

HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN NORMATIVA DEL DELITO DE GENOCIDIO. APLICACIONES CONCRETAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS*

SUMARIO

I.—CONSIDERACIONES PARA UNA FUNDAMENTACIÓN COMPLEJA DEL DELITO DE GENOCIDIO. II.—ELEMENTOS PARA UNA FUNDAMENTACIÓN MATERIAL DEL DELITO DE GENOCIDIO. 1. Responsabilidad internacional de los Estados. 2.—Principio de Humanidad. 3.—Responsabilidad internacional agravada. 4.—Una consideración elástica y evolutiva del *ius cogens*. 5.—Evidencia de Crimen de Estado. III.—CONSIDERACIONES FINALES. IV.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo pretende ensayar razones para repensar las dimensiones, profundidades y aristas del concepto de genocidio, desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Lejos de una reformulación de su contenido o una reconceptualización del término que le da vida y cabida, pretendemos apoyarnos en la radicalidad de la enunciación abierta del artículo II de la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*. Desde ahí, el genocidio es una negación del derecho a la existencia, individual y colectiva, de grupos, comunidades y pueblos. El trabajo expondrá las razones por las que este concepto de genocidio ha caído en desuso, implicando ello una fuerte degradación democrática en el test de derechos de muchos Estados, a partir de operadores jurídicos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La experiencia de exterminio, persecución y genocidio de los pueblos indígenas es un ejemplo clarísimo de las deficiencias democráticas de muchos Estados en el tratamiento de estos pueblos, especialmente en América Latina.

Palabras clave: Pueblos indígenas; Derechos humanos; Genocidio.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto.

ABSTRACT

This paper aims to test reasons for rethinking the size, depth and edges of the concept of genocide from the perspective of indigenous peoples. Far from a reformulation of its contents or a reconceptualization of the term that gives life and place, we intend to rely on the radical enunciation of the Article II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. From there, genocide is a denial of the right to existence, individually and collectively, of groups, communities and peoples. The work shall expose the reasons why this concept of genocide has fallen into disuse which suppose a strong degradation in the test of democratic rights in many states, from legal practitioners as Interamerican Court of Human Rights. The experience of extermination, persecution and genocide of indigenous peoples is a perfect example of the democratic shortcomings of many states in the treatment of indigenous peoples, especially, in Latin America.

Key words: Indigenous Peoples; Human Rights; Genocide.

Este trabajo pretende ensayar razones para repensar las dimensiones, profundidades y aristas del concepto de genocidio, desde la perspectiva de los pueblos indígenas, y, especialmente, desde argumentos normativos inferidos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por tanto, ubicados en el contexto de América Latina. Lejos de una reformulación normativa de su contenido o una reconceptualización del término que le da vida y cabida, pretendemos asirnos a la radicalidad de la enunciación abierta, flexible y evolutiva del artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de, cuando expresa:

«En la presente Convención, se entiende 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;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo».

La radicalidad de la formulación preliminar —cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso— es suficientemente dilatada como para recoger las aspiraciones, exigencias y proclamas que deben ser objeto de protección y garantía: la suerte masiva y colectiva de los pueblos indígenas. El genocidio es, por tanto, una negación del derecho a la existencia,

individual y colectiva, de grupos, comunidades y pueblos. El diagrama socio-histórico, su diacronía, nos obliga a forzar la lente de este concepto y focalizarla hacia aquellos pueblos que han sufrido y sufren con especial intensidad y extensión la negación del derecho a la existencia: los pueblos indígenas. No estimamos necesario recategorizar, ampliar o completar el término a través de una suerte de neologismo jurídico que permita otorgar luz a lo que permanece en la oscuridad. Constituye una actitud más acorde con lo construido, luchado y avanzado, encarnar y dar forma real al concepto de genocidio, incluyendo la radicalidad de sus consecuencias, pensándolo a partir de las experiencias de la realidad global.

No se trata de dar por perimida la validez de un concepto dada la incapacidad contemporánea que se está mostrando para su aplicación y uso; dicha incapacidad tiene que ver más con los límites que muestran las democracias para reconocer y aplicar, en sus feudos y ámbitos de soberanía, un concepto que humilla y degrada el proceso de construcción de las sociedades occidentales. Estamos, por tanto, ante una incapacidad política de las democracias, no pudiéndonos engañar con la enunciación de vías atajadas para su superación, como la reformulación sintáctica y semántica de un concepto que todavía no ha podido ser aplicado: el genocidio.

Procederemos en este escrito mostrando razones por las que este concepto ha caído en desuso, implicando, con ello, una profunda distorsión del sentido de corrección política de las «modernas democracias» manejan. Para afrontar tal propósito, la experiencia de exterminio, persecución y genocidio de los pueblos indígenas será el vector que canalizará, como excusa metodológica, todas nuestras argumentaciones políticas y jurídicas.

De la sugerente y provocativa definición de genocidio se deriva la necesidad de encono y ensañamiento en sus formas de perpetración, lo que presupone la connivencia y colaboración de toda una estructura social en su materialización. Por ello, la asociación para cometer genocidio, la instigación directa, la tentativa, la complicidad, son todas ellas acápites de un guión bien trabado. Ello adquiere dramática intensidad cuando analizamos las prácticas de genocidio perpetradas contra los pueblos indígenas.

I. CONSIDERACIONES PARA UNA FUNDAMENTACIÓN COMPLEJA DEL DELITO DE GENOCIDIO

Poder hablar con propiedad de genocidio exige pertrecharse con un fundamento ampliado del mismo que permita comprender, ubicar y definir su contenido. Ello supone escapar y desasirse de una connotación simplista de estas prácticas, ya que la sombra del genocidio se proyecta sobre la secuencia temporal de sus propios supuestos; tiene, por tanto, una dimen-

sión reversible y prospectiva¹. Nos referimos al hecho de que el genocidio no se arraiga en un vórtice, en un punto de inflexión, en un momento puntual hacia el que poder dirigir la atención y la determinación jurídica. Las prácticas de genocidio responden a una lógica secuencial; no son nunca el objetivo inicial de una incierta voluntad política, sino la consecuencia de una serie de planes fallidos, la concatenación de frustraciones en el celo por imponer un modelo de Estado y de *demos*. Por ello, habrá que hablar en toda práctica de un momento pre-genocida, aquel que va preparando su momento más intenso, proceso que anticipa, justifica, permite y explica una suerte de «solución final»; el momento genocida por excelencia, aquel que conlleva el desencadenamiento de la violencia en su forma más enérgica y descarnada, el paroxismo de una agresión aderezada por unas coordenadas tempo-espaciales concretas, proyectadas hacia un sujeto, individual o colectivo, que es elegido con anticipación y descarnada alevosía; el momento post-genocida, en donde se sedimentan las consecuencias de una agresión estructural, colectiva y multidimensional, momento en el que las formas de injusticia se enseñorean impunes por la historia.

Repensar, en este marco, las exigencias de la responsabilidad internacional de los Estados² supone asumir la dimensión compleja de las prácticas genocidas, conscientes de que la realización de la justicia pasa por la consideración transversal de estos tres momentos, del análisis y discernimiento de las formas de violación específicas que aparecen en cada uno de ellos, y de la dimensión concatenada y holística con la que se aplican y expresan. El reto para el derecho consiste en asumir el «pre», el «en» y el «post» como una unidad inescindible y coimplicada de agresiones, formulando propuestas de justicia y mecanismos de garantía que no olviden esta hilvanación compleja de tiempos, espacios y consecuencias.

Si existen derechos colectivos, como es el supuesto de la territorialidad, jurisdicción o autonomía de los pueblos indígenas, también existe su reverso: violaciones colectivas de los mismos, como las prácticas de genocidio, con expresiones complejas en su forma de aparición y desenvolvimiento. Hasta ahora la razón jurídica ha operado y trabajado con expresiones simples, localizadas y lineales de agresión y violación de los derechos humanos. El genocidio nos ubica ante un paradigma complejo de violación, en donde las lógicas procesales y las secuencias tempo-espacia-

¹ Esta es la pretensión y el objeto de estudio del recién inaugurado proyecto *On Line Encyclopedia of Mass Violence*, que trata de desarrollar, en concreto, una *Theory of Critical Genocide Studies*, en www.massviolence.org

² Como se desprende de los contenidos de la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, A/RES/56/83 de 28 de enero de 2002.

les clásicas quedan burladas, superadas, descompuestas. Es este paradigma el que exige ser jurídicamente repensado para poder otorgar un soporte de garantías que asuman las exigencias de una *justicia compleja* que demanda trascender las formas decimonónicas con la que se ha venido presentando en el marco de los Estados.

Esta dimensión tripartita del genocidio, como ensayo de definición, nos obliga a comprender que no se trata de crimen solitario, aislado, puntual. Nos impele también a considerar que en su diseño y perpetración, confluyen y se anudan imaginaciones genocidas, junto con el espanto y la virulencia de las atrocidades reales. En el seno de estas prácticas acontece una suerte de fractura y segmentación entre los tres momentos, tendiendo a presentar la praxis genocida como un acto de agresión puntual y concreto, desvinculada de las fantasías tediosas y criminales que lo van anidando en la historia de un pueblo o minoría, y de las formas de integración, emigración o inmigración forzosa con que se ha venido tratando a estas comunidades humanas, dentro siempre de los marcos de soberanía de los Estados³. En esta trama de complejidades habría que considerar la imprevisibilidad que implica afrontar y hacerse cargo de las prácticas de genocidio; las dificultades que plantea la anticipación o prevención sobre este delito, ya que su realización exige una combinación solapada y connivente de diferentes estructuras de poder; la existencia de incentivos socio-históricos que motiven y promuevan, en un momento concreto, estas acciones; y la existencia de unas circunstancias y oportunidades que abren la historia para que el poder y las motivaciones se concreten por medio de estas macabras prácticas⁴.

Este ejercicio de simpleza, de presentar la alevosía del diseño pautado y reposado de un acto de agresión genocida como si de un momento instintual y esporádico se tratara, tiene una serie de consecuencias perversas desde el punto de vista del análisis de este delito y de sus garantías. Lle-

³ Piénsese en el largo proceso de incubación del genocidio nazi; de los pogroms estalinistas cocinados a partir de soportes ideológicos, que complejifican la comprensión de las formas de genocidio, como fueron los Protocolos de los Sabios de Sión; del clasicidio de los jemeres rojos; del exterminio étnico en Kosovo y Ruanda, y un largo etc.

⁴ Desde estas consideraciones, estando de acuerdo con las tesis de fondo de obras como la de Bauman y Mann, es necesario apercebir que la dimensión compleja del genocidio que se propone escapa, en alguna manera, a una clasificación del mismo como práctica exclusivamente moderna. Una cosa es que la Modernidad acentúe, con el devenir de la democracia estas prácticas. Sin embargo, la imprevisibilidad descrita, hace que en la consideración de una teoría o de un conocimiento general sobre el genocidio, se tengan que fijar, necesariamente, muchas más variables para explicar y dar razones del mismo. Como se ha dicho, el genocidio cometido en Ruanda encajaría en esta fractura de las comprensiones simplistas del genocidio; es decir, evidenciaría que el análisis de los genocidios tienen que realizarse desde el paradigma de un pensamiento complejo.

va, por ejemplo, a la difuminación de la cadena de mando, a la disolución de los juegos de implicaciones y co-responsabilidades entre los autores intelectuales del acto y los perpetradores materiales; a la ininputabilidad del delito de genocidio al Estado y a sus responsables por la liquidación de los nexos causales entre el momento pre-genocida y el hecho bruto del genocidio; a la incapacidad del Derecho para demostrar la implicación de la mano artera del Estado en el diseño y ejecución de estas acciones y prácticas⁵, revelando la incapacidad procesal del derecho y de sus garantías para afrontar el delito de genocidio en su complejidad.

En el panorama académico reciente existen intentos sólidos y bien intencionados de repensar y reconceptualizar la complejidad y multidimensionalidad de un concepto como el de genocidio. Michael Mann, por ejemplo, adjetiva masacres como las producidas bajo el régimen de Stalin o de Pol Pot como «clasicidio» y «politicidio», reservando el concepto de genocidio para la destrucción de grupos étnicos o religiosos, como los pueblos indígenas⁶. Mark Levene, sin embargo, incluye todas estas formas de violencia atroz dentro del polivalente concepto de genocidio y lo define como: «*the state-organised total or partial extermination of perceived or actual communal groups*»⁷. En consonancia con estos autores y otros⁸, defendemos teóricamente el concepto de genocidio para referir muchos de los actos de agresión que han sufrido y siguen sufriendo los pueblos indígenas, en estricta concordancia con la definición de la Convención de

⁵ Una excepción en relación con lo que venimos relatando sería el contenido material de la demanda presentada en el caso *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala*, sometida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de julio de 2002 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se señalaba, en sus párrafos 3, 55, 63 y 129, que: «La masacre fue perpetrada en el marco de una política genocida del Estado de Guatemala realizada con la intención de destruir, total o parcialmente, al pueblo indígena maya. (...) fueron ejecutadas mediante actos de crueldad excesiva dirigidos a la eliminación de las personas o grupos de personas previamente identificados como objetivo de los operativos militares y a provocar terror como mecanismo de control social (...) Las masacres y operaciones de tierra arrasada significaron el exterminio de comunidades mayas completas, así como la destrucción de sus viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de sobrevivencia, con lo que transgredieron el derecho a la vida, a la identidad étnica o cultural del pueblo maya y el derecho a expresar y divulgar la cultura, entre otros (...) La masacre de Plan de Sánchez estuvo enmarcada dentro de una estrategia estatal destinada a destruir un grupo étnico a través de operativos militares, que significaron la masacre de miles de miembros del pueblo indígena maya, la huida de los sobrevivientes, la destrucción de sus economías de subsistencia y finalmente el sometimiento intencional de miles de indígenas mayas a condiciones de existencia de dependencia de la estructura militar (...)».

⁶ MANN (2007): 17.

⁷ LEVENE (2005): 6.

⁸ KUPER (1984): 32-47; SMITH (1987): 24-27; FERNÁNDEZ-PACHECO (2011): 25 y ss.; MAY (2010): 4 y ss.

1948. Lo que resulta necesario, sin embargo, es pensar de manera ampliada y valiente el concepto de responsabilidad internacional de los Estados, ya que ésta constituye el fundamento para articular una nueva forma de comprender las garantías en la dogmática jurídica; así como en los supuestos de graves violaciones de derechos humanos, y, muy especialmente, en el análisis de las prácticas que nos convocan: el genocidio contra los pueblos indígenas.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) tuvo oportunidad de analizar el concepto de genocidio en el caso *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, en febrero de 2007, en relación a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio⁹. La Corte se pronunció acerca de sentido y alcance de las obligaciones establecidas por la Convención de Genocidio en relación a un Estado. Estableció que los Estados parte de la Convención pueden incurrir en responsabilidad internacional por incumplir la obligación de prevenir y sancionar el crimen de genocidio, como también por cometer dicho crimen. Tal responsabilidad —al no ser de naturaleza penal— brota originariamente del derecho internacional¹⁰, específicamente de la Convención de 1948 y, por tanto, deben aplicarse al caso las normas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El fallo de la Corte resultó, sin embargo, limitado e insatisfactorio en relación a dos cuestiones materiales importantes: una primera en relación a la necesidad de probar la intención genocida, o *dolus specialis*, para lo que la Corte estableció que la intención (de cometer genocidio) se exigirá y aplicará a los actos perpetrados por individuos, pero no a los realizados por el Estado. La Corte tuvo enormes dificultades para una fundamentación ampliada del delito de genocidio que pudiera imputar a Estados ya que la evolución y el propio desarrollo del concepto sólo ha permitido una consideración individual de la responsabilidad y, por tanto, de la imputabilidad, dejando fuera a los Estados. La Corte solventa tal dificultad —las de la responsabilidad del Estado— recurriendo a la misma metodología utilizada en relación a cualquier otro hecho ilícito¹¹. La Corte establece la necesidad de identificar al grupo contra el que se hubiera cometido el crimen, exigiendo, para ello, que dicho grupo sea definido por sus características positivas —nacionalidad, etnia, raza o religión—, y no por la falta de alguna de ellas.

Una segunda cuestión, estructuralmente vinculada a la anterior, tiene que ver con la estrecha comprensión que la Corte exhibe del concepto de

⁹ Caso *Sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c/ Serbia y Montenegro*.

¹⁰ LOEWENSTEIN and KOSTAS (2007): 3

¹¹ Caso *Sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio - Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, p. 401.

control para atribuir actos a un Estado, confirmando, de esta manera, el criterio adoptado en su sentencia en el caso *Nicaragua contra Estados Unidos* de 27 de junio de 1986. La Corte afirmó que sí existió genocidio en Srebrenica en 1995, perpetrado por las fuerzas VRS de la República Sprska; sin embargo, consideró, a su vez, que las pruebas no eran suficientes para atribuir responsabilidad al Estado Serbio. Tal afirmación resulta inaceptable para parte de la doctrina que consideraba que el vínculo entre VRS y el Estado serbio estaba suficientemente probado a través de la asistencia económica, logística y militar del mismo. El fallo también resultó insatisfactorio si se considera la naturaleza y la morfología de los conflictos armados actuales, así como la diversidad de actores presentes en todos ellos.

Sin embargo, y sin que actúe como razón justificativa, habría que hablar de algunas constricciones y limitaciones de partida con las que se encontró la Corte. Una sería trabajar bajo el estrecho y limitado ámbito jurisdiccional que le confería el artículo IX de la Convención de Genocidio¹²: sólo para actos de genocidio. Otra sería la obligación de la Corte de distinguir y delimitar entre el concepto de genocidio —estrictamente definido en el artículo 2—, de otros crímenes cometidos a lo largo del conflicto, como crímenes en contra de la humanidad, para las que no disponía de jurisdicción propia¹³. La Corte, además, no estaba autorizada para aplicar normas de derecho internacional general que prohibieran la comisión de crímenes de genocidio por parte de un Estado. Si se tienen en cuenta las dificultades contextuales, políticas y doctrinarias¹⁴ que la práctica real impone para imputar responsabilidad por genocidio a un Estado, junto con la imposibilidad para juzgar —por ausencia de jurisdicción— por la comisión de otros crímenes —de guerra o contra la humanidad— que guardan una suerte de estatuto de proximidad, interdependencia y continuidad con el delito de genocidio, puede entenderse el estrecho, complicado y delicado margen con el que disponía la Corte para una sentencia con otros de-

¹² Artículo IX: «Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.

¹³ M. MILANOVIC (2007): 671.

¹⁴ Una parte de la doctrina venía argumentando que la Convención no crea para los Estados contratantes la obligación de no cometer genocidio, sino que se limita a establecer para éstos obligaciones en materia criminal. Se trataría, por tanto, simplemente de un tratado que establece una mera cooperación judicial entre los Estados contratantes para asegurar la prevención y castigo del delito de genocidio a través de la adopción de legislación nacional apropiada, así como el ejercicio de la jurisdicción penal y la extradición de personas sospechosas de haber cometido genocidio. Cf. En este sentido CASSESE (2007): 876; P. GAETA (2007): 623 y 641.

rroteros. El carácter limitado y restringido de la jurisdicción no permitió una interpretación elástica y evolutiva del concepto de genocidio, co-implicado e interdependiente con otras expresiones de crímenes contra la humanidad, lo que hubiese permitido esbozar una presencia latente o diferida del genocidio a través de la imputabilidad de responsabilidad por estos otros crímenes. Factores políticos, diplomáticos y doctrinarios influyeron en que la sentencia fuera de este tenor, más allá de la singular y acotada responsabilidad de la Corte.

Podemos concluir que la Convención de 1948 tipifica el delito de genocidio con fundamentos materiales muy limitados al blindar la posibilidad de imputar a los Estados por actos de genocidio. Por otro lado, la Convención sobre *Apartheid* adopta una situación completamente diferente al fijar responsabilidades individuales y estatales en relación a este delito, cuestión que hubiera sido deseable también para el delito de genocidio.

Es precisamente la falsa equiparación entre *demos* y *ethnos* la que está en juego en todo el debate al que nos abren los pueblos indígenas en el marco de los Estados: lo democrático es aquello que coincide con las expectativas y exigencias de la Nación mayoritaria, quedando expurgadas las naciones sin Estado, aquellas que rehúyen el bien común y el interés general. En este contexto, mentar la plurinacionalidad constituye una agresión a los valores patrios, a los intereses globales, a la ciudadanía que nos reúne como un cuerpo inconsútil que no admite fisuras ni desagregaciones. Y en este mismo paraje, la presencia de los pueblos indígenas es explicada según la máxima schmitiana de entender y definir lo político: como una relación sin consensos ni comunicaciones entre el amigo y el enemigo; como una pugna desafortada entre grupos que claman por diferentes formas de comprender la soberanía, el territorio y la vida.

En esta tesitura, el genocidio asoma como una expectativa plausible para reordenar el Estado y sosegar la unidad nacional. El genocidio, como enfatiza Mann, ocurre cuando el Estado está en crisis y su sostenibilidad en peligro; no es nunca el objetivo inicial de los aparatos del Estado, sino consecuencia de un estado generalizado de crisis, la prolongación necesaria de una serie de intentos baldíos por instaurar coercitivamente la unidad estatal y la solidaridad nacional.

Esta aseveración puede ser claramente trasladada para pensar la condición y el estatuto de los pueblos indígenas en el seno de los Estados. La exclusión de estos pueblos es ya expresión naturalizada para dar medida de las formas de inserción de los mismos en muchos Estados-Nación. Su estatuto ambiguo de no-inclusión o de inclusión condicionada y administrada, hizo plausible el genocidio como delito mudo, como concepto vago e indeterminado. De esta manera el genocidio indígena encontró su justifi-

cación más intensa en la falta de «deber» de estos pueblos con respecto a los poseedores coloniales de la tierra y el territorio. De ahí la importancia tan vital que hoy día, como contra-respuesta a todo este proceso de exclusión, tiene el territorio en cuanto derecho sustantivo de toda cosmovisión indígena. Puede afirmarse sin ambages que la universalidad de los derechos humanos —y su reverso, esto es, la forma de comprender los delitos y sus vulneraciones— ha sido parte del problema, más que la solución anhelada. De ahí que autores como Rancière hayan afirmado con encono que la democracia es la regla de aquellos que no tienen cualificación para ejercer el poder, careciendo de cualquier especificidad en común¹⁵.

Esta afirmación, desgraciadamente, tiene, muchas veces, una aplicación directa a la realidad y situación de los pueblos indígenas. En América Latina esto se ha venido ensayando como un proceso empeñado, muchas veces, en aplacar la emergencia de procesos y dinámicas como las de los pueblos indígenas, articulada en torno a consideraciones de derechos colectivos como la autonomía, la territorialidad y la jurisdicción. La invocación de derechos ancestrales y de reivindicaciones de soberanía permanente sobre los recursos naturales situados en territorios indígenas, ha expuesto estos pueblos a la feroz mirada de las nuevas estrategias de seguridad global. Así lo expresa con claridad el informe *Tendencias Globales - 2020*, producido por el Consejo Nacional de Información de los EEUU, en donde se da razonada medida de todos aquellos escenarios que suponen una amenaza a la seguridad nacional del país.

Las reivindicaciones territoriales y soberanas de los pueblos indígenas están empezando a suponer, por tanto, un reto punzante para los intereses del mercado y del capital trasnacional, afectando e implicando, con ello, a los Estados. De ahí, que por razones estratégicas del capital trasnacional los pueblos indígenas estén ocupando una «centralidad problemática» en lo que hace referencia al respeto y garantías de sus derechos humanos, precisamente por el territorio y los lugares que ocupan. Es aquí donde el genocidio ejercitado contra estos pueblos ocupa un necesario lugar de análisis y discernimiento teórico y jurídico.

Además, desde el punto de vista estatal, los reclamos de plurinacionalidad de los pueblos indígenas implican un serio toque de atención político y jurídico al argumento de la unidad nacional en el Estado, tensión, que como sabemos, ha tenido muchas veces expresiones dramáticas en forma de violación de derechos humanos. El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales choca frontalmente contra la reivindicación indígena de soberanía permanente sobre los recursos naturales situados en sus territorios de ocupación original. Esta tensión ha tenido y está teniendo dra-

¹⁵ RANCIÈRE (2006): 13 y ss.; BULL (2006) y (2007).

máticas expresiones, entre las que se ubica prácticas de genocidio contra estos pueblos¹⁶.

II. ELEMENTOS PARA UNA FUNDAMENTACIÓN MATERIAL DEL DELITO DE GENOCIDIO

Sugeriremos, en este epígrafe, criterios para reforzar y articular una fundamentación normativa del genocidio y sus prácticas, con el fin de que las expresiones normativas que lo definen resulten aplicables a la realidad local de lo que verdaderamente sucede, y no sólo sean expresiones de papel que diluyan toda la potencia que pretendía retener y articular la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio. Se trata, en definitiva, de un viaje al corazón de las esencias normativas del genocidio. Para ello estructuraremos la reflexión en diferentes momentos, que no guardan una relación de jerarquía ni de prelación, sino de estricta interdependencia en la consideración normativa y material del Genocidio.

1. Responsabilidad internacional de los Estados

La determinación de un régimen jurídico que atine la responsabilidad internacional de los Estados en los procesos y prácticas de genocidio, constituye el vitral que permitirá iluminar muchas de las claves y alternativas para afrontar esta vasta problemática social, jurídica y política. Ello supone afrontar con determinación la espinosa cuestión de la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados, en relación a estas prácticas, y las consecuencias jurídicas que se derivan del apoyo, connivencia, soporte o cualquier otra forma o manera que coadyuve a su perpetración y/o consumación.

El dominio de la responsabilidad de los Estados ha ocupado el corazón de las diatribas del Derecho Internacional¹⁷; sin embargo, esta cues-

¹⁶ Los conflictos contra el pueblo maya en Guatemala, como se verá más tarde en el supuesto de la sentencia analizada, son claros ejemplos de ello. Colombia y Chile repiten escenarios y situaciones parecidas a las analizadas.

¹⁷ CAPELLA I ROIG (2005): 69-101. En relación a la responsabilidad internacional de los Estados, los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, en sus artículos 51, 52, 131 y 148, hacen referencia a la imputabilidad del Estado por actos cometidos por personas que forman parte de las fuerzas armadas. Lo mismo hace el Protocolo Adicional I, de 8 de junio de 1977, en su artículo 91. Esta responsabilidad del Estado podrá ser reclamada por el Estado lesionado, o, incluso, como advierte el artículo 48 del proyecto redactado por la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), por cualquier Estado, pues ello supone siempre una violación de una obligación *erga omnes*. Cf. Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1 Los Convenios de Ginebra se aplican en conflictos armados y no te estás refiriendo a estos contextos. Yo quitaría la mención a los Convenios de Ginebra.

tión no ha sido afrontada, hasta ahora, con la sensatez, determinación y valentía que exige la Justicia internacional¹⁸. Afrontarlo con radicalidad determinará el *pathos* y la orientación de los sistemas jurídicos —nacionales, regionales e internacionales— en su voluntad, o no, por dar solución a las exigencias reales de justicia¹⁹.

De manera todavía muy general, un primer discernimiento que es necesario realizar es la diferenciación entre conceptos como jurisdicción y responsabilidad²⁰. La cuestión jurisdiccional, de talante fundamentalmente formal y procesal, es distinta a la responsabilidad internacional de los Estados, que es en sí misma una cuestión sustantiva y material. El hecho, largamente alegado como razón para la inhibición, de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) carezca de jurisdicción para pronunciarse sobre los actos y prácticas de genocidio que se le planteen, no exime ni libera al Estado demandado de su responsabilidad. Hacerlo supondría confundir las cuestiones formales con las materiales y sustantivas, incurriendo, de esta manera, en una suerte de desprotección y falta de garantías frente a prácticas de genocidio, amparándose para ello en el procedimiento, en la técnica procesal del derecho, que no olvidemos, es un instrumento al servicio de la justicia, nunca condición de posibilidad o expresión de ésta.

Un segundo elemento que es necesario aclarar es que la responsabilidad internacional del Estado y la de los individuos por prácticas de genocidio resultan complementarias e interdependientes²¹. No es posible establecer una dicotomía tajante, sin puentes ni conexiones, entre ambos tipos de responsabilidad, sin que con ello incurramos en dinámicas que abonen y desarrollen la impunidad y el desprestigio de los mecanismos necesarios para la consecución de la Justicia internacional.

Es clara la deficiencia que ha padecido la construcción de una institucionalidad internacional para la protección de los derechos humanos. Ésta se ha producido de manera segmentada, parcelada, y con difíciles guiños a la interdependencia de todos los derechos; así como a una comprensión inescindible y anudada de las responsabilidades —estatal e individual— en las

¹⁸ ECHABAS (2002): 445 y ss.

¹⁹ CRAWFORD (2002):127-128, 188 y 246. CRAWFORD (2010); GUTIÉRREZ-ESPADA (1990): 183-310.

²⁰ «No hay que confundir la cuestión de la invocación de la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado parte, con la cuestión de la sumisión de éste a la jurisdicción de la Corte», caso *Blake versus Guatemala*, fondo del asunto, sentencia de 24/ 01/1998, voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, parágrafo 34.

²¹ Caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafos 51 y 139. Voto a favor para la adopción de la presente sentencia, juez Cançado Trindade, parágrafo 14.

violaciones de derechos humanos. Evidencias de ello serían que las Cortes Europea, Interamericana y Africana de derechos humanos se han centrado en la canalización y sustantivación jurídica de la responsabilidad internacional del Estado; mientras que los tribunales penales internacionales *ad hoc* (ex-Yugoslavia y Ruanda), y el Tribunal Penal Internacional, se han volcado más en la responsabilidad penal internacional de los individuos, con lo que todo ello supone de indudable avance en la institucionalización de mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos.

Está por realizar, sin embargo, la necesaria complementariedad entre ambas jurisdicciones para poder enjuiciar los juegos de responsabilidades y entrecruzamientos que se dan siempre —entre el Estado, altos representantes del mismo, terceros físicos, jurídicos o colectivos, así como toda relación de entrecruzamiento entre todos ellos— en un delito tan complejo y poliédrico como el de genocidio. Esta falla en la comprensión de la vinculación y coagulación de responsabilidades es la que está permitiendo situaciones de impunidad, de inaplicabilidad del concepto de genocidio y de ininputabilidad a sus representantes por falta de pruebas que hagan factible jurídicamente su fundamentación. Por tanto, resulta necesario diseñar mecanismos que permitan conectar y vincular responsabilidades; establecer el mapa-red de la compleja trama del genocidio; instrumentos que nos pertrecharían con garantías efectivas para frenar estos delitos, evitando caer, como hoy se incurre, en la desconexión material y procesal entre el diseño, la planificación material de estas prácticas, y la aplicación de las mismas por parte de sus ejecutores. Ello resulta mucho más urgente si se considera con detenimiento el caso de los pueblos indígenas.

Desde la perspectiva del garantismo jurídico serían necesarias ciertas matizaciones sustantivas para aumentar la esfera de responsabilidad individual y colectiva de los perpetradores, y las posibilidades de enjuiciamiento de los culpables, en lo que al delito de genocidio se refiere. Una importante esfera de experimentación sería la de la Corte Penal Internacional. Tomarse en serio el genocidio supone, en este ámbito y en primer lugar, rechazar el carácter libérrimo que poseen actualmente los Estados para rechazar la jurisdicción del Corte Penal Internacional (CPI), para crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio. No es posible, en este replanteamiento empeñado en avanzar hacia procesos de implementación real de los delitos de genocidio, que la voluntad de los estados sea un elemento material importante para proceder a la investigación jurídica de las responsabilidades por estas prácticas, en las que la institucionalidad y alma de los Estados está afectada medular y estructuralmente. Ello exige, como condición de posibilidad para seguir avanzando en la implementación del delito de genocidio, reformular artículos como el 16 del Estatuto de Roma en donde se establece a quién corres-

ponde la capacidad para proceder a la suspensión de la investigación y enjuiciamiento de estos crímenes²². La lógica de la división de poderes, tal y como es pensada y aplicada en su esencia, es decir, como forma de control, regulación y mutua vigilancia entre el poder legislativo y el ejecutivo (en sus diferentes formas y manifestaciones) con el fin de evitar la tiranía y/o la libérrima actuación de un poder sin el control del otro, debería ser también proyectada, en este supuesto, al marco de la jurisdicción internacional. Es decir, al otorgarse con gracilidad a lo que se prefigura como un ejecutivo en sede internacional —el Consejo de Seguridad— la posibilidad de suspender las investigaciones o el enjuiciamiento de un delito de genocidio, es decir, el derecho de detener la labor del CPI en la aplicación de delitos tan aberrantes como los enunciados, se está institucionalizando una suerte de control político del CPI, teniendo en cuenta la composición material del Consejo de Seguridad y los procedimientos que rigen su funcionamiento y la forma de adopción de los acuerdos en su seno. Ello abre un vano en las alacenas de las fortificaciones jurídicas, institucionalizando vías para la impunidad, al dar prioridad a la lógica de «los acuerdos pactados» entre Estados, frente la urgencia de otorgar luz y verdad sobre las prácticas de genocidio. Ello supone, también, un límite a la legitimidad e independencia de instituciones como el CPI que es necesario repensar de cara a la consecución de formas de innovación y renovación jurídicas en jurisdicciones regionales e internacionales.

Un tercer elemento, estrictamente conectado al anterior pero con un régimen de autonomía respecto a él, sería la dicotomía, fractura y disyunción que en las jurisdicciones nacionales de los Estados se establece entre responsabilidad civil y penal. Se bosquejan dichas jurisdicciones con un grado de autonomía absoluto que impide establecer las conexiones necesarias, la confabulación de elementos penales y civiles que se dan en la mayoría de prácticas de genocidio, lo cual implica una nueva vía de escape y de abono a la impunidad. Es necesaria una comprensión compleja y estructural en la manera de analizar la multiplicidad de dimensiones que intervienen en la determinación del delito y prácticas de genocidio, una mirada atenta a los distintos bienes jurídicos que resultan conculcados por estas prácticas, para poder inferir de este análisis un sistema de garantías efectivo. Estamos, por tanto, ante un dolo multifacético, con expresión en diferentes jurisdicciones y órdenes del derecho.

²² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 16: «En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

Pensar una responsabilidad internacional de los Estados que tenga pretensiones de justicia, supone aunar, en un principio, esas dos jurisdicciones —civil y penal— como rostros complementarios de los bienes jurídicos violados. También es necesario ampliar los márgenes de la responsabilidad, hablando de responsabilidad penal de las personas jurídicas —frente a los que mantienen que la responsabilidad penal por estos crímenes sólo corresponde a los individuos y no al Estado— si tenemos en cuenta las formas con las que se han venido expresando las prácticas de genocidio. La responsabilidad penal de la persona jurídica se infiere de su propia capacidad de actuar, y de la necesidad de preservar valores sociales y comunes superiores. El Estado, persona jurídica (aunque de calidad abstracta) y sujeto del derecho internacional, tiene derechos y deberes estrictamente tasados y reglados en esta jurisdicción. El Estado, así como sus agentes, deben, por tanto, responder por las consecuencias de sus actos u omisiones²³. Ello nos sitúa ante la necesidad de ampliar los conceptos de responsabilidad, urgencia arrastrada desde la propia lógica de los derechos-deberes antes anticipada y que es inherente a la naturaleza de los derechos humanos. En esta lógica y en el marco de posibilidades de una jurisdicción interdisciplinar sería posible introducir elementos fundamentales para caracterizar y dar contextura al delito de genocidio. Entre éstos habría que enumerar las prácticas de encubrimiento del Estado; la obstrucción a la justicia por parte de éste y sus agencias; o la impunidad declarada del mismo en muchas de sus actuaciones y formas de proceder, una suerte de prevaricación estructural y transversal a todas las instituciones jurídicas de un país.

A ello habría que sumar otras dimensiones, como las tempo-espaciales, teniendo en cuenta el arraigo de prácticas genocidas en la lógica de tiempos y espacios diferenciados. De hecho, se hace un uso estratégico de la segmentación espacial y temporal del dolo para poder garantizar la ininputabilidad de los autores intelectuales del genocidio, asegurando, de esta manera, la impunidad.

La desconexión temporal entre el imaginario genocida, que diseña sin lógicas de causalidad, sin esquemas procesuales, insertando en dicho diseño, para poder resultar efectivo, aparatos y fuerzas del Estado; del momento ejecutivo, acto macabro y directo del genocidio, instante que parece ser el único que interesa al derecho para seguir el rastro de estas prácticas y poder fundamentarlas; y, finalmente, de las consecuencias posteriores que se avienen sobre los jirones de la memoria de un pueblo, como el indígena, que ha sufrido violentamente la larga sombra del genocidio —siendo desplazados de sus territorios, amenazados en todo su tejido comunitario,

²³ BARBOZA (1999): 82 y 96.

no restituidos ni indemnizados por estos daños y otros—. Todo este truculento esquema de segmentaciones y fracturas, coadyuvan, en definitiva, a la perpetuación del genocidio, a su impunidad, pero, también, a la imposibilidad procesal de proceder contra él.

Los pueblos indígenas sugieren un mapa para comprender y poder interpretar la dimensión compleja del genocidio al mostrarnos que la desarticulación alevosa de toda esta cadena continua de bienes jurídicos, transitada y conformada por una comprensión colectiva del derecho a la vida, constituye en sí mismo genocidio; no solamente su momento ejecutivo, el momento de la violencia más intensa. La cosmovisión de estos pueblos en la manera de entender e interpretar los ciclos y procesos vitales fundamenta el genocidio como toda práctica realizada con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Estas prácticas, con intención de aniquilación total, de desarraigo existencial de un grupo humano del territorio de un Estado, sólo pueden realizarse si se manipulan estratégicamente los tiempos históricos y sus consecuencias. Ello puede ensayarse con más facilidad e impunidad con aquellas formas de vida, comunidades cosmovisionales donde las lógicas tempo-espaciales tienen una dimensión transgeneracional, transpersonal, transtemporal —más allá de la temporalidad y de los límites de la vida humana—, ya que estas especificidades facilitan el diseño de técnicas de impacto que cercenan y destruyen la memoria de estos pueblos y sus formas de producción, reproducción y desarrollo.

Sólo con conciencia política de que nos encontramos ante otras formas de vida que la occidental, ante otra manera de expresar los derechos, es posible diseñar formas de destrucción que aniquilen el derecho a la vida colectiva de estos pueblos. Ello se hará desde la diferencia-liberal-occidental, aquella para quien un impacto así no supondría una destrucción de la vida, ni del tejido comunitario en su totalidad; y, al no poder sufrirlo de esta manera, se muestra incapacitada —por desconocimiento y alevosía— para la fundamentación, conceptualización y el diseño de garantías para afrontar el delito de genocidio. La perspectiva de los pueblos indígenas supone una visión renovada, desde la interculturalidad, para comprender los derechos humanos y sus violaciones, en donde lo colectivo y lo comunitario diluyen la univocidad liberal en la manera de definir el derecho a la vida; y, con ello, la manera clásica de entender el dolo, el delito y las prácticas de genocidio.

Es, precisamente, la ausencia de conciencia intercultural lo que avala la impunidad, puesto que lo que no constituye un delito para la doctrina liberal de los derechos —como es el caso de los pueblos en aislamiento voluntario—, no puede ser tipificado como tal y resultará inaplicable e inimputable en la vida real. La incapacidad para comprender una agresión

así en la cosmovisión liberal ha llevado a que el Derecho —en sus diferentes jurisdicciones— se declare incapaz —material y formalmente— para conocer y juzgar delitos y prácticas de genocidio.

Como venimos argumentando, este diagnóstico es claramente aplicable a la situación de los pueblos indígenas, siendo la agresión sobre la voluntad colectiva de desagregación respecto a otras formas de vida —como la occidental—, lo que implica una conculcación radical del derecho a la vida de estos pueblos. Por tanto, la nómina de cualidades que perfilan y definen el delito de genocidio se dilata desde la experiencia de los pueblos indígenas.

2. Principio de Humanidad

Un trato humano digno se corresponde con el principio de humanidad. La necesidad de afrontar y dar alternativas reales de justicia al genocidio, atraviesa, como preocupación vital e interpeladora, todo el Derecho Internacional. En este sentido podemos encontrar en el «principio de humanidad» criterios hermenéuticos que arrojen fundamentos sustantivos para enmarcar, vitalizar y dar soporte a la criminalización real de estas prácticas.

Los actos de genocidio, que suponían una violación grave del Derecho Internacional Humanitario, a la vez que implicaban una conculcación del «principio de humanidad», ya estaban prohibidos antes incluso de la entrada en vigor de los tratados o convenios que lo regulaban y prohibían en el derecho internacional general²⁴. Ello no hace sino ratificar el carácter universal, el consenso existente sobre la interpretación y aplicación de este principio por parte del Derecho Internacional²⁵. El Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda estableció en la sentencia para el caso J. P. Akayesu que el concepto «crímenes contra la humanidad» ya había sido reconocido mucho antes por el Tribunal de Nuremberg. Expresiones similares que refieren a la «humanidad victimada», aparecen mucho antes en la historia humana de las atrocidades²⁶. El corolario lógico de ello es que, en consonancia con el principio de humanidad, la condena de violaciones graves de derechos humanos, de crímenes atroces, como actos de genocidio o crímenes contra la humanidad, ya se encontraban insertas en la conciencia de las personas —expresión dilatada del concepto de dignidad— mucho antes de la entrada en vigor de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 1948. Hoy, ello se encuentra positiva-

²⁴ Nos referimos, claro está, a la entrada en vigor de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

²⁵ PICKET (1966): 29-30.

²⁶ Sentencia del 02/09/1998, parágrafo 565.

mente condenado por el Derecho Internacional, tanto general como convencional. Sin embargo, el gran reto es su implementación, hacerlo operativo por medio de fundamentaciones materiales que fracturen la impunidad de su inaplicabilidad.

Una parte del Derecho Internacional contemporáneo se ha venido construyendo a través de la evolución y recomposición de sus normas imperativas (*ius cogens*), junto con una generalizada universalización del principio de humanidad. De ahí se infiere que violaciones graves de derechos humanos, como los actos y prácticas de genocidio, constituyan prohibiciones absolutas del *ius cogens*²⁷. Incluso en 1951, en su Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito Genocidio, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sostuvo la existencia de principios subyacentes, inmanentes, a aquella Convención que resultaban «obligatorios para los Estados, aún en ausencia de cualquier obligación convencional»²⁸. Posteriormente, los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda habían afirmado que las normas que tipifican el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra tienen carácter imperativo²⁹. De manera específica, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia llega a poner de relieve el carácter absoluto de la mayoría de las obligaciones establecidas en las normas de Derecho Internacional Humanitario, advirtiendo que en ellas se enuncian obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. En definitiva establece que las normas que prohíben los crímenes de guerra, contra la humanidad y los delitos y prácticas de genocidio son normas imperativas de Derecho Internacional, no pudiendo ser objeto de derogación³⁰.

La Corte Interamericana, al interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, ha invocado sistemáticamente los principios generales del derecho, principalmente, los que constituyen el núcleo de garantías para la sostenibilidad del propio ordenamiento jurídico: el del Derecho a tener derechos³¹. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos

²⁷ BASSIOUNI (1999): 210-211; ELIAS (2002): 11-12.

²⁸ ICJ REPORTS (1951): 23

²⁹ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha puesto en evidencia la vinculación entre estos crímenes y la violación de normas imperativas de *ius cogens* y *erga omnes*. Téngase en cuenta para ello la decisión de este Tribunal de 16 de noviembre de 1998 en el asunto *Prosecutor v. Zejnil Deladic, Zdravko Mucic* (Alias Pavo), *Hazim Delic* y *Esad Lanzo* (Alias Zenga), asunto IT 96-21-T, párrafo 54. En relación al Tribunal Penal para Ruanda, considérese la sentencia de 21 de mayo de 1999, para el caso KAYISHEMA y RUZINDANA, asunto ICTR-95-1, párrafo 88.

³⁰ Sentencia de 14 de febrero de 2000 dictada en el asunto *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drango Josipovic, Dragan Papic y Vladimir Santic* (a/k/a Vlado), asunto IT-95-16-T, párrafo 520.

³¹ GARGARELLA, R. (2005).

Humanos guardan una dimensión garantista análoga a la anticipada, principios fundamentales como el de «dignidad de la persona humana» y el de «inalienabilidad de los derechos que le son inherentes»³².

De ello se puede inferir que el «principio de humanidad» pueda ser entendido como: principio subyacente a la prohibición del trato inhumano, contenida en el artículo 3 y común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949; como enérgica referencia a la humanidad en su totalidad; o como principio que otorga contenido y cualidad a una determinada calidad del comportamiento humano. El Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia calificó el trato inhumano como acto u omisión intencional o deliberada que causa serio sufrimiento, o daño mental o físico³³. Se puede concluir, en consonancia con la cláusula Martens, que la razón de la humanidad impone límites a la razón de Estado³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso de la *Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, va más allá del estándar común del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, al adicionar, también, elementos del Derecho Internacional de los Refugiados³⁵. El contenido de la sentencia hace converger esta triple alianza de fondos normativos, otorgando una buena síntesis para pensar las garantías del Derecho Internacional frente a las prácticas y actos de genocidio. Ello lo hace, precisamente, a partir de la fertilidad de una cláusula como la de «temor fundado de persecución»³⁶. Con ello ampliamos el diafragma para fundamentar y dar consistencia al enjuiciamiento del genocidio y sus prácticas.

³² CANÇADO TRINDADE (2003): 524 y ss.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva n° 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 2003, parágrafo 157.

³³ Sentencia de 16/11/1998, parágrafo 543.

³⁴ La cláusula se basa en —y debe su nombre a— una declaración leída por el profesor von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Gran parte de las fuerzas militares pensaba que debían ser consideradas como francotiradores y que eran punibles con la ejecución, mientras que los Estados más pequeños sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos. Aunque, en un principio, la Cláusula fue redactada para resolver este problema, aparecen, luego, distintas versiones —si bien similares— en tratados posteriores por los que se regulan los conflictos armados.

³⁵ El régimen de «tierra arrasada», que implicó un clima general de terror y atrocidad —siendo un indicador de la calidad y cantidad de temor público los contenidos de esta sentencia—, exigía hacer converger, de manera interdependiente y complementaria, las garantías de protección que se derivaban de estas diferentes vertientes del Derecho Internacional.

3. Responsabilidad internacional agravada

El sorprendente avance anticipado por la CIDH habría que contraponerlo con el hecho de que la misma carece de jurisdicción formal para determinar violaciones contenidas en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Ello, como sabemos, es utilizado para paralizar cualquier intento de fundamentación de este delito con la seriedad y profundidad que requiere, y para evitar la criminalización, por estos actos, de sus autores y perpetradores. Ello es y será blandido argumentalmente para convertir en denuncias incontestadas y programáticas aquellas orientadas a fundamentar prácticas de genocidio contra los pueblos indígenas.

La pretensión de este escrito es proporcionar una arquitectura de argumentos normativos y materiales para que el delito de genocidio resulte implementable; para que la justicia pueda encarnarse ante la impunidad que concitan estas prácticas. El rastreo de evidencias y razones jurídicas en sede regional —como el espacio de la OEA— no implica la atenuación de esfuerzos en otras jurisdicciones, como la nacional o la internacional; más bien éstas se refuerzan desde la complementariedad de los aportes de otras lógicas jurisdiccionales. Por tanto, se trata de extrapolar la racionalidad jurídica argumentada en el marco de la OEA a otros espacios.

Ante ello, lo que sí es importante evidenciar es la voluntad política de deshacer tramas de justicia, desautorizando, por ejemplo, espacios regionales de derechos humanos y su institucionalidad, de la posibilidad de conocer competencialmente delitos cuya carga de universalidad y de indignidad —indignidad derivada de su universalidad— obligaría a hablar de delitos con jurisdicción universal. Sin embargo, a partir del camino andado, pretendemos sugerir que es posible superar, desde otras perspectivas, los escollos que el propio derecho establece para trascenderse a sí mismo.

La dificultad anticipada, arraigada en el seno de la CIDH, puede ser afrontada si el genocidio y sus prácticas son tratados como circunstancias agravantes de violaciones de los derechos protegidos en la Convención. El combate por los conceptos puede ser afrontado desde la lógica de la conexión y complementariedad con otras terminologías, que también son parte del sistema de la OEA. Las circunstancias agravantes podría traducirse, desde el punto de vista de la institucionalidad, como responsabilidad agravada de los Estados, como figura en la sentencia de la *Masacre Plan de Sánchez*, o en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*³⁷.

³⁶ *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004, párrafos 42.7, 12, 24 y 42.29.

³⁷ Caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafos 51 y 139.

Con ello se evidencia que la prohibición del genocidio, de sus prácticas y expresiones, ya formaban parte del derecho internacional consuetudinario, del dominio y soberanía del *ius cogens*, con independencia de que la Convención para prevención y sanción del delito de genocidio lo hubiera positivizado; o de que esta suerte de delitos atroces sean, o no, competencia material y, por tanto, objeto de jurisdicción de la CIDH. El preámbulo de la Convención Americana avala este ejercicio elástico de interpretación al remitirnos a principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, tanto universales como regionales³⁸. Por tanto, principios generales del Derecho internacional y del derecho convencional deben aplicarse complementaria y solapadamente; la tiranía de cierto positivismo, que declama una aplicación prioritaria sobre el derecho consuetudinario y sobre los principios, debe ser arreada, puesto que el derecho convencional encuentra sus fundamentos y expresión normativa a partir de las prácticas y los principios anticipados³⁹.

Como corolario de todo ello se puede afirmar que si el Derecho Internacional ha previsto la jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra recogidos en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo adicional I, se puede deducir de ahí la posibilidad de actuar al amparo de la justicia universal en caso de violaciones graves de las normas que tipifican los crímenes de guerra, debido al carácter imperativo de las mismas y de la responsabilidad internacional agravada de la que venimos hablando.

4. Una consideración elástica y evolutiva del *ius cogens*

El juez Cançado Trindade, en su voto concurrente a la Opinión Consultiva nº 18 de la CIDH, en relación a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, estableció: «...el dominio del *ius cogens*, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general. (...) es una categoría que se expande en la medida que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación»⁴⁰. El corolario lógico de esta afirmación es que pertenecen al dominio del *ius cogens* internacional, y, por tanto, serán objeto de prohibición absoluta: las prácticas de tortura y

³⁸ Téngase en cuenta el artículo 27, en relación a las obligaciones impuestas por el Derecho internacional; el artículo 46 (1) (a), en referencia a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.

³⁹ Caso Relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. *Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, Fondo del Asunto, 27 de junio de 1986, párrafos 172-182.

⁴⁰ Párrafo 66.

el trato inhumano y degradante; la desaparición forzosa de personas; las ejecuciones sumarias y extra-legales; las prácticas de genocidio, junto con agresiones al honor, a las creencias personales y colectivas, incluyendo las relaciones que se establezcan con los muertos y los antepasados. Todo ello trastoca, incrementando y haciendo más intensa, la responsabilidad internacional objetiva de los Estados. Ésta se ve azuzada y comprometida por la existencia indiciaria de cualquiera de estos actos y prácticas.

Se trata de evidenciar la factibilidad del genocidio, de otorgar luz sobre sus fundamentos, a partir de un concepto tan fértil como el de la responsabilidad ampliada de los Estados. Ésta también se infiere de la existencia de una carta de derechos fundamentales en todos los Estados —en donde la prohibición de genocidio funciona como un principio de interpretación de todos los derechos—, con sus concomitantes garantías constitucionales; también de las cláusulas de integración en el derecho interno de los Estados, de las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la institucionalidad que éstas implican y de sus garantías. La existencia de todos estos dispositivos normativos, con sus garantías, establecen la obligación irrefutable del Estado por desterrar cualquier indicio, práctica o expresión de estos delitos. La arbitrariedad, dejación, negligencia, aquiescencia, tolerancia, o cualquier otra expresión de permisividad, incurrirá en responsabilidad objetiva del Estado y demandará una activación de la misma que persiga su actuar negligente.

Es por ello que algunos autores, como el juez Cançado Trindade, hablan de «ilegalidad objetiva de actos de genocidio» como un elemento subyacente al concepto de *ius cogens*⁴¹. Con ello se trata de expresar una suerte de acción positiva necesaria para la erradicación del genocidio; es decir, la necesidad de que los Estados operen activa y enérgicamente contra cualquier asomo que indique la existencia o la posibilidad de manifestación de estas prácticas. Todo ejercicio de pasividad, de permisividad tácita, supondría un ejercicio de impunidad derivado de la «ilegalidad objetiva de los actos de genocidio» que expone a los Estados a una situación de responsabilidad internacional agravada, lo que implica la multiplicación de energías y esfuerzos para luchar en la erradicación de estos actos y prácticas abominables.

5. Evidencia de Crimen de Estado

De la concatenación de todos los elementos anteriores, fundamentalmente de la responsabilidad agravada, se deriva la posibilidad de avanzar

⁴¹ Voto concurrente en la Opinión Consultiva nº 18 de la CIDH sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 2003, parágrafo 71.

hacia una definición de crimen de Estado. Hace ya 70 años, Hersch Lauterpacht advirtió que el tradicional respeto a la soberanía estatal suponía un límite y un freno al desarrollo del derecho de responsabilidad internacional de los Estados. Se trataba, sólo, de reparación –material y moral– de daños, sin que se pudiera hablar de responsabilidad objetiva de los Estados con las consecuencias que ello conllevaría. Esta doctrina implicaba una puerta abierta a la impunidad, una raquílica comprensión de la justicia internacional⁴².

La responsabilidad objetiva del Estado guarda una posición de prioridad sobre la responsabilidad basada en la culpa, tal y como se desprende de las enérgicas y radicales afirmaciones de la CIDH en los supuestos *Myrna Mack* y *Plan de Sánchez*, al demostrarse la intención del Estado en causar daño⁴³. Esta suerte de ensortijada negligencia y/o culpa, se transforma en la base para construir un concepto como el de responsabilidad objetiva del Estado.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La globalización del derecho, en sus formas de institucionalización y garantías, exige una interpretación filosófica, jurídica y política del término «delito de genocidio» más allá de su estrecha e impune recepción estatal. Ello exige empezar a comprender que la globalización de los procesos económicos, culturales, políticos y sociales implica, también, su reverso, es decir, comprender que las dinámicas globales se expresan a través de tramas de impunidad, de crímenes de estado(s) y de prácticas de genocidio. En el corazón de estas prácticas, la confabulación de los Estados, la suerte de pactos estratégicos entre los mismos en las arenas de la soberanía internacional debe tenerse en cuenta para fundamentar una consideración ampliada del delito de genocidio. Ello exige trascender una concepción provincial, tan propia del derecho penal interno, para definir qué es y cómo se interpreta el concepto de delito. Si se hablaba, anteriormente, de responsabilidad ampliada «individuo-estado», deberemos asirnos a esta alternativa para la determinación de la responsabilidad internacional del Es-

⁴² LAUTERPACHT (1937): 330-345.

⁴³ «El ejército de Guatemala, con fundamento en la «Doctrina de seguridad nacional», identificó a los miembros del pueblo indígena maya como «enemigos internos», por considerar que constituirían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y «operaciones de tierra arrasada» que significaron la destrucción completa de sus comunidades, vivienda, ganados, cosechas, y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas», CIDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Sentencia de 24 de abril de 2004, fondo, párrafo 42.7.

tado y la responsabilidad penal de los individuos. La globalización del derecho nos impele, desde una perspectiva garantista, a la interacción, confabulación y compenetración entre ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, máxime, cuando abordamos cuestiones tan escurridizas y quebradizas para la justicia global, como las prácticas de genocidio. Por ello, la responsabilidad penal internacional de las personas, no exime, de ninguna manera, la del Estado. Ambas deben coexistir, informarse y reclamarse.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (1998): *Homo Sacer. Poder soberano y vida desnuda*, Pre-textos, Valencia.
- BARBOZA, F. (1999): »International Criminal Law», 278 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1999) pp. 75-102.
- BASSIOUNI, M. C. (1999): *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague, Kluwer.
- BAUMAN, Z. (1997): *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid.
- BULL, M. (2007): «Vectores de la Biopolítica» en *New Left Review*, nº 45, mayo-junio de 2007, pp. 7-47. (2006): «States of Failure» in *New Left Review*, nº 40, julio-agosto 2006, <http://www.newleftreview.org>. (consultado, enero de 2010).
- . (2007): «The Catastrophist», *London Review of Books*, 1 de noviembre de 2007, <http://www.lrb.co.uk>. (consultado enero de 2010).
- CAPELLÁ I ROIG, M. (2005): *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2003): *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre, Brasil, S.A. Fabris.
- CASSESE, A. (2007): «On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide» en *Journal of International Criminal Justice*, nº 5, sept.
- CRAWFORD, J. (2002). *The International Law Commission Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, pp. 127-128; 188 y 246. CRAWFORD, J. (2010). *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press;
- ECHABAS, A. (2002): *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ELIAS, T. O. (2002): «New Trenches in Contemporary International Law», en *Contemporary Issues in International Law*, S. Subedi y S. Davidson eds., The Hague, Kluwer.
- FERNÁNDEZ-PACHECO, C. (2011): *El genocidio en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Universitat de Alicante.
- GAETA, P. (2007): «On What Conditions Can a State be Held Responsible for Genocide?» en *European Journal of International Law*, nº 18, sept., pp. 623 y 641.
- GARGARELLA, R. (2005): *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila, Madrid.
- ICJ (1951): *ICJ Reports*. GUTIÉRREZ-ESPADA, C. (1990). «La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada. La conformación del

- hecho ilícito internacional» en *Cursos de Derecho Internacional*, Vitoria Gazteiz, pp. 183-310
- KUPER, L. (1984): «A Typology of Genocide and Mass Murder», en: CHARNY, Israel W. (ed.): *Toward the Understanding and Prevention of Genocide*, Boulder, Westview Press, pp. 32-47.
- LAUTERPACHT, H., H. (1937): «Règles générales du droit de la paix», 62 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, pp. 330-345.
- LEVENE, M. (2005): *Genocide in the Age of the Nation State: Vol. I: The Meaning of Genocide*, IB Tauris, London.
- . *Genocide in the Age of the Nation State: Vol. II: The Rise of the West and the Coming of Genocide*, IB Tauris, London, 2005.
- LOEWENSTEIN A. B. and KOSTAS S. A, (2007): «Divergent approaches to determining responsibility for Genocide – The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide Case», *Journal of International Criminal Justice*, N° 5, Sept.
- MANN, M. (2004): *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge University Press.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. (2005): «Pueblos indígenas no contactados. Una identidad emergente entre la memoria pisoteada y los derechos perdidos» en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos. Un camino de esperanza para los Tagaeri y Taromenani*, Cicame & Cdes, Quito, 2005, pp. 27-58.
- MAY, L. (2010). *Genocide. A Normative Account*, Cambridge University Press.
- MILANOVIC, M. (2007): 671 «State Responsibility for Genocide: A follow-up», en *The European Journal of International Law*, Vol. 18 n° 4, p. 669-694.
- PICKET, J. (1966): *The Principles of Internativonal Humanitarian Law*, Geneve, ICRC.
- RANCIÈRE, J. (2006): *The Politics of Aesthetics: The Distribution of the Sensible*, Continuum International Publishing Group.
- SMITH, R. (1987): «Human Destructiveness and Politics: The Twentieth Century as an Age of Genocide», en: WALLIMAN, I. y DOBROWSKI, M. N. (eds.): *Genocide and Modern Age*, Syracuse University Press. pp. 24-27.