

A PROPÓSITO DEL PERÚ: DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Bartolomé Clavero

Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, UE

I. ¿DE QUÉ SIRVE EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL?

Después de la experiencia del juicio de Nuremberg que hubo de improvisarse en cuanto al derecho aplicable, un derecho penal internacional sobre bases firmes se inició en 1948 con la *Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*. Se inició y se agotó durante medio siglo. A nivel internacional, la Convención no tuvo desarrollo o ni siquiera aplicación por varias décadas. El tribunal internacional previsto por ella para el enjuiciamiento de individuos imputados de genocidio sólo pudo constituirse cincuenta años más tarde con la aprobación del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, que se ha producido en efecto en 1998. El derecho penal internacional no sirvió para nada durante bastante tiempo y hoy todavía, dada la novedad de su operatividad, resulta bien arduo ponerlo en práctica.

Dicho mismo Estatuto ha venido además a desarrollar el derecho penal internacional tipificando una serie de delitos junto al de genocidio, los delitos por ejemplo de esclavitud, inclusive la sexual, traslado forzoso de población, privación grave de libertad, tortura, violación, prostitución forzosa, embarazo forzado, esterilización forzosa, desaparición forzada, apartheid, “*persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos*”, etc. Ahora es posible perseguir internacionalmente una buena serie de delitos, delitos que están cometiéndose notoriamente, por ejemplo, en el Perú. Son delitos que sufren habitualmente los pueblos indígenas no sólo por América.

Genocidios se cometieron por supuesto durante todo ese tiempo de inoperancia de un derecho penal internacional ya existente. Hay casos americanos bien notorios por aquellos mismos años, como el genocidio sufrido por el pueblo aché en Paraguay. ¿Reaccionó Naciones Unidas o alguno de sus Estados miembros en nombre de la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*? Algún revuelo hubo que no llevó a nada. Al Gobierno paraguayo le bastó con asegurar públicamente que no había genocidio porque no existía de su parte intención ninguna de exterminar a ningún pueblo. No mucho después, en 1988, Estados Unidos ratificó tardíamente la Convención añadiendo la doctrina contraria a la letra de la misma de que no había genocidio si no existía intención dolosa, una intención en definitiva de asesinar en masa. Al cabo de otros pocos años, la Corte Internacional de Justicia, a propósito del caso yugoslavo, ha hecho suya esa doctrina americana. Es caso el yugoslavo que ha debido atenderse mediante un tribunal internacional ad hoc, lo que no es buena práctica en derecho penal.

Durante todo el tiempo de inoperancia del derecho penal internacional, se ha impuesto además en los medios de Naciones Unidas, no sólo entre los Estados miembros, la idea también contraria a la letra de la Convención (no hablo del espíritu porque en el derecho penal es a la letra a lo que hay que estar) conforme a la cual sólo es genocidio el que se comete mediante matanza bruta y monstruosa. Hasta el *Asesor*

Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio se mueve hasta el momento sobre dichas premisas, considerando signos de alarma de la posibilidad de genocidio conductas que para la Convención ya constituyen genocidio. Y no se ha acometido todavía a efectos prácticos el encuadramiento del genocidio junto a otros delitos similares que ahora están tipificados por el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Aparte las ratificaciones, se dice que el mismo sólo se ha limitado a registrar en su tipificación de delitos un derecho consuetudinario de carácter general que ya existía, lo que siempre es problemático en el campo del derecho penal, pero con ello no se avanza en dicha integración de un derecho penal internacional en el que el genocidio no sea un tipo solitario e inoperante.

Pareciera que el derecho penal internacional de carácter general estuviera condenado a la neutralización más absoluta. Lo ha salvado el Estatuto de 1998 y la erección consiguiente de la *Corte Penal Internacional* ya en nuestra década. Puede decirse que el derecho penal internacional es así de reciente, con muchas de sus posibilidades todavía inéditas. Al contrario que la *Corte Internacional de Justicia*, la *Corte Penal Internacional* no depende en el ejercicio de su jurisdicción de la acción o el parabién de los Estados. Representa ya una justicia internacional independiente. Su fiscalía puede presentar casos de oficio y conforme a criterio propio, según la información que recabe o las denuncias que reciba. Igualmente, la *Corte Penal Internacional* admite casos como cualquier otra jurisdicción ordinaria, conforme a los méritos del mismo sin otras consideraciones ni políticas ni diplomáticas. Casos como el del Perú pueden ahora denunciarse ante una justicia internacional independiente. Dado que estamos ante posibilidades inéditas, otra es la cuestión por supuesto de que la denuncia prospere. En todo caso, ahora las víctimas de delitos internacionales, ellas mismas mediante representantes que controlen, pueden accionar el derecho penal internacional a través de la fiscalía de la Corte Internacional de Justicia.

Las políticas del Gobierno peruano en el último par largo de años de cara a los pueblos indígenas de la Amazonía presentan indicios serios de incurrir en supuestos tipificados por el Estatuto de la *Corte Penal Internacional*. Las posiciones y manifestaciones racistas de sus responsables ante la resistencia de dichos pueblos acentúan los indicios. El recurso a la acción militar con resultados letales, junto a la forma como se le ha presentado por parte oficial, constituye la última evidencia. Puede estar cometándose genocidio y algún delito más de los tipificados por dicho Estatuto penal internacional. Aparte de que se le pueda entender como expresión de derecho consuetudinario, el mismo es aplicable para el Perú por ratificación formalizada en 2001. El Estatuto, por ser de derecho penal, no tiene efecto retroactivo, pero el delito se ha cometido con posterioridad y el crimen de genocidio es además imprescriptible en derecho internacional. Ahora o en cualquier momento, las víctimas pueden accionar.

Puede accionarse ahora denunciando a presuntos autores como Alan García, Presidente de la República; a presuntos cómplices como Mercedes Cabanillas, Ministra del Interior, y Antero Flores-Araos, Ministro de Defensa; a presuntos encubridores como José Antonio García Belaúnde, Canciller, y Mercedes Aráoz, Ministra de Comercio Exterior. Se entiende la ansiedad mostrada estos últimos días por el Gobierno peruano respecto a la calificación de su política como genocida, igual que se entiende el alivio que ha manifestado al conseguir que el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en visita oficial, opine que no aprecia la existencia de genocidio en el Perú. Esto por supuesto no prejuzga nada ni sienta presunción de inocencia particular ninguna. Se tiene la misma que justamente corresponde en todo caso de acusación penal.

Según el derecho penal internacional, la jurisdicción no compete a instancia ninguna no estrictamente judicial de Naciones Unidas, sino a la *Corte Penal Internacional*, la cual actúa con todas las garantías del debido proceso. He ahí la sede donde deberá sustanciarse una garantía para los derechos de los pueblos indígenas tan importante como la de carácter penal frente a quienes los conculcan gravemente. El caso del Perú podría sentar un precedente.

II. IMPUTACIÓN DE GENOCIDIO A JEFE DE ESTADO

Va a hacer pronto un año, el 14 de julio del 2008, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional interpuso una acusación contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Presidente de la República de Sudán, “por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en Darfur”. Este mismo año, el 4 de marzo de 2009, la Corte o, más en concreto, su primera Sala de Cuestiones Preliminares ha cursado orden de detención contra el mismo por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra sin mención del delito de genocidio. Durante el tiempo intermedio, se ha desarrollado en el seno de la Corte un intercambio de opiniones acerca de tal delito entre las tres magistradas o ministras que forman dicha Sala y la Fiscalía. El caso puede interesar al Perú.

Antes de suprimir de la acusación el delito de genocidio, la Sala debatió el asunto seriamente. Tras la orden de detención por el cargo de los otros delitos, la Fiscalía ha presentado un recurso argumentando extensamente contra la exclusión de la imputación de genocidio, recurso que no ha sido admitido, pero que conserva todo su interés. Aparte de la valoración de los indicios, el debate interno afecta nuclearmente a la concepción misma del delito de genocidio. La Sala insistió durante las actuaciones preliminares en la necesidad de que hubiera indicios suficientes para la prueba de la *intención*, de una intención específicamente genocida en el sentido de voluntad y determinación de asesinato en masa. A dos de las tres magistradas que forman la Sala de Cuestiones Preliminares, la apreciación de ese elemento subjetivo de la intencionalidad homicida en grado de dolo le parece clave no sólo a los efectos de la sentencia final, sino también ya para el cargo de la acusación.

La Fiscalía ha replicado con un triple orden de argumentos. Por una parte, alega que no hay razón para que el genocidio requiera un estándar más estricto que otros delitos en lo que toca a la apreciación de indicios para proceder a la acusación. De otra parte, estima que el dolo no debiera calificar tan estrictamente al tipo del delito y, aún menos, con requerimiento ya prácticamente de prueba a los efectos de efectuarse la acusación. Por último, también argumenta la Fiscalía que el genocidio puede cometerse por más medios que el asesinato en masa y que esto también debiera tomarse en cuenta para no calificar la intencionalidad como determinación homicida.

Este último argumento es por supuesto clave: “*ni como cuestión de hecho ni como cuestión de derecho, el homicidio directo es la única forma de cometer genocidio*”. La posición se fundamenta en la propia tipificación del delito por el artículo sexto del Estatuto de la Corte: “*A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial (...)*”. Es genocidio no sólo a), sino también b) y c), ha de recordarle la Fiscalía a la Sala.

Como he dicho, la decisión de excluir el delito de genocidio ha sido de mayoría, no unánime. La magistrada Anita Ušacka no sólo disiente, sino que presenta una extensa opinión para fundamentar su posición. En ella, entre otros particulares, se ocupa específicamente de los supuestos b y c de la tipificación internacional del genocidio. “*La destrucción de los medios de vida de las víctimas*” sin necesidad de exterminarlas directamente es un inequívoco supuesto de genocidio para esta magistrada de la Corte Penal Internacional. No hace falta así que se produzca una privación directa y completa de un medio tan necesario, por ejemplo, con el agua. Basta con que haya una política patentemente capaz de destruir los medios habituales de subsistencia.

¿Con la intencionalidad de lograrse la desaparición del grupo humano como tal? Evidentemente. Tal es un elemento del delito de genocidio. Pero una cosa es la determinación dolosamente homicida y otra es el conocimiento de que dicha desaparición se esté produciendo por efecto directo de las políticas que se promueven y el mantenimiento deliberado de las mismas. Según esta magistrada de la Corte Penal Internacional, aun cuando se mantenga el concepto más estricto del genocidio como aniquilación física o biológica, sería “*suficiente probar que la intención es la de destruir el grupo ya fuera por destrucción física, biológica, social o cultural*”. Una política de agresión cultural o social puede constituir el elemento subjetivo del delito de genocidio por desaparición final del grupo “*en todo o en parte*”. En suma, no hace falta intención específicamente asesina para que haya genocidio según esta interpretación operante en la Corte Penal Internacional.

No es la posición dominante, como ya puede verse por la misma decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares. No lo es ni en la jurisprudencia ni en la doctrina internacionales. Incluso la más militantemente defensora de derechos humanos suele asumir el concepto más restrictivo del genocidio como eliminación física en masa con intencionalidad dolosamente homicida (véase por todos, pues resulta paradigmático, William Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000). Cuando, por ejemplo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, opina que en el Perú no está cometiéndose genocidio tiene tras de sí, sustentándole, a la doctrina internacionalista imperante. El citado Schabas, director hoy del Centro para los Derechos Humanos de Irlanda, pontifica que en América nunca ha habido genocidio de pueblos indígenas porque jamás ha existido intencionalidad dolosa de exterminarlos mediante la violencia asesina.

Lo interesante, lo sumamente interesante, es entonces que en el seno de la joven Corte Penal Internacional pujan una visión más conforme con los propios términos de la tipificación del genocidio en el derecho internacional. En su pulso con la Sala de Cuestiones Preliminares, la Fiscalía ha expresado la preocupación de que va a sentarse un mal precedente de no admitirse su interpretación para el caso del Presidente de Sudán. Sería un precedente que dificultaría, si no es incluso que impediría, la persecución de los genocidios más usuales, que no son precisamente los de las matanzas monstruosas. Está cargada la Fiscalía de razón. ¿No convendría traer un caso de genocidio de pueblo indígena en América, uno de esos casos que Schabas considera poco menos que imposibles, ante la Corte Penal Internacional a fin de abrir brecha en lo que debiera ser la práctica judicial internacional desde hace sesenta años, esto es desde que se adoptó por Naciones Unidas la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio? ¿No ha de ser una vía de protección de los derechos indígenas fundamentales la persecución del genocidio que se comete al conculcarlos gravemente?

Cuando se debatió en Naciones Unidas el proyecto de la Convención sobre el Genocidio hace sesenta años, Brasil se opuso a que se diera pie a la criminalización de las políticas asimilacionistas de pueblos indígenas, las políticas destructivas de sus culturas y apropiadoras de sus recursos. Los Estados americanos, todos ellos, y las por entonces potencias coloniales europeas (Gran Bretaña, Francia, Bélgica...) secundaron a Brasil, procediéndose a una poda del texto de la Convención para eliminarse el genocidio cultural o etnocidio. Quedaron en la descripción del genocidio los apartados b y c vistos (*lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*), pues la descripción de este delito por el Estatuto de la Corte Penal Internacional se limita a reiterar literalmente la añeja de la Convención. Queda la posibilidad de traer ante ella, ante la Corte, casos de genocidio que se están cometiendo a lo ancho y largo de América.

Alan García Pérez es el actual Presidente de la República del Perú. Ha adoptado con decisión e impulsado con energía una política de explotación de recursos que producen palmariamente en la Amazonía el *sometimiento* de comunidades y pueblos indígenas *a condiciones de existencia* que presagian *su destrucción física, total o parcial*. ¿Es este efecto *intencional*? Puesto ante la evidencia, Alan García se ha reafirmado en tal política. Incluso ha propugnado con alarde de publicidad la necesidad de prescindir de los pueblos indígenas para poderse explotar recursos de sus territorios. Potencia actividades extractivas que sabidamente socavan sus modos de vida y envenenan sus medios de existencia. Ha desoído advertencias no sólo de las víctimas, sino también institucionales como las del propio Congreso o las de la Defensoría del Pueblo, advertencias de que su política está atropellando los derechos indígenas y quebrantando el derecho peruano. De parte indígena, una fuerte resistencia se ha planteado en términos de defensa de los propios derechos. Alan García Pérez ha conducido el conflicto a unos términos de enfrentamiento frontal con resultados de muertes. Sólo entonces, ante la constancia de que no consigue doblegar la resistencia indígena, ha comenzado a rectificar, sólo comenzado, pero no a recapacitar. Ahí, con todo, se tiene superado el test de la intencionalidad según lo define la magistrada Ušacka de la Corte Penal Internacional.

Tiene Alan García menos culpas por purgar que Omar Al Bashir, quién lo duda. No se le puede acusar de horribles crímenes de guerra, pero no es tan seguro que no se le pueda imputar la comisión de genocidio (según los descriptores b y c referidos) o de alguno de los crímenes contra la humanidad que también ahora se tipifican por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Interesa el cargo de genocidio por los propios indicios existentes en el caso y también porque es el tipo penal que conviene rescatar como garantía de los derechos de los pueblos indígenas por las Américas. No se puede esperar a que la Fiscalía de la Corte actúe de oficio en un caso tan inédito. Habría de prepararse a fondo la acusación para presentarla bien fundada a la Fiscalía.

III. ¿A QUÉ LLAMAMOS GENOCIDIO?

¿Qué entiende por *genocidio* un periodista peruano cuando pregunta si se ha cometido genocidio en el Perú? ¿Qué entiende por *genocidio* un relator especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuando responde negándolo en redondo? ¿Qué entiende por *genocidio* el Canciller del Perú cuando se muestra ansioso ante la insinuación y aliviado con la negativa? ¿Qué se entiende por *genocidio* de parte

indígena cuando se siente y se dice víctima? En definitiva, ¿qué hay en un nombre? ¿Qué se encierra en una palabra cuya sola pronunciación produce perplejidad, cerrazón, ansiedad y esperanza, ésta la de las víctimas en que el delito se castigue y los daños se reparen, en que se haga justicia en suma?

Genocidio es un neologismo de mediados del siglo XX. Lo acuña en 1944 un jurista polaco, de nombre Raphael Lemkin, para identificar cuanto expone en una obra sobre el sistema nazi que lleva por título *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress* (Régimen del Eje en la Europa Ocupada. Normas de la Ocupación, Análisis del Sistema, Propuestas de Reparación). Es obra que, frente a lo que suele hoy darse por entendido entre quienes la citan sin leerla, no trata de lo que luego se llamaría el holocausto, la matanza masiva y sistemática de judíos, eslavos, gitanos, africanos, homosexuales y un etcétera por parte del régimen nazi y de los gobiernos aliados. No trata de esto. Su autor ni siquiera le daba mucho crédito a las noticias todavía imprecisas que le llegaban del gobierno polaco en el exilio sobre el desenvolvimiento de dicha matanza a escala industrial. Lemkin acuñó la palabra *genocidio* para otra cosa, para algo relacionado pero distinto.

Axis Rule se ocupa de las políticas nazis *desnacionalizadoras* de pueblos *no arios* subrayando además ya de entrada que el mismo término de *desnacionalización* se queda corto para la envergadura, alcance y gravedad de dichas políticas. La obra se ocupaba de las políticas de socavamiento de culturas y desarraigo de pueblos para hacerlas y hacerlos desaparecer sin necesidad de eliminación sistemática de una parte suficiente de sus individuos a fin de conseguir dicho efecto, lo cual, esto último, les resultaba por entonces más bien inconcebible a quienes no eran dirigentes ni ejecutores nazis. A esto llamó Lemkin *genocidio* o también *etnocidio*, pues él fue quien acuñó igualmente este otro términos, bien que como estricto sinónimo. Dicho con términos actuales, *genocidio* nació significando lo que hoy suele llamarse *genocidio cultural* o también, como cosa que ahora se diferencia del genocidio genuino, *etnocidio*. El genocidio genuino resultaría entonces el holocausto y no las políticas de las que éste, el holocausto, sería tan sólo un elemento. Todos estos son conceptos bastante posteriores.

Lo que debe entonces destacarse es que la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio se elaboró bajo la influencia directa y determinante de la concepción desarrollada por Raphael Lemkin en *Axis Rule*. El proyecto oficial del Secretario General la sintetizaba en la debida forma normativa. Los Estados coloniales, de un colonialismo externo desde Europa o también de un colonialismo interno por las Américas, Estados que por entonces formaban mayoría absoluta en Naciones Unidas, intentaron eliminar de la Convención lo que luego se llamaría genocidio cultural o etnocidio, lo cual pondría ciertamente en entredicho de ilegitimidad al propio colonialismo, pero no hicieron esto de forma que desapareciera toda traza ni muchísimo menos. Desde 1948, con la Convención sobre el Genocidio adoptada a finales de dicho año, el derecho internacional de los derechos humanos tipifica el genocidio como algo más, bastante más, que la matanza deliberada y masiva.

Recuérdese cómo quedó entonces y está hoy tipificado el delito de genocidio en el derecho internacional: “*cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e)*

Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo". Una de las formas del genocidio es la *matanza*. Hay otras, otras formas que tienen entidad propia, formas que no se reducen a modulación o cualificación de la *matanza*. Políticas que producen *lesión grave* de la *integridad física o mental* de *miembros*, por ejemplo, de pueblos indígenas con intención de hacer desaparecer a éstos, a los pueblos, en cuanto tales; políticas que les sometan a *condiciones de existencia* que acarreen a la corta o a la larga *su destrucción física, total o parcial*; políticas que persigan la transferencia de infancia y adolescencia de un pueblo a otro o de una cultura a otra poniendo en peligro su reproducción y subsistencia como tales pueblos o tales culturas, todo ello constituye por sí mismo, sin concurrencia de *matanza*, genocidio.

Dicho de otra forma y extrayendo una decisiva consecuencia, las políticas usualmente aplicadas a pueblos indígenas eran y son políticas genocidas. Es forma y es consecuencia que los Estados coloniales, sobre todo entre ellos, tras la década descolonizadora de los años sesenta, los Estados de un colonialismo interno, se han cuidado muy mucho de hacer desaparecer del mapa. El propio Lemkin negaba la posibilidad de aplicación de la Convención al caso indígena porque compartía plenamente la mentalidad colonialista para la que los pueblos indígenas no contarían con culturas que merecieran ser protegidas o que atribuyesen algún derecho de existencia en cuanto que pueblos o culturas con entidad propia. Entendía incluso que la Convención sobre el Genocidio serviría para proteger a la población europea establecida en las latitudes colonizadas de África. Respecto al continente americano pensaba que se habían cometido genocidios durante los tiempos del colonialismo europeo, pero que éste no era el caso de los Estados que le sucedieron.

En resumidas cuentas para lo que importa a efectos prácticos, el colonialismo se conjuró para neutralizar el efecto anticolonialista de la Convención sobre el Genocidio. La descolonización presidida por Naciones Unidas desde 1960 no sirvió para poner en cuestión tamaña desvirtuación. El reto lo asume finalmente, desde el 13 de septiembre de 2007, la Declaración sobre los Derechos de Naciones Unidas, derechos que ahora precisan la debida protección internacional. Dentro de Naciones Unidas, hasta el momento presente, con la Declaración ya en vigor, sólo en el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se ha planteado seriamente tal reto, el reto de recuperar el alcance genuino de la Convención sobre el Genocidio a efectos de la más eficiente protección internacional de los derechos de las personas, las comunidades y los pueblos indígenas.

Hay también ahora en Naciones Unidas un Asesor Especial del Secretario General para la Prevención del Genocidio. Su titular actual, Francis Deng, propugna un concepto amplio del genocidio a los efectos de su debida prevención. Plantea esta dilatación en términos de que debe atenderse la *percepción popular*, la percepción de que exista el peligro de genocidio o de que el mismo se haya consumado. No es una concepción que pueda decirse precisa, pero es sensible y resulta operativa. Para entenderla, ha de tenerse en cuenta que el mandato del Asesor Especial no le permite calificar unos hechos como genocidio, sino sólo alertar sobre indicios de que pueda producirse o de que se haya producido. Su tarea no es la de determinar si existe o no genocidio, sino la de establecer guías y atender señales para vigilar que no ocurra. En estas condiciones, parece una excelente idea la guiarse por los signos de la *percepción popular*, la percepción al fin y al cabo, en último término, de las víctimas.

La percepción popular resulta ante todo en efecto la percepción de las víctimas y, por tanto, en su caso, la de parte indígena. ¿Quiénes, si no, van a estar en mejores condiciones para percibir el peligro sobre la marcha? Son las víctimas por supuesto las

primeras que pueden dar la señal de alarma. Por mucho conocimiento de derecho internacional que se tenga y por relevante que sea el mandato recibido en su caso de algunos de los organismos de Naciones Unidas, ningún experto o experta debiera descartar la posibilidad de genocidio si la *percepción popular* que es ante todo la de las víctimas está clamando otra cosa. No digo que se hubiera de concluir, ya sólo por esto, lo contrario, esto es que existe genocidio, sino que se debe tomar tal clamor como señal primaria de que puede haberlo. Determinar si hay genocidio en un caso concreto para procederse al enjuiciamiento de responsables y a la reparación de las víctimas mediante el debido proceso sólo es competencia de la jurisdicción internacional, la jurisdicción en la actualidad representada principalmente por la Corte Penal Internacional y secundariamente por la Corte Internacional de Justicia.

Respecto al Perú, atiéndase con todo y ante todo la *percepción* de las víctimas, una percepción conforme a la cual, como puede acreditarse por testimonios e informes hechos públicos tanto antes como después de la masacre de Bagua, se viene cometiendo genocidio con anterioridad a esta misma y puede seguirse cometiendo tras ella aún cuando se ceda por la parte actora del delito derogándose algunas medidas y modificándose algunas políticas que conceden desde luego un respiro vital para las propias víctimas. Bagua entonces tan sólo constituye un eslabón en la cadena genocida. Y la coyuntura consiguiente de cierta revisión de normas y de políticas no resulta sino un relativo compás de espera, sólo relativo puesto que las empresas invasoras de territorios indígenas, a las que el derecho internacional de derechos humanos rehuye exigir cuentas, no se dan por enteradas.

A la pregunta del periodista perplejo porque se esté hablando de genocidio, si se me dirigiera, respondería que, a mi parecer, no es que se haya cometido genocidio en el Perú, sino que se está cometiendo. Agregaría que, ante la mentalidad probadamente supremacista e incluso profundamente racista de la clase actualmente gobernante, no parece que haya otro modo de acabar con la comisión de genocidio que por la vía penal internacional. Tampoco hay razón para la ansiedad del Canciller peruano como si se sintiera difamado y perseguido. El caso no puede decirse que sea exclusivo. Si se me dirigiera la pregunta respecto, por ejemplo, a Chile o a Colombia, contestaría lo mismo.

IV. EL ASESINATO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

La masacre de Bagua no constituye genocidio. Es sólo un episodio de un genocidio que viene de atrás y que no parece que pueda detenerse sin el debido enjuiciamiento de los culpables tanto políticos como empresariales. Pero la masacre de Bagua puede constituir por sí sola algún otro delito de derecho internacional, pues no sólo existe como tal el genocidio. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, que el Perú tiene ratificado, contempla, entre los crímenes de lesa humanidad, el asesinato, no cualquier asesinato por supuesto, sino asesinatos cualificados como puedan ser los que se han cometido en Bagua.

El Estatuto habla de *asesinato*, de *tortura* y de *desaparición forzada de personas* como supuestos de *crimen de lesa humanidad* siempre que “*se cometa(n) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”. También tipifica como crímenes de lesa humanidad la “*persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género (...) u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional*”, así como “*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente*

grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (art. 7.1). En suma, hasta el simple *asesinato* puede ser *crimen de lesa humanidad* si se produce en dicho contexto de *ataque generalizado* a un grupo humano. En este mismo escenario, producir *intencionalmente grandes sufrimientos* o atentar *gravemente contra la salud mental o física* pueden ser actos constitutivos de *crimen de lesa humanidad*. Lo cual quiere decir que esos asesinatos, esos sufrimientos y esos atentados contra la salud pueden traerse ante la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Es interesante que la versión inglesa del Estatuto no hable de *assassination*, que implica asesinato cualificado por la posición o condición de la víctima en razón ahora de representación política o representatividad de otro signo y antes, en tiempos, de supremacía social, sino que diga *murder*, provocación intencional de muerte sin más cualificación. Aunque la posibilidad no se haya todavía explorado, pues todo esto es nuevo, puede ahora constituir algo más que *assassination*, verdadero crimen de lesa humanidad, el asesinato no sólo de representante político o persona representativa, sino también de gente común por parte de un grupo terrorista. Al fin y al cabo, para el terrorismo, cualquier miembro de lo que considera otro pueblo o grupo es representativo, bueno para ser asesinado intentando así aterrorizar a toda la respectiva comunidad. Si fuera asesor del Gobierno español o tuviera alguna vía de influencia sobre el mismo, recomendaría llevar ante la Corte Penal Internacional a terroristas etarras. Aparte de rendir una justicia sin sombra de sospecha de ser de parte, abriría camino para otros casos y ayudaría a perfilar la a veces difícil distinción entre derecho de resistencia y puro terrorismo.

Terrorista puede ser también un Estado o, mejor dicho, terroristas pueden ser quienes están a su frente echando eventualmente mano de sus potentes resortes con el fin de generar terror. Puede ser ésta una forma eficaz de *ataque generalizado* contra un grupo de población, pueblo indígena por ejemplo, sin necesidad de mucho alarde de mortandad. Puede aterrorizarse y así consumarse el ataque con tan sólo una muerte. La muerte dolosa de persona significativa de comunidad o pueblo por parte de quien sea, inclusive desde luego de quienes utilicen el Estado para amedrentar y doblegar con el terror que se puede así generar, cabe que sea crimen de lesa humanidad. Y vale lo ya dicho para el terrorismo de a pie. Para el terrorismo de Estado la muerte de cualquiera, incluso al más completo azar, puede bastar como *ataque generalizado* con el fin de aterrorizar a la respectiva comunidad y de mantenerla en su caso sometida a condiciones de vida que atenten *contra la salud* colectiva tanto como individual. La cuestión es entonces si en Bagua se ha cometido este tipo de crimen de lesa humanidad o, mejor dicho, si hay indicios suficientes de que así ha sido para poder procederse penalmente en el orden internacional.

No es fácil la respuesta sin un conocimiento más acendrado de los hechos, el conocimiento que el Gobierno peruano está sospechosamente dificultando, si no incluso impidiendo. Pretende el Gobierno hacer olvidar que el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, tras su visita a Bagua, ha recomendado encarecidamente una comisión independiente de esclarecimiento con participación tanto indígena representativa como internacional institucional al tiempo que el mismo Gobierno repite cansinamente la opinión del mismo, de este Relator Especial, de que no ha habido genocidio en Bagua. Lo que parece por lo demás cierto. Y lo que no significa ni que en Bagua no se haya cometido otro crimen de derecho internacional ni que en el Perú no se esté cometiendo genocidio, valga la triple negación por partida doble que implica por supuesto afirmación: puede

haber crimen de lesa humanidad en Bagua y genocidio en el Perú. El genocidio no sólo consiste en dar muerte y no es por el número de cadáveres cómo se alcanza a cometer genocidio. En fin, ¿cuáles son los hechos en Bagua?

Me guío por la reconstrucción tentativa e interrogante de un buen periodista, Jorge Agurto (<http://www.servindi.org/actualidad/13222>). En la madrugada del 5 de enero, aunque se concediera, lo que dista de ser seguro, que una primera escaramuza en la que ya se causaron muertes hubiera sido más accidental que intencionada, los hechos más sangrientos se produjeron un par de horas más tarde cuando las fuerzas armadas policiales respaldadas por las militares habían tenido tiempo para confirmar órdenes o recibirlas nuevas. Una persona representativa de parte indígena, Santiago Manuin, intentó acercarse al contingente policial haciendo signos de paz y recibiendo por respuesta una ráfaga de metralla con impacto de ocho balas y la suerte de salvar milagrosamente la vida. Otros no la han tenido tanta. Los heridos de lo que ya fue un ataque en toda regla se acercaron a dos centenares y los muertos aun no se sabe, pues hay cadáveres hechos desaparecer por la fuerzas atacantes y personas en paradero desconocido escondiéndose del Estado que ha dispuesto este ataque y rinde honores a quienes les atacaron. La policía estuvo impidiendo el acceso y la asistencia a las víctimas. En estas condiciones, es una irresponsabilidad ofensiva dar cifras por seguras.

Estos son hechos ocurridos el 5 de junio en Bagua. ¿Y qué decir de su contexto? Si hay una causa próxima de esos sangrientos incidentes, es la negativa rotunda del Gobierno a entrar en diálogo con indígenas que se oponen a la invasión de su territorio por industrias extractivas con patente gubernativa, invasión que se ha franqueado y acelerado últimamente por la política de la segunda Presidencia de la República de Alan García con efectos como los descritos por la tipificación internacional del crimen de lesa humanidad. Hay informes acreditativos y acreditados que fueran publicados con anterioridad a los acontecimientos de Bagua y que no han hecho pestañear ni el Presidente de la República ni a sus sucesivos Gobiernos, el de Jorge del Castillo y el de Yehude Simon. El primero cayó precisamente por la pujanza de la resistencia indígena. Si pudiera haber habido dudas sobre el conocimiento de causa y la intencionalidad consiguiente de unas políticas de efectos criminales, son dudas que se despejan por el empecinamiento de una Presidencia y de unos Gobiernos en mantenerla y no enmendarla. Después de Bagua, se han derogado un par de medidas entre las más lesivas para los pueblos indígenas y se ha levantado el estado de emergencia que se declaró contra ellos, pero no se dan muestras de recapitación y propósito, con la rectificación, de reparación.

En todo caso, el crimen está cometido y los responsables están a la vista, el presunto crimen y los presuntos criminales, por supuesto, mientras que no haya acusación y condena mediante el debido proceso. La justicia peruana ni siquiera es para identificar y procesar a los últimos ejecutores de la orden de ataque, los policías que dispararon con balas de metal a cuerpos humanos que incluso se pusieron a tiro por intentar un diálogo, ¿cómo va a esperarse que sirva para actuar respecto a los responsables de unas políticas y mandantes de un ataque? Afortunadamente, ya hay unos tipos delictivos de derecho internacional, los crímenes de lesa humanidad, y una corte de este mismo carácter internacional, la Corte Penal Internacional, que señalan el camino hacia la justicia, hacia una justicia imposible por ahora en el Perú.

En el orden penal internacional, no todo es genocidio. En el Perú, además del genocidio, hay crímenes de lesa inmunidad impunes. Los hay con complicidades de dentro y de fuera de lo más inesperadas en no pocas ocasiones, no faltando de medios

de Naciones Unidas. La Corte Penal Internacional presenta al menos la ventaja de ser joven y así no lastrada todavía por doctrinas contrarias al propio derecho que la rige.

V. LA GRAN DISCRIMINACIÓN.

Por las Américas, hay Estados que se pueden permitir el lujo de ignorar olímpicamente el derecho penal internacional en lo que respecta a actos propios. Hay otros que lo suscriben de forma ostentosa con la confianza y hasta seguridad de que no se les aplicará incluso por mucho que se manejen con políticas criminales. Al día de hoy, pareciera que el derecho penal internacional existe para aplicarse tan sólo a ciertas zonas del mundo entre las que no se comprenden las Américas. Los pueblos indígenas han visto reconocidos formalmente por Naciones Unidas sus derechos como tales, como pueblos, pero como tales, en cuanto que pueblos, carecen de la protección penal internacional que algunos de esos derechos urgentemente necesitan. Y esto no ocurre desde luego por previsión explícita del derecho penal internacional, sino por un entendimiento del mismo de signo y fondo todavía racistas.

La tipificación internacional del delito de genocidio no nació ciertamente a mediados del siglo XX, en 1948, para prestar protección a los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas. No hizo esto ni la concepción más amplia del proyecto de convención ni la más restringida de la Convención definitiva. Sin necesidad de consignarse textualmente en la norma, por efecto cultural de la mentalidad colonial, los pueblos indígenas se tenían por sencillamente excluidos de esta atención internacional. Sin embargo, el potencial de tal protección, sin siquiera efectuarse enmiendas del instrumento, existía. Más aún cabría esto si la reforma se producía. Y la reforma ha venido por vía de ampliación de tipos delictivos con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El reto entonces consiste en hacerse cargo y extraer las consecuencias. Y este reto tiene hoy un nombre: Perú.

Desde hace sesenta años, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio declara explícitamente que se destina a proteger a grupos de carácter *nacional, étnico, racial o religioso*, con lo que los pueblos indígenas de las Américas podían quedar comprendidos al menos por dos de dichos descriptores o incluso, según casos, por todos ellos, por los cuatro. Sin embargo, en la comunidad internacional que funda Naciones Unidas, cuando dicha Convención se adoptó, religión de un pueblo indígena americano no se tenía por tal, sino por superstición, y etnia indígena americana era un contingente sin entidad humana para ser tomado en consideración a efectos ninguno de protección frente al empeño de los Estados en suerte por diluirlo en la ciudadanía no indígena. Y así sucesivamente para cualquier cualificación. Esto tenía un nombre que no se le daba, el de racismo por supuesto. El peor racismo se caracteriza por no reconocerse a sí mismo como tal, como racismo, allí donde más visceral e irremisiblemente se aplica.

La Convención sobre el Genocidio también sufrió una severa poda a partir de un proyecto bastante más abarcador. Este, el proyecto, también se refería a grupos de carácter *político*, lo que se suprimió. Y describía ampliamente el genocidio cometido por vía de políticas extintivas de culturas de los grupos de carácter *nacional, étnico, racial o religioso*, lo que igualmente trató de eliminarse, dejándose pocos trazos que en todo caso evitaron que el genocidio se identificara completa y exclusivamente con la extinción o diezmamiento por vía del asesinato en masa. En la Convención definitiva, la práctica eliminación del genocidio por vía *política* menos criminal o no sangrienta

abundó seriamente en la exclusión sobrentendida del supuesto de los pueblos indígenas de las Américas. Dicho en breve, los pueblos indígenas americanos de hecho se quedaron sin protección penal de derecho internacional.

Hubo además una limitación sobrevenida. En 1988, cuando Estados Unidos ratifica así de tardíamente la Convención sobre el Genocidio, añade una serie de interpretaciones entre las que figura que la intención genocida que ha de darse para la existencia del delito debe ser “*specific intent*”, dolo especial, un grado de intencionalidad poco menos que imposible de probar para un delito como el de genocidio incluso en la mayor parte de los casos sangrientos. Otra de las interpretaciones añadía que ni siquiera el *specific intent* es suficiente cuando la matanza se produce en el contexto de un conflicto armado. Con tamaña limitación, Estados Unidos no pensaba tanto en hacer imposible la prueba de genocidio con carácter general como en protegerse sus propias espaldas por causa de su presencia militar y sus habituales intervenciones armadas fuera de sus fronteras. Pero el caso es que la doctrina y la jurisprudencia internacionalistas han hecho suya esta restricción suplementaria de la tipificación del genocidio, una restricción que prácticamente culmina su inhabilitación a efectos prácticos. Antes de 1988, Estados Unidos se había resistido a la ratificación de la Convención no porque pudiera calificarse como tal su tratamiento de los pueblos indígenas, lo cual ni se tomaba en consideración internacionalmente, sino por la posibilidad más real por entonces de que se le acusase de genocidio por la práctica sureña de linchamiento habitual de afroamericanos.

En la secuencia de esta historia, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente desde mediados de 2002, representa una relativa recuperación del concepto más amplio de genocidio por otra vía que la de reforma directa de la Convención. Y un intento también de que ésta por fin se desbloquee con carácter general, no sólo para casos particulares como el de Yugoslavia o el de Ruanda como ya se estaba haciendo. En el Estatuto, la tipificación del genocidio se mantiene en forma por completo literal añadiéndose inmediatamente unos crímenes de lesa humanidad que suponen esa relativa recuperación de tipos eliminados en 1948 y ese intento de desbloqueo. Comenzándose porque el genocidio aparece ahora como algo aparte y distinto a los crímenes de lesa humanidad, el conjunto resulta un tanto desarticulado, con aparentes reiteraciones inclusive, lo cual significa que queda una importante tarea de interpretación e integración por parte de la Corte Penal Internacional que el Estatuto establece. Todavía no ha transcurrido un tiempo suficiente para que se produzca y asiente esa necesaria jurisprudencia. De momento, el rodaje de la Corte Penal Internacional da la impresión de cierta disgregación. Los casos en curso miran a acciones sangrientas más que a otras políticas y ello además con una preocupante concentración en los procedentes de África subsahariana central, de una zona de Estados de poco peso en el orden internacional, preocupante no porque se ocupen de casos africanos, sino porque solamente se ocupen de ellos y porque en ellos se procesen tan sólo a personas africanas. ¿No hay europeos o euroamericanos, políticos o empresarios, con responsabilidades en esos mismos casos?

Volvamos a los pueblos indígenas de las Américas, a la necesidad de su protección penal por el derecho internacional. ¿Es plausible? Los Estados de las Américas son Estados de peso en el orden internacional desde los tiempos de su participación decisiva en la fundación de Naciones Unidas. La sola insinuación de que se les pueda imputar, aun con acopio de evidencias, genocidio o crímenes de lesa humanidad produce automáticamente entre escepticismo y rechazo en la comunidad internacional. Y provoca indignación en los Estados mismos por supuesto. Con Estatuto de la Corte Penal Internacional y todo, con su reanimación del compromiso

internacional frente al genocidio y crímenes similares por atentar contra la integridad de grupos humanos, no hay visos de entusiasmo ni entre los Estados ni en Naciones Unidas ante la reclamación de protección penal de derecho internacional para los pueblos indígenas. ¿Para qué entonces nos dotamos de un derecho penal internacional si una buena parte de los Estados, incluso entre los signatarios del Estatuto, pueden fácilmente neutralizarlo y hacerlo así inservible para proteger por su medio a una buena parte de la humanidad? La indígena es siempre la más categóricamente excluida.

La doctrina especializada tampoco ayuda por ahora. La protección penal de derecho internacional de los pueblos indígenas no es que se sacara del mapa del derecho internacional, sino que nunca ha llegado a entrar en él, de ahí la dificultad de introducirla. La doctrina jurídica tiene tendencia a crear tractos de autoridad presuntamente científica que reproducen el punto ciego. Las obras más especializadas, como eminentemente *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional* de James Anaya, el actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, no abordan ese capítulo de la protección penal (la última edición de *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional* es de 2004; versión española, Trotta, 2005). No hay todavía obra ni doctrina que tome debidamente en cuenta a los efectos penales la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2007. Tales derechos ahora formalmente reconocidos merecen una protección penal de la misma parte internacional no inferior a la de los derechos humanos de gentes no indígenas.

Hasta una fase muy avanzada de elaboración, el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas específicamente proscribía el *etnocidio o genocidio cultural* en protección del correspondiente derecho: “*Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura*”. La proscripción ha sido eliminada del texto definitivo, lo que no afecta por supuesto al correspondiente derecho. Esto quiere decir que no hay un tipo específico adicional de genocidio en protección de pueblos indígenas, pero no que se les excluya en lo más mínimo del régimen general. Para el derecho internacional, no constituye entonces genocidio cualquier política lesiva de culturas indígenas, pero sí lo es aquella que produzca los efectos descritos por la Convención sobre el Genocidio y ahora también por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Y los crímenes de lesa humanidad tipificados por esta última también ofrecen protección penal a los pueblos indígenas más allá, bastante más allá, del supuesto de genocidio sangriento. ¿Cómo se va a estar protegiendo penalmente a *grupos étnicos* sin derechos propios en cuanto tales para el derecho internacional y no a los pueblos indígenas? La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas está de hecho clamando porque esta materia del derecho penal internacional se clarifique de una vez para que no se les siga discriminando y perjudicando en un aspecto tan esencial.

¿Se entiende ahora la importancia del caso del Perú? Aquí nos encontramos con políticas genocidas que además han conducido a crímenes de lesa humanidad, como el cometido en Bagua el 5 de junio de 2009, una situación que, de traerse ante la Corte Penal Internacional, podría realmente impulsar el esclarecimiento jurisprudencial de la serie de delitos no bien articulados por su Estatuto, un esclarecimiento que de seguro beneficiará a todos los pueblos indígenas del mundo. Pero esto, siendo de lo más apropiado y necesario, no es con todo lo más importante y perentorio para el Perú. Lo más importante y perentorio para el Perú es que por sus latitudes se cometen crímenes

tanto de genocidio como de lesa humanidad y que estos crímenes no deben quedar impunes y sin la debida reparación.

Nota: La base de esta reflexiones pueden encontrarse en mi libro *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, (Giuffrè, 2008; no hay edición en castellano). Para los casos de la Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Cases>. Testimonios, crónicas e informes sobre las políticas de efectos genocidas en el Perú y sobre la masacre de Bagua más en particular se tienen publicados en el mismo blog donde se edita originalmente este escrito: <http://clavero.derechosindigenas.org>, entradas desde el mismo día 5, el de dicha masacre, hasta el 25 de junio.