



Economic and Social Council

Distr.: General
Date: 8 February 2011

Original: Spanish

**ADVANCE UNEDITED
TEXT**

Permanent Forum on Indigenous Issues

Tenth session

New York, 16-27 May 2011

Item 8 of the provisional agenda¹

Future work of the Permanent Forum, including issues of the Economic and Social Council and emerging issues

Derecho Penal Internacional y Defensa Judicial de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Resumen

En su noveno periodo de sesiones, el Foro Permanente decidió nombrar a Bartolomé Clavero Salvador, uno de sus miembros, como relator especial para que realice un estudio sobre el derecho penal internacional y la defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas, el cual se presentará al Foro en su décimo período de sesiones.

¹ E/C.19/2011/1

Índice:I.

Introducción.....

II. La Convención sobre el Genocidio y los Pueblos Indígenas.....

III. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y los Pueblos Indígenas.....

IV. Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Crímenes Internacionales..

V. Conclusiones.....

I. Introducción.

1. En su noveno periodo de sesiones, el correspondiente al año 2010, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas adoptó la decisión de designar a Bartolomé Clavero, uno de sus miembros, como relator especial para la realización de un estudio sobre “*derecho penal internacional y defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas.*”² La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “*los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio (...)*” (artículo 7.2). Tal mención específica del genocidio contra pueblos indígenas ha sido necesaria porque, como tales pueblos, se han visto privados de protección penal internacional de sus derechos incluso más fundamentales. Este estudio acude a sopesar el alcance de dicha mención.

2. El cuerpo normativo del actual derecho penal internacional se inicia a finales de 1948 con una norma casi estrictamente coetánea de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Puede decirse que esta Declaración y esta Convención constituyen las normas fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos que las Naciones Unidas reconocen e impulsan desde su propia fundación. Sin embargo, esta Declaración y esta Convención no son normas que se complementen pues no contemplan una misma clase de derechos. La Convención para la Protección y Sanción del Delito de Genocidio no ofrece defensa penal internacional para los derechos registrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino, implícitamente, para otro derecho que es de carácter colectivo, el derecho a la existencia y, cabe añadir, a la dignidad de todo “*grupo nacional, étnico, racial o religioso*”. La necesaria defensa penal de los derechos

² E/C.19/2010/15, párrafo 144.

humanos proclamados por la Declaración, tipificándose figuras delictivas y habilitándose procedimientos judiciales, quedaba encomendada a los Estados.

3. Como está dicho, el presente estudio sobre “*derecho penal internacional y defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas*” quiere considerar la novedad efectiva del delito de genocidio contra pueblos indígenas a la luz de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se propone identificar los obstáculos que han venido dificultando tal protección penal internacional así como ponderar las posibilidades ahora abiertas. En consecuencia, ha de revisar una historia para venir a un presente y vislumbrar un futuro.

II. La Convención sobre el Genocidio y los Pueblos Indígenas.

4. Un pueblo indígena se cualifica naturalmente como *grupo nacional, étnico, racial* o incluso, en su caso, *religioso*, por lo que su derecho a una existencia digna habría quedado reconocido y protegido internacionalmente por parte y a partir de la Convención sobre el Genocidio. No ha sido así de hecho. Lo primero que conviene considerar son las razones de esta exclusión.

5. En el proyecto oficial del Convención sobre el Genocidio presentado por el Secretario General de Naciones Unidas la inclusión de los pueblos indígenas resultaba en cambio patente porque se contemplaban supuestos de agresión a las culturas de grupos que objetivamente se correspondían con políticas usuales de los Estados frente a dichos pueblos. Brasil se opuso arguyendo que ello permitiría a “*las minorías*” oponerse a políticas necesarias para la construcción de los Estados y la igualdad de su ciudadanía. Nueva Zelanda, Sudáfrica y Canadá secundaron a Brasil. Los Estados americanos junto a los Estados europeos todavía por entonces coloniales, como Gran Bretaña, Francia y

Bélgica, respaldaban la postura de Brasil. Requirieron que se incluyese en la Convención una *cláusula colonial* o de habilitación a las metrópolis para extender o no sus disposiciones a las colonias o para hacerlo con modulaciones. Con todo ello desapareció prácticamente del texto final lo que luego, en consecuencia, se entendería como una categoría distinta de genocidio, la del *genocidio cultural*.³

6. El genocidio cultural o, más en general, el genocidio por medios no directamente sangrientos tan sólo permaneció en la Convención para supuestos extremadamente graves de dichas políticas de homogeneización de ciudadanía: “*lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo*”, “*traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*”... En todo caso, el genocidio sin más, *tout court*, quedó tipificado no sólo como “*matanza de miembros del grupo*” perpetrada “*con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*”, sino también por supuestos no sangrientos de destrucción intencionada total o parcial de un grupo que podía ser perfectamente un pueblo indígena, todo ello según la tipificación contenida en el artículo segundo de la Convención⁴. Sin embargo, Brasil expresó el entendimiento generalizado por entonces en el seno de las Naciones Unidas conforme al cual un pueblo indígena es una minoría destinada a fundirse con la ciudadanía del Estado y, de este modo, a desaparecer como tal. Conforme a este entendimiento, solamente la destrucción física intencionada total o parcial de un pueblo indígena sería un supuesto constitutivo de genocidio.

³ William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2000, pp. 184-185, con otra perspectiva; Hiram Abtahi y Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 2070-2071.

⁴ Recordemos: “*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.*”

7. Era el entendimiento extremadamente reducido de genocidio en el caso indígena que resultaba en teoría, pero ni siquiera esto se mantuvo en la práctica. En general, en cuanto que la Convención entró en vigor a principios de 1951 se apreciaron las dificultades de su aplicación. Así por ejemplo, sin lograr eco alguno en las Naciones Unidas, una asociación de derechos civiles presentó inmediatamente el caso de la destrucción parcial intencionada del *grupo* afroamericano en los Estados Unidos.⁵ Se interponían problemas patentes como el de que los Estados Unidos tardaría todavía en ratificar la Convención por problemas precisamente como el de la impunidad de delitos raciales sangrientos contra afroamericanos,⁶ o también se interponía el hecho de que, conforme a la Convención, sólo los Estados estaban legitimados para presentar casos de genocidio contra otros Estados ante las Naciones Unidas o en especial ante la Corte Internacional de Justicia, la jurisdicción internacional competente según lo establece la misma Convención (arts. 8 y 9).

8. En el caso de colonialismo abierto todavía persistente, la Convención no se aplicaba de entrada para protección de los pueblos indígenas afectados, limitándose su vigencia, mediante la *cláusula colonial* dicha, al territorio metropolitano de los Estados que ratificasen. Era necesaria una comunicación ulterior del Estado al Secretario General de las Naciones Unidas para que la Convención se extendiese “*a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable*” el respectivo Estado, esto es, eufemísticamente, a sus colonias (art. 12). La Convención sobre el Genocidio se produjo en el contexto de un derecho de tratados que excluía de los compromisos internacionales de los Estados a las colonias, por lo que la Declaración

⁵ Civil Rights Congress, *We Charge Genocide: The Historic Petition to the United Nations for Relief for a Crime of the United States Government against the Negro People* (1951), International Publishers, 1970.

⁶ Lawrence J. LeBlanc, *The United States and the Genocide Convention*, Duke University Press, 1991.

de los Derechos Humanos hubo de contener una previsión explícita en contrario (art. 2.2).⁷

9. Tan significativa exclusión de las colonias en la Convención sobre el Genocidio no era aplicable a los pueblos indígenas situados en el interior de las fronteras del Estado, pero la contaminación pudo producirse reforzando la inoperatividad de la Convención en lo que pudiera interesar a todos los pueblos indígenas. Hubo más que podía igualmente afectarles. Una vez que se había impuesto el entendimiento expresado por Brasil y de que el contexto de derecho internacional excluía a pueblos indígenas, ni siquiera los casos de destrucción física intencionada parcial de los mismos se entendían de hecho como genocidio en los círculos de las Naciones Unidas. Y ningún Estado se mostraba dispuesto a presentarlos ante la Corte Internacional de Justicia.⁸ En todo caso, la dificultad procesal no era ni es la única. Desde tiempos abiertamente coloniales y todavía hoy al menos en latitudes como las americanas, el genocidio de pueblos indígenas viene siendo literalmente invisible.⁹

10. Ante la inoperancia patente de la tipificación internacional del genocidio para la protección de los pueblos indígenas comenzaron a difundirse otros conceptos capaces de deslegitimar políticas que persiguen su desaparición en cuanto tales. Desde los años setenta, ha cobrado sobre todo auge el concepto de *etnocidio* entendiéndose que

⁷ Recordemos: “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*”

⁸ Sobre el caso más notorio, Alejandro Parellada y María de Lourdes Beldi (eds.), *Los Aché de Paraguay: Discusión de un Genocidio*, IWGIA, 2008.

⁹ B. Clavero, *Genocidio y Justicia: La Destrucción de las Indias Ayer y Hoy*, Marcial Pons, 2002; Elazar Barkan, *Genocides of Indigenous Peoples*, in Robert Gellately and Ben Kiernan (eds.), *The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 117-139; Ward Churchill, *Kill the Indian, Save the Man: The Genocidal Impact of American Indian Residential Schools*, City Lights, 2004, particularmente, respecto a la categoría de genocidio, pp. 3-12.

descalificaba el genocidio cultural, limitándose al mismo, mientras que *genocidio* haría lo propio tan sólo con el genocidio físico. Así se ha creado un nuevo problema sin resolverse ninguno. Etnocidio no es una categoría que ofrezca base para la defensa judicial internacional de los pueblos indígenas. Genocidio, que sí ofrece dicha posibilidad, tiene en derecho internacional, conforme a la Convención, un sentido más amplio que el de exterminio físico, lo cual, con dicha contraposición del etnocidio, viene a perderse.¹⁰

11. Lo propio puede decirse de propuestas posteriores, como en tiempos más recientes, en el contexto precisamente de recuperar la tipificación internacional del genocidio en defensa de los pueblos indígenas, la propuesta de la categoría específica de *indigenocidio*, otra que sumar a categorías perfectamente inoperantes en derecho penal internacional.¹¹ A efectos jurídicos, a los efectos más concretos de la defensa penal internacional de los pueblos indígenas, lo que importa no es que haya un abanico de categorías que identifiquen y clasifiquen las diversas formas de agresión a un *grupo nacional, étnico, racial o religioso*. Lo que interesa es si las mismas se subsumen o no en figuras delictivas tipificadas por el derecho internacional para poderse proceder ante la justicia en defensa del grupo afectado.

12. El auge reciente de la calificación como *limpieza étnica* de políticas que pudieran resultar genocidas, según la tipificación del *genocidio* por el derecho internacional, ha sido una forma de eludir responsabilidades e incluso de amparar impunidad. Limpieza étnica puede ser un óptimo descriptor, por expresivo, a efectos periodísticos e incluso científicos, pero resulta un pésimo sintagma, por inoperativo, en el campo del

¹⁰ Robert Jaulin, *La paix blanche. Introduction a l'ethnocide*, Seuil, 1970, y *Le livre blanc de l'ethnocide en Amérique*, Fayard, 1972.

¹¹ Raymond Evans, "Crime without a Name": Colonialism and the Case for "Indigenocide", en A. Dirk Moses (ed.), *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, Berghahn Books, 2008, pp. 133-147.

derecho.¹² Lo mismo cabe decir de etnocidio y de genocidio cultural como expresiones completamente diferenciadas del *genocidio* penalmente tipificado. No raramente se utilizan alguna de esas expresiones o ambas para rehuir los efectos jurídicos del empleo de la palabra genocidio cuando se está ante la evidencia¹³.

13. En el propio seno de las Naciones Unidas, en los procesos tanto de tomar en cuenta la existencia y dignidad de los pueblos indígenas como de desarrollar el derecho penal internacional a partir de la Convención sobre el Genocidio, se ha adoptado la categoría de *etnocidio* significando genocidio cultural, la forma de genocidio que de esta forma se excluye del *genocidio* sin más, del genocidio realmente tipificado por el derecho internacional sin excluir las formas más graves del genocidio cultural.¹⁴ Al hacerse cargo del desarrollo del derecho penal internacional al tiempo de establecer la correspondiente corte, la Corte Penal Internacional, el Estatuto de la misma no ha seguido la vía de sumar nuevos supuesto de genocidios al tipificado por la Convención. Ha adoptado otro planteamiento tampoco exento de problemas.

III. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y los Pueblos Indígenas.

14. El Estatuto de la Corte Penal Internacional entra en vigor en 2002 repitiendo literalmente por lo que respecta al genocidio la tipificación de la Convención sin replanteamiento ni revisión ni actualización de ningún tipo. El artículo sexto de Estatuto

¹² Benjamin Lieberman, *'Ethnic Cleansing' versus Genocide?*, en Donald Bloxham y A.D. Moses (eds.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford University Press, 2010, pp. 42-60.

¹³ B. Clavero, *Genocide or Ethnocide: How to Make, Unmake and Remake Law with Words, 1933-2007*, Giuffrè Editore, 2008, particularmente capítulo VIII.4, "Behind Chutzpah: Indigenous Peoples and Practical Denial".

¹⁴ José Martínez Cobo, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, 1981-1983*, capítulo 15, párrafo 136; Benjamin Whitaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1985, parte II, sección B.3; Erica Itene A. Daes, *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples*, 1993, párrafo 3.

es una réplica exacta del artículo segundo de la Convención, salvo la natural sustitución de una referencia inicial: “*A los efectos de la presente Convención*” por “*A los efectos del presente Estatuto*”. El Estatuto no se ha tomado como ocasión para reintegrar el tipo penal de genocidio con supuestos que figuraron originalmente en el proyecto y que no se encuentran en la Convención definitiva ni tampoco ha sido ocasión para identificar mejor los grupos protegidos, como por ejemplo los pueblos indígenas, o los derechos amparados, como por ejemplo el derecho a la propia existencia como pueblos, el derecho a la propia cultura o el derecho al propio territorio y a sus recursos vitales. No ha sido así, pero el nuevo contexto estatutario y jurisdiccional del viejo delito de genocidio, del mismo tipo penal, trae novedades que podrán interesar a la protección internacional de los pueblos indígenas y de sus derechos.

15. Ante todo, el delito de genocidio deja de ser a efectos prácticos procesales en el orden internacional un asunto exclusivo entre Estados, que sólo los Estados pueden formalmente denunciar y del que sólo los Estados pueden ser penalmente responsables. La misma Convención ya contemplaba la responsabilidad de las personas, sólo que encomendando a los Estados la competencia exclusiva para dirimirla. Según la Convención, pueden en efecto someterse a acusación por genocidio “*gobernantes, funcionarios o particulares*” ya “*por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido*”, ya “*ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción*”, esto es los *gobernantes* de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia. La Corte Penal Internacional que pueda juzgar a individuos sólo se establece al cabo de más de medio siglo. Dada la extrema dificultad de probar la responsabilidad penal de la cúspide del Estado ante la Corte Internacional de Justicia, mayor aún para los pueblos indígenas por todo lo visto, es buena noticia que los individuos como tales,

inclusive *gobernantes y funcionarios* o funcionarias, puedan ser acusados de delitos internacionalmente tipificados ante la Corte Penal Internacional.

16. Por virtud del mismo Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya no sólo el genocidio es delito internacionalmente tipificado. También ahora, conforme al inciso primero del artículo séptimo del Estatuto, pueden ser delitos internacionales, como verdaderos *crímenes de lesa humanidad*,¹⁵ el asesinato selectivo o la desaparición provocada, por ejemplo, de líderes o lideresas indígenas; el desplazamiento forzoso u otra forma de privación del territorio del pueblo o de sus recursos vitales; la reclusión o el confinamiento colectivos; la denegación del derecho de participación como pueblos; las políticas o las acciones inhumanas que les causen sufrimientos sin necesidad de llegar a producir daños físicos o mentales permanentes, inclusive desde luego las agresiones sexuales, etc. En suma cabe decir que toda forma de “*ataque generalizado o sistemático*” contra un pueblo indígena, de cualquier forma y por cualquier agente que se cometa, puede constituir un crimen de lesa humanidad y, como tal, denunciante ante la Corte Penal Internacional o perseguible por la misma sin necesidad ahora de la formalización de denuncia.

17. Es otra novedad de primer orden. Al contrario que la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional está dotada de una Fiscalía que puede actuar de oficio: “*El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de*

¹⁵ Recordemos: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

un crimen de la competencia de la Corte. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte” (Estatuto, artículo 15.1 y 2). A los efectos de persecución de delitos internacionalmente tipificados, la Corte Penal Internacional puede adoptar posiciones activistas sin comparación con las posibilidades muy limitadas de la Corte Internacional de Justicia.

18. Desde Estados que tengan ratificado el Estatuto de la Corte o que acepten su jurisdicción para el caso concreto y que no se estén haciendo cargo de la investigación y el enjuiciamiento correspondientes, de parte indígena o de organizaciones defensoras de derechos humanos puede remitirse directamente información a la Fiscalía sobre indicios o evidencias de genocidio o de crímenes de lesa humanidad a fin de que la misma ponga en marcha la investigación correspondiente. La información puede contener por supuesto indicación de presuntos culpables, de personas individuales o, según ya decía la Convención sobre el Genocidio, “*gobernantes, funcionarios o particulares*”, todos en cuanto que individuos como mejor corresponde a la responsabilidad de carácter penal, o tan sólo la exposición de hechos quedando a la propia Fiscalía la identificación de presuntos responsables. Y puede en efecto tratarse de actos presuntamente constitutivos no sólo de genocidio, sino también de crímenes de lesa humanidad, de esos crímenes cuya misma tipificación parece estar describiendo políticas y acciones todavía hoy bastante usuales frente a pueblos indígenas a lo ancho del mundo.

19. Suele entenderse que los crímenes de lesa humanidad, como el mismo genocidio, ya formaban parte de un derecho consuetudinario internacional cuya prevención y persecución viene ahora a asegurarse con el establecimiento de la Corte Penal

Internacional¹⁶. Pudiera ser, pero ello no ha servido en absoluto para la protección de los pueblos indígenas y de sus derechos fundamentales como tales. Ya la aplicación parcial de un derecho penal internacional consuetudinario tras la Segunda Guerra Mundial con anterioridad a la adopción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio demostró hasta qué punto la costumbre no es buena fuente para el derecho penal ni ofrece garantía de igualdad ante el mismo. Una vez que ya se cuenta con un derecho penal internacional estatutario para algunos crímenes más que el de genocidio y además con la jurisdicción correspondiente, no tendría justificación ni explicación que los pueblos indígenas no tuviesen la posibilidad efectiva de protección penal en el ámbito internacional de sus derechos fundamentales en cuanto que pueblos.

IV. Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Crímenes

Internacionales.

20. El proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que se presentó a la Comisión de Derechos Humanos en 1994 hacía la mención sobre el genocidio ya citada (“*los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio*”) y otra más que no llegaría a la versión definitiva en el 2007: “*Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual de no ser sometidos a etnocidio ni a genocidio cultural*”. Fue una de las no numerosas modificaciones sufridas por el texto de la Declaración entre el Grupo de Trabajo y la Asamblea General¹⁷. Es la que nos interesa. ¿Qué se suprimió realmente al

¹⁶ M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol. I, *Sources, Subjects, and Contents*, Martinus Nijhoff, 2008.

¹⁷ Asbjørn Eide, *The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, y E.I.A. Daes, *The Contribution of*

eliminarse la segunda mención? ¿Qué sentido y alcance mantiene la primera y ya única mención del genocidio en el contexto del actual derecho penal internacional en general y de la misma Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en concreto?

21. La mención finalmente desaparecida tenía una finalidad patente. En relación con la Convención sobre el Genocidio, con sus señaladas limitaciones, se trataba de recuperar la tipificación como delito del genocidio perpetrado a través de políticas frontalmente lesivas contra las culturas indígenas. En relación al Estatuto de la Corte Penal Internacional, se trataba de incluir, aun con otro lenguaje, los supuestos de crímenes de lesa humanidad a los que no alcanzaba la tipificación dada del genocidio. De hecho, se podía haber suprimido el lenguaje no homologado por el derecho penal internacional, el de “*etnocidio*” y “*genocidio cultural*”, por el de “*crímenes de lesa humanidad*” del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero lo primero fue suprimido sin sustitución alguna con la intención aparente de debilitar la protección penal internacional de los pueblos indígenas y sus derechos en cuanto tales, en cuanto que pueblos. La cuestión radica entonces en si esta finalidad se ha conseguido.

22. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha mantenido el lenguaje de la Convención sobre el Genocidio a todos los efectos referentes al mismo de forma específica, inclusive el de la identificación de los sujetos cuya existencia y dignidad se protege, todo “*grupo nacional, étnico, racial o religioso*”, pese a que el apelativo de *grupo* no tiene homologación como sujeto colectivo en el derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas realiza una corrección en este punto. Un sujeto colectivo cuyos derechos fundamentales han de ser internacionalmente protegidos incluso por medio del derecho penal internacional es

the Working Group on Indigenous Populations to the Genesis and Evolution of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, IWGIA, 2009, pp. 32-46 y 48-76.

el *pueblo indígena*. Comenzando por la Fiscalía, la Corte Penal Internacional ha de tomar muy especialmente en cuenta dicha identificación a los efectos y en los términos de protección penal de la existencia y la dignidad de pueblos en cuanto que tales pueblos, los pueblos indígenas conforme a la Declaración de sus derechos.

23. Los derechos que han de protegerse incluso por la vía penal figuran en la Declaración misma. No han desaparecido porque se eliminase la referencia a etnocidio y a genocidio cultural que miraba a dicha protección. Ahí están no sólo “*el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos*” respecto a cuya protección se menciona el genocidio (artículo 7.2), sino también a continuación, en el lugar donde se había hecho mención del etnocidio y del genocidio cultural, el “*derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura*” (artículo 8.1). Aunque se argumentase que este derecho no está protegido por la tipificación del genocidio, lo estará en todo caso por la adición ya estatutaria de los crímenes de lesa humanidad. En todo caso, la debida interpretación cruzada de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Estatuto de la Corte Penal Internacional conduce a la conclusión de que los derechos de la primera relevantes para la existencia y dignidad de los pueblos indígenas en cuanto que pueblos han de gozar de la protección específica del derecho penal internacional y, por tanto, de la Corte Penal Internacional.

24. Ninguna norma debe interpretarse de forma aislada respecto al ordenamiento al que pertenece o en el que viene a incardinarse. Esto conviene subrayarlo para todo lo referente a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, un instrumento perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos. Las normas declarativas o convencionales de derechos humanos no suelen ocuparse de su protección en el campo penal. La misma mención del genocidio por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye una excepción al uso común,

una excepción que no agota en absoluto la protección penal de tales derechos. Esto es materia del Estatuto de la Corte Penal Internacional para el que de ninguna manera, tras la Declaración, puede entenderse exclusión o reducción de la protección internacional penal de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas frente a políticas o acciones que pudieran incurrir en genocidio o en algún crimen de lesa humanidad.

25. El artículo 42 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reza así: *“Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”*. Es un artículo que ante todo vincula a todas las instancias internacionales de la órbita institucional o de la entera constelación de las Naciones Unidas.¹⁸ La Corte Penal Internacional no puede sustraerse a dicha vinculación debilitando o postergando la necesaria protección internacional penal de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en cuanto que tales pueblos.

26. Por otra parte, dado el valor normativo que el artículo 42 confiere a la Declaración y dados los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones que fueran aprobados por la Asamblea General en 2005, las Naciones Unidas se encuentran obligadas a la creación de instancias o establecimiento de mecanismos para la reparación de las graves violaciones de derechos humanos de las que han sido víctimas

¹⁸ E/C.19/2009/14 (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, *Informe sobre el octavo periodo de sesiones*), Anexo I, *Observación general respecto de la aplicación de las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas relativas a la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*.

los pueblos indígenas con anterioridad al propio desarrollo convencional y estatutario del derecho penal internacional.¹⁹

V. Conclusiones.

27. Con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se han abierto importantes posibilidades de defensa penal de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional. Son posibilidades todavía inéditas ante todo por la razón de que sigue pesando una visión del derecho penal internacional que se consolidó en tiempos anteriores, particularmente bajo la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y para la cual, para tal visión, los pueblos indígenas no se cualifican a efectos de la protección correspondiente de orden penal. En teoría, estaban desde luego penalmente protegidos desde la Convención sobre el Genocidio. En la práctica, tal protección no ha sido factible. De aquí ha procedido la necesidad de que la Declaración haga referencia al derecho de los pueblos indígenas a no ser sometidos a “ningún acto de genocidio”.

28. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas está clamando por un cambio de perspectivas en cuya virtud los derechos fundamentales para la existencia y la dignidad de los pueblos indígenas puedan y deban ser protegidos contra las todavía usuales políticas y acciones de todo tipo de agentes, no sólo de los Estados, virtualmente constitutivas de delito de genocidio y de crímenes de lesa humanidad. En cuanto a este delito y estos crímenes, de los que todavía siguen

¹⁹ Federico Lenzerini (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2008, tomándose en consideración tanto la Declaración como los Principios; Walter R. Echo-Hawk, *In the Courts of the Conqueror: The 10 Worst Indian Law Cases Ever Decided*, Fulcrum, 2010, especialmente el capítulo 14, “Was Genocide Legal?”

siendo víctimas pueblos indígenas, y respecto a Estados parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es esta institución la competente. Su Fiscalía debe incluso actuar de oficio en los casos más notorios.

29. En todo caso y especialmente para los supuestos que escapen a la competencia de la Corte Penal Internacional, en consecuencia con el artículo 42 de la Declaración, Naciones Unidas ha contraído la obligación de establecer mecanismos para suministrar remedio a las graves violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que puedan cometerse y para la reparación de los cometidos.