No ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Kristić, Trial Judgment, Case IT-98-33-A, 19 de abril de 2004.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Ntakirutimana, Appeal Judgment, Case No. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A, 13 de diciembre de 2004.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Seromba, Appeal Judgment, Case No. ICTR-2001-66-A, 12 de marzo de 2008.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Semanza, Trial Judgment and Sentence, Case No. ICTR-97-20-T, 15 mayo de 2003.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Tharcisse Muvunyi, Case No. ICTR-2000-55A-T, Judgement, 12 de septiembre de 2006.
- TPIR, Prosecutor *vs.* Clément Kayishema y Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CorteIDH, González *et al vs.* México. *Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs* (Serie Núm. 205), 16 de noviembre de 2009.

CorteIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

CorteIDH, V.R.P., V.P.C. y Otros *vs.* Nicaragua, Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) del 8 de marzo de 2018.

CorteIDH, Pueblo Indígena Kicka de Sarayaku *vs.* Ecuador, Fondo y Reparaciones, (Serie Núm. 245), 27 de junio de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, Aydin *vs.* Turquía, Demanda N° 23178/94, Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

TEDH, Caso X E Y *vs.* Países Bajos, Demanda núm. 8978/1980, 26 de marzo de 1985.

TEDH, Caso Vissier *vs.* Holanda, 14 de febrero de 2002, (JUR 2002\61050).

Doctrina y documentos electrónicos

AMBOS, Kai, “¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?”, [En línea], *Revista Penal*, n° 26 – julio 2010. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25161.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

BUSTAMANTE, Diana, “La violencia sexual como tortura. Estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, [En línea], *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 44, No. 121, 2014. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n121/v44n121a03.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

CorteIDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y mujeres*, [En línea], 2018. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

DE VITO, Daniela, “El delito de violación tipificado como genocidio”, [En línea], *Sur, Rev. Int. Derechos Human.* Año 6, Número 10, 2009, Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23736.pdf> [Consulta: 04.10.2020].

DELGADO, Juana, “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”,

- [En línea], Universidad Pablo de Olavide. *Revista Penal*, n° 19 - 2007. Disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12180/Testigos.pdf?sequence=2> [Consulta: 04.10.2020].
- MEDELLÍN, Ximena, *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*, [En línea], Fundación para el Debido Proceso Washington, D.C., Vol. II, 2013. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130908_01.pdf [Consulta:04.10.2020].
- OLÁSOLO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RUIZ, Oswaldo, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: Una mirada desde el sistema interamericano” [En Línea], *Sur, Rev. Int. Direitos Human.* Número 5, Año 3, 2006. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf> [Consulta: 04.10.2020].
- SCHABAS, W., *Genocide in International Law, The Crime of Crimes*, Cambridge, 2ª ed., New York, 2009.
- UNODC, “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas” [En línea], Naciones Unidas. *Serie Manuales de Justicia Penal*. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison_reform/crimeprevention/HandbookforProfessionalsandPolicymakersSpanish.pdf [Consulta: 04.10.2020].
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia 2017.
- ZORRILLA, Mainer, “La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual” [En línea], *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Núm. 34, 2005. Disponible en <http://www.deustopublicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf> [Consulta:04.10.2020].

Otros instrumentos internacionales

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.
- Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos de la UNICEF.