
Honorable Corte de Constitucionalidad

Inconstitucionalidad parcial de Ley de carácter General por omisión al no incluirse a los grupos raciales como categoría protegida contra el Genocidio en el Artículo 376 del Código Penal

Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider
Interponente,

Ministerio Público
Congreso de la República

Entidades a quienes deberá conferirse audiencia.

INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LEY DE CARÁCTER GENERAL POR OMISIÓN NUEVA

Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider
Marjorie Bosque Domínguez
Hernán Antonio Herrera González
*Avenida Reforma 8-95 zona 10
Edificio Avenida Apartamento 202 f
Guatemala, Ciudad.
Email:alexanderaizenstatd@hotmail.com*

Abogados Auxiliares,

Notificaciones,

24 de junio del 2010

— ◆ —
INDICE DE CONTENIDOS

INDICE DE CONTENIDOS	2
ÍNDICE DE CASOS CITADOS	4
I. Decisiones de Tribunales Nacionales.....	4
II. Decisiones de Tribunales Internacionales.....	5
III. Decisiones de Tribunales Extranjeros	7
EXPONGO	8
I. Auxilio profesional.....	8
II. Lugar para recibir notificaciones.	8
III. Motivo de mi comparecencia.	8
IV. Entidades a quienes deberá conferirse audiencia.	9
a) Ministerio Público,.....	9
b) Congreso de la República,.....	9
HECHOS	9
I. Identificación precisa de la norma que se estima inconstitucional.....	9
II. Exposición clara y razonada de los motivos jurídicos sobre los cuales descansa la inconstitucionalidad.	10
a) Sumario.....	10
b) Inconstitucionalidad por Omisión.....	11
b.1) La reparación en las inconstitucionalidades por omisión.....	14
b.2) Inconstitucionalidad sobrevenida	18
c) El Genocidio.....	19
d) Violación al Derecho a la Vida, Integridad y Seguridad (Artículos 2 y 3 de la Constitución Política de la República).....	27
e) Violación al Derecho a la Igualdad (Artículo 4 de la Constitución Política de la Republica).....	30
f) Violación a la Preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (<i>Artículo 46 de la Constitución Política de la República</i>).	33
f.1) Aplicación específica y diferenciada del principio de preeminencia de tratados internacionales en materia de derechos humanos cuando la norma impugnada establece un delito.....	36
g) Violación a la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al <i>ius cogens</i> como un derecho inherente a la persona y como deber de actuar para contribuir a la paz y respeto de los derechos humanos (<i>Artículo 44 y 149 de la Constitución Política de la República</i>).	37
h) Conclusión.	45
FUNDAMENTO DE DERECHO	46
PETICION	48
I. De Trámite:.....	48
II. De Fondo:.....	48

-
- ◆ **Apéndice A:** Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Suscrita el veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y nueve ratificada por el Decreto Legislativo No. 704 del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve;
 - ◆ **Apéndice B:** Artículo 376 del Código Penal. 17-73 del Congreso de la República el cinco de julio de mil novecientos setenta y tres reformado por medio del artículo 13 del decreto del Congreso Número 20-96 del nueve de abril de mil novecientos noventa y seis;
 - ◆ **Apéndice C:** Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz;
 - ◆ **Apéndice D:** Najman Alexander Aizenstatd L. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín. 11-22 (2007).

— ◆ —

ÍNDICE DE CASOS CITADOS

I. Decisiones de Tribunales Nacionales

A. Corte de Constitucionalidad

1. Amparo. Expediente No. 30-2000. Gaceta No. 58. Sentencia del 31 de octubre del 2000;
2. Amparo. Expediente No. 872-2000. Gaceta No. 60. Sentencia del 28 de junio del 2001;
3. Apelación de Amparo. Expediente No, 855-2003. Gaceta No. 70. Sentencia del 27 de octubre del 2003;
4. Apelación de Amparo. Expedientes Acumulados No. 1822 y 1823-2002. Gaceta No, 67. Sentencia del 13 de enero del 2003;
5. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 2949-2006. Gaceta No. 83. Sentencia del dieciocho de enero del dos mil siete;
6. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 3878-2007. Gaceta No. 94. Sentencia del veintiuno de diciembre del dos mil nueve;
7. Cumplimiento de Amparo. Expedientes Acumulados Nos. 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010. Fallo del 10 de junio del 2010;
8. Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 108-98. Gaceta No. 49. Resolución del 18 de Agosto de 1998;
9. Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 125-86. Gaceta No. 3. Resolución del 6 de febrero de 1987;
10. Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 23-87. Gaceta No. 4. Resolución del 1 de abril de 1987;
11. Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 752-97. Gaceta No. 48. Resolución del 24 de junio de 1998;
12. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3396-2008. Gaceta No. 93. Sentencia del 9 de julio del 2009.
13. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3722-2007. Gaceta No. 91. Sentencia del cinco de febrero del dos mil nueve;
14. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 541-2006. Gaceta No. 86. Sentencia del 29 de noviembre del 2007;
15. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 1179-2005. Gaceta No. 84. Sentencia del ocho de mayo del año dos mil siete;
16. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 2376-2007. Gaceta No. 88. Sentencia del 9 de abril del 2008;
17. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 3004-2007. Gaceta No. 92. Sentencia del diez de junio del dos mil nueve;
18. Inconstitucionalidad General. Expediente No. 305-95. Gaceta No. 41. Resolución del 26 de septiembre de 1996;
19. Inconstitucionalidad General. Expediente No. 537-93. Gaceta No. 35. Sentencia del 12 de enero de 1995. p 10;

20. Inconstitucionalidad General. Expediente No. 62-2004. Gaceta No. 73. Resolución del 26 de agosto del 2004;
21. Inconstitucionalidad General. Expediente No. 952-2000. Gaceta No. 61. sentencia del 24 de julio del 2001;
22. Inconstitucionalidad General. Expedientes Acumulados Nos. 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007. Gaceta No. 87. Sentencia del 8 de enero del 2008;
23. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1086-2003, Gaceta No. 167. Sentencia del 25 de marzo del dos mil cuatro;
24. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1122-2005. Gaceta No 79. Sentencia del 1 de febrero del 2006;
25. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1210-2007. Gaceta No. 93. Sentencia del 8 de julio del 2009;
26. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1655-2005. Gaceta No 80. Sentencia del 23 de junio del 2006;
27. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2394-2004. Gaceta No. 79. Sentencia del veintiocho de marzo del dos mil seis;
28. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 63-2008. Gaceta No. 90. Sentencia del 21 de noviembre del 2008;
29. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No.1655-2005. Gaceta No. 80.Sentencia del 23 de junio del 2006;
30. Inconstitucionalidad Total. Expediente No. 1750-2006. Gaceta No. 90. Sentencia del 28 de octubre del 2008;
31. Inconstitucionalidad. Expediente No. 639-95, Gaceta No. 42. Sentencia del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis;
32. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002;
33. Voto razonado del Magistrado Gabriel Larios Ochaita. Inconstitucionalidad Total. Expediente No. 364-90. Gaceta No. 20. Sentencia del 26 de junio de 1991.

II. Decisiones de Tribunales Internacionales

A. Corte Permanente de Justicia Internacional

1. Opinión Consultiva. Escuelas minoritarias en Albania. Grecia v. Albania. Enero 23 1935. PCIJ, Ser. A/B., No. 64, 1935.

B. Corte Internacional de Justicia

1. Caso Nottebohm (segunda fase). Liechtenstein v. Guatemala. Fallo del 6 de abril de 1955;
2. Caso Relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (segunda fase). Belgica v. España. 5 de Febrero de 1970. ICJ Reports 1970 párr-33-34;
3. Reservas a la Convención sobre el Genocidio. Opinión Consultiva. 28 de Mayo de 1951. ICJ Reports 1951, párra 53;

4. Voto Disidente del Juez Ad Hoc Kreca. Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Excepciones Preliminares). Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia. Sentencia del 11 de Julio de 1996 p 12.

C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154. Párra. 99;
2. Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade. párra 28 contenido en Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154. Párra. 99.
3. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79;
4. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130;
5. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre del 2009. Serie C. No. 205;
6. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127;
7. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A No. 18 párrs. 82-127;
8. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 43-55;
9. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119;
10. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 52;
11. Voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade. Párra 10 contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001. Serie C. No. 75;
12. Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake v. Guatemala (Fondo). Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie C No. 36;

D. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. Michael Domingues v. Estados Unidos (fondo). Informe No. 62/02. Caso 12.285, informe del 22 de octubre del 2002. Párra 49.

E. Corte Europea de Derechos Humanos

1. Al-Adsani v. Reino Unido. App. No. 35763/97. Sentencia del 21 de noviembre del 2001.

F. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

1. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso ICTR-96-4-T. Decisión del 2 de septiembre de 1998. Párr. 521;
2. Fiscal v. Kambanda. ICTR-97-23-S. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Párr. 16.

G. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

1. Fiscal v. Delacic y otros. Caso No. IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998 párra 454;
2. Fiscal v. Furundzija. Caso IT-95-17/I-T. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Párra 144;
3. Fiscal v. Kunarac. Casos Nos. IT-96-23-T y IT-96-23/1 párra. 466.

III. Decisiones de Tribunales Extranjeros

A. Corte Constitucional de Colombia

1. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz. (Anexo C).

B. Cámara de los Lores del Reino Unido

1. Cámara de los Lores del Reino Unido. Regina v. Bartle y el Comisionado de Policía para la Metrópolis y Otros Ex Parte Pinochet (en apelación). (no 3.) 25 de noviembre de 1998.

INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LEY DE CARÁCTER GENERAL
POR OMISIÓN AL NO INCLUIRSE A LOS GRUPOS RACIALES COMO
CATEGORÍA PROTEGIDA CONTRA EL GENOCIDIO EN EL ARTÍCULO 376
DEL CÓDIGO PENAL

**INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LEY DE CARÁCTER GENERAL
POR OMISIÓN NUEVA**

Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider, de veintinueve años, soltero, Abogado y Notario, guatemalteco, de este domicilio, atentamente comparezco y al efecto,

— ◆ —
EXPONGO

I. Auxilio profesional.

Para el planteamiento de la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 literal d) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, actúo bajo mi propio auxilio profesional y el de los abogados:

- Marjorie Bosque Domínguez, y
- Hernán Antonio Herrera González.

quienes en adelante podremos actuar conjunta o separadamente, de manera indistinta.

II. Lugar para recibir notificaciones.

Señalo la oficina profesional ubicada en la Avenida Reforma ocho guión noventa y cinco zona diez, Edificio Avenida Apartamento doscientos dos F de esta ciudad capital (Ave. Reforma 8-95 zona 10. Edificio Avenida Apartamento 202 F, Guatemala, Ciudad.), como lugar para recibir notificaciones.

III. Motivo de mi comparecencia.

Comparezco, como ciudadano afectado, a interponer acción de inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión al no incluirse a los grupos raciales como categoría protegida en la tipificación del delito de Genocidio en el artículo 376 del Código Penal. Esto contraviene los derechos a la Vida, Integridad y Seguridad, Igualdad, Preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos

Humanos y a la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens*¹ como deber del Estado de normar sus actividades según reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho inherente a la persona aunque no figure expresamente en el texto constitucional, todos reconocidos por los artículos 2, 3, 4, 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

IV. Entidades a quienes deberá conferirse audiencia.

En el presente caso según el artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad deberá darse audiencia a las siguientes entidades:

a) Ministerio Público,

que puede ser notificado en la sede de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal ubicada en la sexta avenida número cinco guión sesenta y seis, zona uno, Edificio El Sexteo, de esta ciudad (6ª avenida, 10-66, zona 1, Edificio El Sexteo, Guatemala, Ciudad).

b) Congreso de la República,

que puede ser notificado en su sede, ubicada en la novena avenida, número nueve guión cuarenta y cuatro de la zona uno de esta ciudad (9ª avenida, 9-44, zona 1, Guatemala, Ciudad).

Todo de conformidad con la siguiente exposición de,



HECHOS

I. Identificación precisa de la norma que se estima inconstitucional.

El artículo 376 del Código Penal fue originalmente emitido por medio del Decreto No. 17-73 del Congreso de la República el cinco de julio de mil novecientos setenta y tres, publicado en el Diario de Centroamérica el treinta de agosto de mil novecientos setenta y tres.² El segundo párrafo del artículo, que establece las penas de prisión, fue reformado por medio del artículo 13 del decreto del Congreso Número 20-96 del nueve de abril de mil novecientos noventa y seis publicado en el Diario de Centroamérica el nueve de mayo de mil novecientos noventa y seis.

¹ Normas imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admite acuerdo en contrario (Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

² Diario de Centroamérica. Tomo CXC VII, Número 1. 30 Agosto 1973. p. 1-20.

El artículo 376 del Código Penal señala:

“Genocidio. Art. 376. Comete delito de genocidio quien con el propósito de destruir total o parcialmente un **grupo nacional, étnico o religioso** efectuare cualquiera de los siguientes hechos:

- 1.- Muerte de miembros del grupo.
- 2.- Lesión que afecte gravemente a la integridad física o mental de miembros del grupo.
- 3.- Sometimiento del grupo o de miembros del mismo a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial.
- 4.- Desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo.
- 5.- Medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquiera otra manera impedir su reproducción.

El responsable de genocidio será sancionado con prisión de 30 a 50 años³” –el resaltado es propio-

Interpongo acción de inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión al no incluirse a los grupos raciales como categorías protegidas contra el genocidio en el artículo 376 del Código Penal. Esto contraviene los siguientes derechos constitucionales: Vida, Integridad y Seguridad (artículos 2 y 3), Igualdad (artículo 4), Preeminencia de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (artículo 46) y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens* como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución (artículos 44 y 149 de la Constitución).

II. Exposición clara y razonada de los motivos jurídicos sobre los cuales descansa la inconstitucionalidad.

a) Sumario

El artículo 376 del Código Penal establece los elementos del delito de genocidio en la legislación nacional. Para el efecto instituye como sujetos pasivos únicamente a los grupos nacionales, étnicos o religiosos. La Convención Para la Prevención y la

³ Sección reformada por el decreto del Congreso de la República número 20-96. Originalmente indicaba: “El responsable de genocidio será sancionado con prisión de veinte a treinta años”.

Sanción del Delito de Genocidio⁴ en su artículo segundo y la opinión unánime de la doctrina y jurisprudencia conforme al derecho internacional establecen que la raza es una categoría colectiva que debe protegerse contra el genocidio. Al no incluir a los grupos raciales como sujeto pasivo del delito de genocidio se han infringido por omisión las siguientes disposiciones constitucionales: **1)** la vida, integridad y seguridad (artículos 2 y 3) porque se deja fuera de la protección del tipo penal a los grupos raciales y se permite la persecución y exterminio de grupos con base en sus características físicas sin que esto constituya genocidio; **2)** derecho a la igualdad (artículo 4) ya que establece una diferencia injustificada e irrazonable al no otorgar a los grupos raciales la misma protección que otorga a los grupos nacionales, étnicos y religiosos; **3)** la preeminencia del derecho convencional internacional de los derechos humanos (artículo 46) al no incluir a los grupos raciales como colectividades jurídicamente tuteladas del delito de genocidio en contravención a los dispuesto por los artículos 2 y 5 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; **3.1)** Esto debe tomar en consideración que el análisis de constitucionalidad en la colisión entre normas ordinarias que establecen delitos y los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen casos específicos y diferenciados a los analizados por la Corte en su jurisprudencia hasta ahora. Esto en virtud de que el principio de que no hay delito sin ley anterior impide al juzgador simplemente aplicar la norma internacional prevaleciente; y **4)** la obligación del Estado de adoptar medidas de prevención y sanción de delitos considerados como violaciones al *ius cogens* como un derecho inherente a la persona humana aunque no figure expresamente en el texto constitucional y como deber de actuar con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y defensa de los derechos humanos (artículos 44 y 149).

b) Inconstitucionalidad por Omisión

La presente acción de inconstitucionalidad se fundamenta en la contravención a disposiciones constitucionales en virtud de que se omitió incluir a los grupos raciales como categorías protegidas contra el delito de genocidio en el artículo 376 del Código

⁴ Suscrita el veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y nueve y ratificada por el Decreto Legislativo No. 704 del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Penal. Si bien para la jurisprudencia de esta Corte la inconstitucionalidad por omisión es un concepto relativamente novedoso, esta ha sido reconocida por gran parte de la doctrina y por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales más avanzados⁵. Esta Corte ya ha señalado en *obiter dicta* que la omisión del organismo legislativo en la emisión de una ley ordenada por la Constitución es una contravención a un mandato de la norma suprema⁶. Manuel de Jesús Mejicanos ha indicado que “la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ya ha sentado jurisprudencia sobre la concurrencia de dicho vicio, aunque sin indicar de manera concreta que se trata de un vicio de inconstitucionalidad por omisión”⁷.

El principio de supremacía constitucional establece que las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las leyes y que los órganos de poder deben sujetar su actuación a ésta⁸. La supremacía constitucional en su origen se deriva del poder soberano que la establece. Formalmente actúa como orden jerárquico fundante de todo el ordenamiento positivo⁹. La Corte de Constitucionalidad ha sostenido que la supremacía constitucional “implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y

⁵ Véase por ejemplo: Víctor Bazán. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 475-506 (2006) < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr23.pdf>> (6 Junio 2010); Martín J. Risso Ferrand. Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 11-36 (2001). <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr3.pdf>> (6 Junio 2010). Luz Bulnes Aldunate. La Inconstitucionalidad por Omisión. 4 No. 1 Estudios Constitucionales 251-264 (2006). < http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_14.pdf> (6 Junio 2010); Javier Tajadura Tejada. La Inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales. 271-295. < <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2455/8.pdf>> (6 Junio 2010).

⁶ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3722-2007. Gaceta No. 91. Sentencia del cinco de febrero del dos mil nueve.

⁷ Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez. La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 530 (2006). <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr24.pdf>> (6 Junio 2010). Véase además: Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3722-2007. Gaceta No. 91. Sentencia del cinco de febrero del dos mil nueve (se señala como una omisión a un mandato constitucional que el Congreso no haya emitido la ley de aguas).

⁸ Artículos 44 y 204 de la Constitución; 3 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

⁹Véase José Arturo Sierra González. Derecho Constitucional Guatemalteco. 28-29 (editorial Fenix) (2006).

gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho”¹⁰.

La Constitución encarga a la Corte de Constitucionalidad como función esencial “la defensa del orden constitucional”¹¹. Esta defensa requiere que la Corte asegure el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y que sancione todas las violaciones al mismo. Las infracciones al orden constitucional pueden cometerse a través de actos positivos (acciones) o a través de la falta de actividad para hacer valer lo establecido por la norma constitucional (omisiones). Las disposiciones de la Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad son amplias en cuanto a la forma en que se pueden cometer violaciones al orden constitucional y no limitan el campo de actividad de este Tribunal en el control abstracto de constitucionalidad únicamente a acciones¹². Por ello, tanto las acciones como las omisiones pueden contravenir el orden constitucional. El actuar pasivo es también constitucionalmente relevante. Siendo así, la Corte de Constitucionalidad debe hacer valer la defensa del orden constitucional independientemente de la forma en que éste sea violentado, incluyendo las omisiones. Al efecto el tratadista Víctor Bazán sostiene que “la supremacía constitucional involucra no sólo el control constitucional sobre acciones que la violenten sino también a las omisiones igualmente inconstitucionales, cuya posible configuración debe ser analizada con prudencia y rigor”¹³. Explica este autor además que

“es claro que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino también, por omisión; concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de tal modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria...”¹⁴.

¹⁰ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente No. 639-95, Gaceta No. 42. Sentencia del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

¹¹ Artículo 268 de la Constitución y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

¹² Además, el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad señala que: “Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional”.

¹³ Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 208 (2004).

¹⁴ Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 199 (2004). <http://www.iidpc.org/revistas/2/pdf/205_225.pdf> (6 Junio 2010)

Otros autores añaden señalando que se incurre en inconstitucionalidad por omisión legislativa además cuando se “favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros”, tal y como ocurre en el objeto de la presente acción de inconstitucionalidad¹⁵.

La Corte de Constitucionalidad como máxima garante de la Constitución debe de actuar también cuando se contravienen las disposiciones constitucionales por omisión legislativa, “en caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador”¹⁶. Por lo tanto este tribunal en cumplimiento de su función esencial como defensor del orden constitucional debe actuar también cuando una omisión legislativa impide a un individuo o colectividad el disfrute de sus derechos constitucionales. Es por ello que ante una omisión de un ente legislativo que contraviene los derechos otorgados por el poder constituyente se presenta esta acción requiriendo que la Corte actúe en resguardo del orden constitucional.

b.1) La reparación en las inconstitucionalidades por omisión

El objetivo de la presente acción no es la expulsión del ordenamiento jurídico del delito de genocidio, esto conllevaría violaciones al bien jurídico que tutela respecto a los demás grupos que actualmente protege (nacionales, étnicos y religiosos). La expulsión del ordenamiento jurídico de esta norma, aunque fuera de manera temporal, tendría efectos irreversibles al liberar de responsabilidad penal nacional a cualquier acusado o condenado por ese delito en el pasado, todo de conformidad con los principios que establecen que no hay delito sin ley anterior y la retroactividad de la ley cuando beneficia al reo¹⁷. Eso sería una grave e irreparable contravención a las obligaciones del Estado en lo que se argumenta afecta actualmente a los grupos raciales pero en contra de todos los demás grupos. Además contravendría sus obligaciones internacionales. Es por eso que esta acción solicita

¹⁵ Luz Bulnes Aldunate. La Inconstitucionalidad por Omisión. 4 No. 1 Estudios Constitucionales 253 (2006).

¹⁶ Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 208-09 (2004).

¹⁷ Artículos 15 y 17 de la Constitución

que se restaure a una colectividad en sus derechos constitucionales, sin que esto infrinja los derechos de los otros grupos protegidos.

Las declaraciones de inconstitucionalidad por omisión requieren que el Tribunal dicte resoluciones que van más allá del simple análisis de la validez jurídica de la disposición que se estima inconstitucional. No puede dictarse simplemente un pronunciamiento estimativo o desestimativo. Es por lo tanto que la situación que se presenta ante este tribunal requiere la emisión de una sentencia que la doctrina clasifica como atípica. Explica Mynor Pinto Acevedo que la jurisdicción constitucional moderna contempla la posibilidad de adoptar este tipo de sentencias.¹⁸ Entre estas se encuentran las “exhortativas” e “interpretativas”. Este tribunal en su jurisprudencia ya ha dictado varias sentencias atípicas¹⁹.

El Doctor Néstor Pedro Sagüés explica que una sentencia exhortativa es aquella que “encomienda al poder legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto”²⁰. Estas sentencias tienen su fundamento en el respeto a la separación de poderes y la atribución del órgano legislativo como representante de la legitimidad democrática. Por ello, el Tribunal requiere al Congreso la solución del vicio de inconstitucionalidad en lugar de hacerlo la Corte misma²¹. Sin embargo, al ordenar la corrección del vicio inconstitucional otorga instrucciones precisas y plazos establecidos. Sobre este punto el Dr. Sagüés al analizar la sentencia exhortativa de -inconstitucionalidad simple- la define como:

“aquella en que un Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida (por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación), pero impone al Poder Legislativo el deber de

¹⁸ Mynor Pinto Acevedo. Las sentencias interpretativas en el Derecho Procesal Constitucional. 47 Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala 49 (2003).

¹⁹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1210-2007. Gaceta No. 93. Sentencia del 8 de julio del 2009; Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 3004-2007. Gaceta No. 92. Sentencia del diez de junio del dos mil nueve; Inconstitucionalidad General. Expedientes Acumulados Nos. 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007. Gaceta No. 87. Sentencia del 8 de enero del 2008; Voto razonado del Magistrado Gabriel Larios Ochaita. Inconstitucionalidad Total. Expediente No. 364-90. Gaceta No. 20. Sentencia del 26 de junio de 1991. Para las sentencias exhortativas véase notas 23 a 29 adelante.

²⁰ Néstor Pedro Sagüés. Las Sentencias Constitucionales Exhortativas. 4 No. 2 Estudios Constitucionales. 192 (2006)

²¹ Como podría hacerlo a través de las sentencias que la doctrina denomina interpretativas aditivas.

suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución”²².

Esta Honorable Corte ya ha dictado varias sentencias exhortativas dirigidas al organismo legislativo. Entre ellas destacan aquellas que han señalado: “la omisión de un mandato constitucional por parte del Congreso de la República, al no emitir una ley que regule el régimen de aguas”²³; exhortando la reforma al Código de Salud respecto a las sanciones por publicidad no autorizada²⁴; exhortando la emisión de legislación respecto a la falsedad en la declaración de tarifas aplicables a la propaganda electoral²⁵; exhortando reforma legal estableciendo las consecuencias de la falta de presentación del timbre forense en memoriales dirigidos a tribunales²⁶; y exhortando al Congreso armonizar el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo,²⁷ lo cual ha tenido que solicitar nuevamente dentro de un proceso subsiguiente;²⁸ e incluso ha señalado una tercera vez²⁹.

Como ejemplo ilustrativo, dentro de situaciones en que hay vicios de inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha requerido al organismo legislativo la corrección de la

²² Néstor Pedro Sagüés. Las Sentencias Constitucionales Exhortativas. 4 No. 2 Estudios Constitucionales. 194 (2006)

²³ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3722-2007. Gaceta No. 91. Sentencia del cinco de febrero del dos mil nueve.

²⁴ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 2949-2006. Gaceta No. 83. Sentencia del dieciocho de enero del dos mil siete

²⁵ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2394-2004. Gaceta No. 79. Sentencia del veintiocho de marzo del dos mil seis.

²⁶ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2706-2005. Gaceta No. 79. Sentencia del siete de febrero del dos mil seis.

²⁷ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 1179-2005. Gaceta No. 84. Sentencia del ocho de mayo del año dos mil siete.

²⁸ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 2376-2007. Gaceta No. 88. Sentencia del 9 de abril del 2008

²⁹ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 3878-2007. Gaceta No. 94. Sentencia del veintiuno de diciembre del dos mil nueve. (“se colige que a la fecha aún no ha sido consolidada una plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas”)

norma que se estima inconstitucional dentro de un plazo fijado por esta³⁰. Señala la doctrina además que el remedio en casos similares al de la presente acción de inconstitucionalidad por omisión requiere que el tribunal “recomiende u ordene al órgano legislativo, que no ha cumplido con su obligación constitucional de desarrollar ciertos preceptos, que dicte las leyes ordinarias que sean necesarias para dar eficacia a preceptos de obligatorio desarrollo”³¹.

Es necesario señalar a este Tribunal que no puede ignorar que de todas las sentencias exhortativas antes citadas, el Congreso de la República no ha cumplido con emitir las normas señaladas por esta Corte. La más antigua de ellas fue dictada hace más de cuatro años y el Congreso aún no ha emitido la norma requerida³². Tomando en cuenta que la omisión legislativa constituye un agravio constitucional continuado en esos casos también, en resguardo del orden constitucional no puede este Tribunal permitir que quede a la simple voluntad de la entidad que ha cometido la violación repararlos. En su caso podría retardar perpetuamente el cumplimiento de la emisión de la norma requerida, lo cual constituye una continua contravención al orden constitucional y a la autoridad de esta Honorable Corte. Por lo tanto, además de la emisión de una sentencia exhortativa dirigida al Congreso de la República, será necesario que se establezca un plazo para su debido cumplimiento. Si bien esta Corte debe respetar la separación de poderes y atribución de funciones establecida para el organismo judicial, no puede ignorar que hasta la fecha el organismo legislativo se ha rehusado a cumplir con las sentencias exhortativas que le han sido dirigidas lo cual atenta contra la función esencial de este Tribunal. Por lo tanto es necesario que se establezca además un plazo para su cumplimiento. Este plazo deberá tomar en cuenta la complejidad de la actividad legislativa sin olvidar que mientras no sea rectificadas la norma existe una grave violación constitucional.

Esta acción solicita la emisión de una sentencia exhortativa, la cual declare el vicio de inconstitucionalidad y requiera al Congreso de la República su corrección

³⁰ Robert Alexy citado por Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 209 (2004).

³¹ Luz Bulnes Aldunate. La Inconstitucionalidad por Omisión. 4 No. 1 Estudios Constitucionales 251-254 (2006).

³² Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2706-2005. Gaceta No. 79. Sentencia del siete de febrero del dos mil seis.

por medio de una reforma que agregue a los grupos raciales como categoría protegida (sujeto pasivo) del delito de genocidio. Todo esto dentro de un plazo establecido por la Corte, sin que por ello se declare la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 376 el Código Penal.

b.2) Inconstitucionalidad sobrevenida

La presente acción se relaciona con una norma preconstitucional. El artículo 376 del Código Penal entró en vigencia por medio del Decreto del Congreso No. 17-73 del 5 de julio de 1973. En ese momento ya se encontraba vigente la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la cual si incluye protección a los grupos raciales. Sin embargo, al momento de emitirse el Código Penal se encontraba vigente la Constitución Política de la República de Guatemala de 1965³³ y no la actual Constitución decretada en 1985³⁴. Es por lo tanto que en el presente caso se estima la existencia de una ilegitimidad constitucional sobrevenida.

La Corte de Constitucionalidad ha sostenido que pueden impugnarse normas preconstitucionales, es decir aquellas con vigencia antes de la actual Constitución³⁵. Al efecto ha señalado que el análisis de constitucionalidad de las leyes alcanza también a las normas que “no guarden concordancia o conformidad con los principios adoptados en la vigente ley fundamental del Estado, en cuyo caso por ministerio *legis* son susceptibles de llegar a ser declaradas sin validez, por sobrevenir ilegitimación en su confrontación con dicha ley”³⁶. Existe criterio fundamentado por esta Honorable Corte respecto a la ilegitimidad constitucional sobrevenida de aquellas normas que sean incompatibles con los principios materiales establecidos en la Constitución³⁷. Sobre el tema esta Corte ha sostenido que:

³³ Decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965.

³⁴ Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985.

³⁵ Saul Diguero Herrera. El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 252 (2002); Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez. La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 528-529 (2006).

³⁶ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General. Expediente No. 305-95. Gaceta No. 41. Resolución del 26 de septiembre de 1996. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1655-2005. Gaceta No 80. Sentencia del 23 de junio del 2006.

³⁷ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 23-87. Gaceta No. 4. Resolución del 1 de abril de 1987; Inconstitucionalidad General. Expediente No. 62-2004.

“plantear la oposición desde un punto de vista material entre ley anterior y Constitución, sí es, no sólo lógico sino necesario, no porque el legislador antiguo debiera sujetar su actividad a una Constitución futura, sino porque de no prevalecer la norma fundamental sobre la ley anterior, está seguiría surtiendo efectos contrarios a los nuevos principios jurídicos”³⁸.

Además esta Corte ha señalado que “no sería aceptable que pudieran surtir efectos normas contrarias al cuerpo constitucional, solamente por que hayan sido emitidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución.”³⁹

Luego de haber establecido los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales que permiten a esta Corte examinar una inconstitucionalidad por omisión sobrevenida y dictar una sentencia exhortativa, expondré los fundamentos de la prohibición al genocidio en el derecho nacional e internacional.

c) **El Genocidio**

El artículo 376 del Código Penal tipifica el delito de Genocidio dentro del orden nacional. Este delito, por su gravedad ha sido caracterizado por algunos como el “crimen de crímenes”.⁴⁰ Esta Honorable Corte ha señalado que el genocidio es uno de los “crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional” y que “atenta[n] contra la paz y seguridad mundiales”⁴¹.

A través de la historia pueden evidenciarse varias situaciones que han constituido casos de genocidio, sin embargo el término fue utilizado por primera vez

Gaceta No. 73. Resolución del 26 de agosto del 2004; Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1122-2005. Gaceta No 79. Sentencia del 1 de febrero del 2006; Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 63-2008. Gaceta No. 90. Sentencia del 21 de noviembre del 2008; Inconstitucionalidad Total. Expediente No. 1750-2006. Gaceta No. 90. Sentencia del 28 de octubre del 2008; Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 541-2006. Gaceta No. 86. Sentencia del 29 de noviembre del 2007; Inconstitucionalidad General. Expediente No. 62-2004. Gaceta No. 73. Sentencia del 26 de agosto del 2004; Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No.1655-2005. Gaceta No. 80.Sentencia del 23 de junio del 2006.

³⁸ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 108-98. Gaceta No. 49. Resolución del 18 de Agosto de 1998; Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 752-97. Gaceta No. 48. Resolución del 24 de junio de 1998.

³⁹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad en Caso Concreto. Expediente No. 125-86. Gaceta No. 3. Resolución del 6 de febrero de 1987.

⁴⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal v. Kambanda. ICTR-97-23-S. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Párr. 16

⁴¹ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI literal B.

hasta en 1944. Fue el jurista Raphael Lemkin quien creó esta denominación a partir del vocablo griego “*genos*” que significa “raza, nación o pueblo” y el latín “*caedere*” que significa matar⁴². Algunos lo han denominado como un nuevo nombre para un viejo crimen⁴³. Fue a través de la tipificación del genocidio como delito que se estableció por primera vez para grupos colectivos una protección penal a su derecho a existir. Desde entonces varios tribunales internacionales han sido establecidos para juzgar estos crímenes. El primero, fue el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg⁴⁴. Luego siguieron los tribunales penales internacionales de Ruanda y la ex Yugoslavia. Más recientemente, la Corte Penal Internacional entre otros.

En el ámbito internacional, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ha sido un paso fundamental para el reconocimiento unánime de la necesidad de prohibir los actos de genocidio. Esta Convención ha sido debidamente reconocida por Guatemala⁴⁵ y constituye un tratado internacional en materia de derechos humanos⁴⁶. El mismo decreto legislativo que ratifica la Convención en sus considerando señala que se fundamenta en que “el amplio espíritu humanitario del pueblo guatemalteco reprueba toda discriminación contra el individuo, de acuerdo, además, con lo propugnado por el concierto de naciones civilizadas”. Como convención internacional en materia de derechos humanos esta goza de preeminencia sobre el derecho interno según el artículo 46 de la Constitución. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue adoptada por asamblea general de Naciones Unidas de manera unánime y desde entonces ha sido considerada como una autoridad en cuanto al alcance del término genocidio según la comunidad de naciones. Esta Convención define el genocidio de la manera siguiente;

⁴² Raphael Lemkin. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress*. (Washington, D.C. Carnegie Endowment for International Peace) (1944).

⁴³ Frase atribuida a Winston Churchill “A new name for an old crime”. Apareció por primera vez en un diccionario en inglés en 1950, véase: Steven Leonard Jacobs. *Genesis of the Concept of Genocide according to its author from the original sources*. 3 No. 3 *Human Rights Review* 99 (2002).

⁴⁴ Véase: Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider. *Origen y Evolución del Concepto de Genocidio*. 25 *Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín* 13 (2007). (Anexo D)

⁴⁵ Suscrito el 22 de junio de 1949 en Nueva York y ratificado por el Congreso de la República por medio del Decreto Legislativo No. 704 del 30 de noviembre de 1949.

⁴⁶ Véase: Corte de Constitucionalidad. *Opinión Consultiva*. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI. (Donde esta Corte señaló que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, norma similar a la Convención contra el Genocidio, es un tratado fusiona violaciones de derecho internacional humanitario y derechos humanos y por lo tanto un tratado en materia de derechos humanos según el artículo 46 de la Constitución)

“Artículo 2. 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.” -el resaltado es propio-

Esta definición ha sido el estándar aceptado por la comunidad de naciones sin reserva alguna y desde entonces ha sido adoptada en los estatutos de varios otros tribunales internacionales. La definición contenida en la Convención contra el Genocidio ha sido trasplantada en términos idénticos en los estatutos de las Cortes Penales Internacionales de Ruanda y la ex Yugoslavia⁴⁷. Además la adopción de la misma en la reglamentación de la Corte Penal Internacional ha cimentado la permanencia y aceptación universal de la definición establecida en la Convención⁴⁸.

El genocidio además, según la definición establecida en la Convención ha sido reconocido por innumerables autores y decisiones de tribunales (nacionales e internacionales) como una de las pocas normas que han alcanzado el carácter de *ius cogens*⁴⁹. Es decir, como una “norma imperativa de derecho internacional general

⁴⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional Para Ruanda, Artículo 2; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Artículo 4.

⁴⁸ Art. 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Véase: Fundación Myrna Mack, CPI - La Universalización de la Lucha contra la Impunidad. (PNUD) (2002) y Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Sentencia del veinticinco de marzo del dos mil dos.

⁴⁹ Véase entre muchos otros: José A. Pastor Ridruejo. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. (Editorial Tecnos) (2009) p. 543; Antonio Cassese. International Law. (Oxford U. Press) (2005) p. 444; Ian Brownlie. Principles of Public International Law. (Oxford U. Press) (1999) p. 515; Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín 11 (2007) (Anexo D); Cherif M. Bassiouni. International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. 59 Law and Contemporary Problems 68 (1996); Jan Wouters and Sten Verheoven. The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide. 5 International Criminal Law Review 401-416 (2005); Corte Internacional de Justicia. Voto Disidente del Juez Ad Hoc Kreca. Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción

aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario”⁵⁰. Esto ha sido reiterado además por la Corte Internacional de Justicia⁵¹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵². Una norma de *ius cogens* según ha establecido esta misma Corte de Constitucionalidad es una norma que afecta los intereses de la comunidad internacional y amenaza la paz y seguridad mundial⁵³.

c.1) Categorías protegidas contra el Genocidio

Los sujetos pasivos del delito de genocidio son colectividades. Tal y como señaló el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el famoso caso *Fiscal v. Jean Paul Akayesu* “la víctima del crimen de genocidio es el grupo en sí mismo y no el individuo”⁵⁴. Esta protección a grupos colectivos se basa en el reconocimiento de que un grupo, al igual que un individuo, es distinto y único y tiene derecho a existir. La penalización del genocidio protege el derecho de un grupo para existir como tal, así como la tipificación del homicidio protege la vida de un individuo. La erradicación de un grupo causa una pérdida a la humanidad en cultura y otras contribuciones que sólo pueden hacerse de manera colectiva. Su prohibición busca que no se pierdan las contribuciones culturales que pueden hacerse únicamente por medio de grupos unidos por características nacionales, raciales, religiosas o culturales⁵⁵. La eliminación de

del Delito de Genocidio (Excepciones Preliminares). Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia. Sentencia del 11 de Julio de 1996 p 12.

⁵⁰ Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados firmada el 23 de mayo de 1969 y ratificada por el Congreso de la República por medio del Decreto No. 55-96 del 26 de junio de 1996.

⁵¹ Corte Internacional de Justicia. Reservas a la Convención sobre el Genocidio. Opinión Consultiva. 28 de Mayo de 1951. ICJ Reports 1951, 23 y Caso Relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (segunda fase). Belgica v. España. 5 de Febrero de 1970. ICJ Reports 1970 párr- 33-34.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154. Párra. 99.

⁵³ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI. Véase además: Najman Alexander Aizenstatd. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín 11 (2007). (Anexo D)

⁵⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso ICTR-96-4-T. Decisión del 2 de septiembre de 1998. Párr. 521.

⁵⁵ Raphael Lemkin. Genocide as a Crime Under International Law. 41 American Journal of International Law. 147 (1947)

estos grupos en su identidad colectiva roba a la comunidad mundial de algo irremplazable⁵⁶.

Sin embargo, no toda colectividad se encuentra protegida contra el genocidio. La comunidad internacional de forma unánime ha reconocido que deben protegerse algunos grupos que se caracterizan por su unidad, homogeneidad, inevitabilidad de pertenencia, estabilidad y tradición. Son grupos a los que se pertenece usualmente por nacimiento y de manera continua⁵⁷. Estos grupos, desde la definición fundante contenida en la Convención contra el Genocidio han sido los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Si bien algunos Estados han decidido extender la protección contra el genocidio a otros grupos también (e.g. grupos políticos, económicos, etc.), es permitido otorgar un estándar mayor de protección al aceptado por la comunidad internacional. Pero no uno menor. Al efecto la Corte Constitucional de Colombia señaló que “no hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida”⁵⁸. Los grupos raciales indudablemente la tienen. Por lo tanto la inclusión de las categorías nacionales, étnicas, religiosas y raciales constituyen un estándar mínimo e ineludible de protección en la legislación interna.

Debido a que la Convención contra el Genocidio no define cada categoría de protección, los tratadistas y jueces abrumadoramente acuden a las definiciones establecidas por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Ese Tribunal, en el caso *Fiscal v. Jean Paul Akayesu*⁵⁹ ha definido a cada uno de los grupos protegidos de la manera siguiente:

⁵⁶ Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín 13 (2007). (Anexo D)

⁵⁷ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso ICTR-96-4-T. Decisión del 2 de septiembre de 1998. Párr 511.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz. (Anexo C)

⁵⁹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso ICTR-96-4-T. Decisión del 2 de septiembre de 1998. Párr. 511-516.

Véase además: Asoka de Z Gunawardana. Contributions by the International Criminal Tribunal for Rwanda to Development of the Definition of Genocide. 94 American Society of International Law Proceedings 277 (2000).

- a) Grupo Nacional: es una colectividad de personas que comparten un vínculo legal basado en ciudadanía, aunado a reciprocidad de derechos y obligaciones. Esta definición tomó en cuenta la decisión de la Corte Internacional de Justicia respecto al vínculo efectivo de nacionalidad en el famoso caso Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)⁶⁰.
- b) Grupo Étnico: es aquel cuyos miembros comparten un lenguaje o cultura en común;
- c) Grupo Religioso: es aquel cuyos miembros comparten la misma religión, denominación o forma de culto. Lo cual abarca a aquellos “unidos bajo un mismo ideal espiritual”⁶¹.
- d) Grupo Racial: es determinado por características físicas hereditarias comúnmente asociadas con regiones geográficas, sin tomar en cuenta factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos. Un grupo racial se estima únicamente por las características físicas de sus integrantes⁶².

El Código Penal en su artículo 376 únicamente establece como categorías protegidas a los grupos nacionales, étnicos y religiosos. Es decir, excluye a los grupos raciales como categoría protegida. Este grupo excluido, definido por características físicas que engloban a sus miembros, no se encuentra contenido en las otras categorías. Por lo tanto según el Código Penal actos cometidos con la intención de destruir a un grupo basado en sus características físicas no constituye genocidio. Esta es una contravención a la obligación establecida por la Convención contra el Genocidio de tipificarlo penalmente en la legislación nacional según la definición de su artículo 2. La prohibición del Genocidio tiene su inspiración y razón de ser principalmente en las atrocidades Nazis cometidas durante la segunda guerra mundial. En Guatemala, la exposición de motivos del Código Penal en cuanto al genocidio indica que “se configuró ingratamente a raíz de acontecimiento

⁶⁰ Corte Internacional de Justicia. Caso Nottebohm (segunda fase). Liechtenstein v. Guatemala. Fallo del 6 de abril de 1955.

⁶¹ Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín 16 (2007). (Anexo D)

⁶² Véase generalmente: Claudia Lucrecia Cáceres Maldonado. La Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio y la Responsabilidad Estatal Internacional. Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. (Universidad Francisco Marroquín) (2005) p. 33 (la autora sostiene que el criterio étnico no abarca a grupos que únicamente tengan en común características físicas) <<http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4055.pdf>> (9 Junio 2010).

internacionales que han podido en zozobra la tranquilidad universal como la segunda guerra mundial”. La génesis de la prohibición del genocidio es combatir las ideologías que, como la Nazi, argumentan la superioridad de un grupo con base en sus características físicas y la exterminación de otros⁶³. Es por ello que la inclusión de los grupos raciales como categorías protegidas contra el genocidio surge histórica y jurídicamente como una necesidad.

Si bien es cierto que algunos argumentan que todos los seres humanos pertenecen a la misma raza, esta categoría en esos términos es la única que engloba a un grupo protegido en virtud de sus características físicas. Es una definición técnica jurídica y un concepto general del derecho. Además este término jurídico ha sido utilizado universalmente en tratados internacionales y es empleado por académicos y jueces en todo el mundo. La prohibición de la discriminación racial según la Corte Internacional de Justicia es una norma adoptada por la comunidad de naciones⁶⁴.

El término racial ha sido adoptado por Guatemala en la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial⁶⁵. A su vez también en numerosos tratados internacionales en materia de derechos humanos⁶⁶ al igual que en cuantiosas leyes nacionales que hacen alusión de esa

⁶³ Leo Kuper citado por Farid Samir Benavides-Vanegas. The Elimination of Political Groups Under International Law and the Constitution of Political Claims. 15 Florida Journal of International Law 584(2003)

⁶⁴ Corte Permanente Internacional de Justicia. Opinión Consultiva. Escuelas Minoritarias en Albania. Grecia v. Albania. Enero 23 1935. PCIJ, Ser. A./B., No. 64, 1935.

⁶⁵ Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de resolución No. 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965 aprobada por el Decreto Ley No. 105 de fecha 30 de noviembre de 1982 publicado el 6 de enero de 1984).

⁶⁶ Véase por ejemplo: Artículo 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado por el Decreto No. 6 del Congreso de la República de fecha treinta de marzo de 1978 publicado el 13 de julio de 1978), 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por decreto del Congreso de la República No. 9-92 de fecha 19 de febrero de 1992 publicado el 21 de febrero de 1992), 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (aprobado por decreto No. 804 de fecha 9 de mayo de 1951 publicado el 23 de mayo de 1951), 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (aprobado por el decreto No. 127-96 del Congreso de la República de fecha 27 de noviembre de 1996, publicado el 23 de diciembre de 1996), 55.c de la Carta de las Naciones Unidas (aprobado por el decreto No. 174 de fecha 11 de octubre de 1945 publicado el 1 de noviembre de 1945), 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución No. 2200 (XXI) del 19 de diciembre de 1966 y aprobado por el decreto No. 69 del

categoría⁶⁷. Incluso el delito de discriminación tipificado en el artículo 202 bis del Código Penal incluye de manera expresa a la raza como categoría de protección⁶⁸.

Además, la protección de grupos de conformidad con categorías raciales ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹. Incluso esta honorable Corte de Constitucionalidad ha empleado ese término señalando que “debe condenarse todo acto de discriminación racial que viole los derechos humanos y libertades fundamentales⁷⁰.”

Congreso de la República de fecha 30 de septiembre de 1987 publicado el 14 de octubre de 1987), Preámbulo, 1 y 2 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 30 de noviembre de 1973 (aprobada por decreto Número 39-2005 del Congreso de la República de fecha 12 de mayo del 2005 publicado el 15 de julio del 2005; Artículos 6 literal e, y 7 literal e) del Tratado de la Integración Social Centroamericana (adoptado en la XVI Reunión de Presidentes Centroamericanos el 30 de marzo de 1995 en San Salvador, ratificado por el decreto No. 8-96 del Congreso de la República de fecha 26 de febrero de 1996 publicado el 27 de marzo de 1996),

⁶⁷ Artículos. 14 bis del Código de Trabajo (Decreto No. 1441 del Congreso de la República del 29 de abril de 1961 publicado el 16 de junio de 1961 y reformas) [en adelante *Código de Trabajo*]; 3, 4 y 16 de la Ley de Desarrollo Social (Decreto No. 42-2001 del Congreso de la República de fecha 26 de septiembre del 2001 publicada el 19 de octubre del 2001); y 1 de la Ley de Promoción Educativa contra la Discriminación (Decreto No. 81-2002 del Congreso de la República del 28 de noviembre del 2002 publicado el 24 de diciembre del 2002) y 202 bis del Código Penal (decreto del Congreso de la República No. 17-73 de fecha 5 de julio de 1973 publicado el 30 de agosto de 1973, reformado por medio del decreto del Congreso de la República No. 57-2002 del 9 de noviembre del 2002 publicado el 9 de octubre del 2002 entre otros) [en adelante *Código Penal*].

⁶⁸ *Código Penal id*, art. 202 bis. Adicionado por el Decreto del Congreso No. 57-2002 del 11 de Septiembre del 2002, publicado el 9 de Octubre del 2002.

⁶⁹ Véase generalmente: Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A No. 18 párrs. 82-127. (contiene una amplia discusión del derecho de igualdad baso el sistema interamericano); El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 43-55; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 52 [en adelante Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización]. Véase, entre otros, los casos contenciosos: Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre del 2009. Serie C. No. 205.

⁷⁰ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Amparo. Expediente No, 855-2003. Gaceta No. 70. Sentencia del 27 de octubre del 2003.

La inclusión de las categorías raciales como sujetos pasivos busca proteger a una colectividad englobada por sus características físicas comunes en contra del genocidio. Al no ser incluida dentro de la definición del Código Penal contenida en el artículo 376 se ha dejado a estos grupos fuera de la protección de la definición universalmente aceptada del mismo y se han contravenido derechos humanos garantizados por disposiciones constitucionales, tratados internacionales en materia de derechos humanos y normas internacionales imperativas de *ius cogens*.

Luego de establecidos los antecedentes respectivos expongo a continuación de manera clara y razonada la confrontación entre la omisión en la norma que se estima inconstitucional y las disposiciones constitucionales aplicables que permitirán a este Tribunal apreciar el vicio de inconstitucionalidad.

d) Violación al Derecho a la Vida, Integridad y Seguridad (Artículos 2 y 3 de la Constitución Política de la República).

El Artículo 2 de la Constitución establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.” El Artículo 3 de la Constitución señala: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.” Ambos artículos protegen el derecho a la Vida, Integridad y Seguridad”.

En virtud de las disposiciones antes citadas el Estado tiene la obligación de proteger y garantizar la Vida, Integridad y Seguridad. El derecho constitucional a la vida ha sido señalado por esta Corte como “el más fundamental y prioritario de los derechos humanos”⁷¹. Explica el Dr. Sierra González requiere que este derecho requiere que el Estado garantice a los gobernados “que no se dañe, menoscabe o lesione su cuerpo, salud física y salud mental, que no se ponga en peligro su existencia”⁷². El derecho constitucional a la Integridad, requiere que el Estado tome las acciones necesarias para que no se dañe física o mentalmente a sus habitantes. El derecho a la Seguridad implica que el Estado tomará las acciones necesarias para

⁷¹ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Amparo. Expedientes Acumulados No. 1822 y 1823-2002. Gaceta No, 67. Sentencia del 13 de enero del 2003.

⁷² José Arturo Sierra González. Derecho Constitucional Guatemalteco. (Ed. Fenix) (2006) p. 148.

garantizar que los ciudadanos no se vean arriesgados o colocados en situaciones de peligro.

El Estado debe garantizar los derechos a la Vida, Integridad y Seguridad reduciendo o eliminando los actos que atenten contra los mismos. Jurídicamente, la forma en que se lleva a cabo la obligación de proteger y garantizar a los habitantes sus derechos es por medio de la prohibición de los actos que conlleven una vulneración a los mismos. En particular, de aquellas conductas dolosas que atenten gravemente contra estos derechos constitucionales. En resguardo de estos derechos, las violaciones más graves deben ser castigadas por medio de sanciones penales. Es decir, para cumplir con la obligación de garantizar y proteger los derechos fundamentales el Estado debe como mínimo, prohibir los actos que constituyan las más graves violaciones a los mismos y castigar a aquellos que las realicen. El objetivo de la tipicidad es “indicar a los ciudadanos [y agentes del Estado] que comportamientos están prohibidos y espera con la conminación penal contenida en los tipos que se abstengan de realizar la conducta prohibida”⁷³. Al no hacerlo respecto a los grupos raciales, los pone en riesgo e incumple con su obligación de proteger y garantizar sus derechos fundamentales.

El reconocimiento del Genocidio como delito y el establecimiento de sanciones significativas para los que lo cometan, tiene como objetivo precisamente la protección de los derechos de colectividades permanentes de seres humanos. Protege la vida, integridad y seguridad de estos grupos. Esto se da de la misma forma que la tipificación del homicidio y homicidios calificados buscan resguardar la vida, integridad y seguridad de personas individuales. Queda claro que proteger estos derechos es el bien jurídico tutelado del Genocidio cuando califica como conductas punibles realizadas con el respectivo *iter criminis* las siguientes actividades: i) “muerte de miembros del grupo”⁷⁴; lo cual evidencia el resguardo al derecho a la vida de los integrantes del grupo protegido; ii) la “lesión grave que afecte gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo”⁷⁵; lo cual resguarda su Integridad y iii) El “sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de

⁷³Eduardo González Cauhapé-Cazaux. Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco. (Fundación Myrna Mack) (1998). p 35.

⁷⁴ Artículo 376 numeral 1 del Código Penal.

⁷⁵ Artículo 376 numeral 2 del Código Penal.

existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial”⁷⁶; con lo cual se busca proteger la Seguridad del grupo protegido y evitar que se les coloque en situaciones de riesgo o peligro.

Por medio de la tipificación del delito de Genocidio el Estado ha cumplido en parte con su deber de proteger y resguardar los derechos a la Vida, Integridad y Seguridad de los grupos nacionales, étnicos y religiosos. Sin embargo, no ha incluido a los grupos raciales. Al omitir la inclusión de los grupos raciales como categorías protegidas contra el genocidio el Estado los ha excluido de la protección del tipo penal. No resguarda ni protege a grupos englobados por sus características físicas y por lo tanto deja de garantizarle sus derechos. Ni siquiera prohíbe o califica como punibles actos que se dirijan a la destrucción de un grupo racial como tal. Al no estar prohibidos, implícitamente consciente su perpetración y los coloca en peligro. Según lo establecido en el Código Penal, actos que atenten contra la vida (“dar muerte”), integridad (“lesión que afecte gravemente la integridad física o mental”), o seguridad (“sometimiento a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física”) de un grupo atendiendo a sus características físicas, pueden realizarse en Guatemala sin que constituya genocidio. Eso es una contravención a los derechos constitucionales de tales grupos y pone en riesgo su derecho mismo a existir.

Como ya se determinó antes y de conformidad con la definición señalada por la Corte Penal Internacional para Ruanda, los grupos raciales comprenden colectividades agrupadas por las características físicas de sus miembros, y no se encuentran comprendidos dentro de los grupos nacionales, étnicos o religiosos⁷⁷. De ahí que según el ordenamiento jurídico guatemalteco, la exterminación de un grupo racial, como tal, no constituye un delito.

Cabe aclarar además que la desprotección de los grupos raciales en el tipo penal del genocidio no puede suplirse acudiendo a otros tipos penales, como el homicidio pues protegen distintos bienes jurídicos. Al efecto es conveniente citar sobre este punto a la Corte Constitucional de Colombia, considerada por el Dr. Nestor Pedro

⁷⁶ Artículo 376 numeral 3 del Código Penal.

⁷⁷ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso ICTR-96-4-T. Decisión del 2 de septiembre de 1998. Párrafos 511-516. Véase además: Asoka de Z Gunawardana. Contributions by the International Criminal Tribunal for Rwanda to Development of the Definition of Genocide. 94 American Society of International Law Proceedings 277 (2000).

Sagüés como una de las más prestigiosas del Continente⁷⁸. La Corte Colombiana ha señalado que es inadmisibles acudir a otras figuras penales para suplir deficiencias en la tipificación de la definición del genocidio pues esto “desconoce la especificidad del genocidio y la importancia de incriminar las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad”⁷⁹. Además dicha Corte enfatizó que: “En efecto, esta tesis degrada la importancia del bien jurídico que se proteger al penalizar el genocidio, que no es tan sólo la vida e integridad sino el derecho a la existencia misma de los grupos humanos, sin supeditarlos a su nacionalidad, raza, credo político o religioso”⁸⁰. Además concluye que “hay una sustancial diferencia de fondo entre condenar el homicidio... e imputar responsabilidades específicas por la conducta de genocidio en si misma considerada.”⁸¹.

El Estado, según los artículos 2 y 3 de la Constitución, tiene el deber de garantizar y proteger los derechos a la Vida, Integridad y Seguridad de todos. Para hacer valer ese derecho debe como mínimo sancionar penalmente las actividades que constituyan graves violaciones a esos derechos. Si bien, al tipificar el delito de Genocidio el Congreso ha buscado resguardar esos derechos en cuanto a los grupos nacionales, étnicos y religiosos, ha excluido de esa protección a los grupos raciales. Por lo tanto esa omisión contenida en el artículo 376 del Código Penal pone en grave riesgo a los grupos raciales constituye una violación al deber constitucional del Estado de proteger y resguardar su Vida, Integridad y Seguridad.

e) Violación al Derecho a la Igualdad (Artículo 4 de la Constitución Política de la Republica).

El Artículo 4 Constitucional señala: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”. Respecto al principio de Igualdad La

⁷⁸ Nestor Pedro Sagüés. Regional Report Latin America. VII Konrad Adenauer Stiftung Conference on International Law. The Contribution of Constitutional Courts in Safeguarding Basic Rights, Democracy and Development. Heidelberg (2009) p. 34.

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz. (Anexo C)

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*

Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado que su importancia es primordial ya que:

“sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.⁸²

El artículo 376 del Código Penal establece una protección en contra del genocidio para los grupos nacionales, étnicos y religiosos. Esta norma incluye a tres de los cuatro grupos reconocidos por Guatemala como categorías protegidas contra el Genocidio en el Artículo 2 de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Genocidio y por el concierto de naciones en general. Sin embargo, excluye a los grupos raciales de la protección del tipo penal. La regulación del delito de genocidio en el Código Penal excluye a los grupos raciales de la protección que le otorga a los demás grupos. Esto constituye una distinción arbitraria sin justificación razonable.

El artículo 376 excluye a los grupos raciales del goce de la protección contra el genocidio. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio otorga a los grupos raciales protección. Sobre el punto, esta Honorable Corte ha señalado que:

“concorre vicio de inconstitucionalidad en un acto legislativo por exclusión arbitraria (ilegal o irrazonable) de un beneficio, que se produce cuando el órgano con potestad de legislar lo hace regulando una exclusión arbitraria y discriminatoria, que priva a una persona (individual o jurídica) del goce de un derecho adquirido, de tal manera que impide la aplicación efectiva y eficaz de las disposiciones constitucionales”⁸³

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A No. 18. párr. 101.

⁸³ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1086-2003, Gaceta No. 167. Sentencia del 25 de marzo del dos mil cuatro.

Al excluir a los grupos raciales del beneficio de ser protegidos en contra del genocidio, la norma impugnada por omisión excluye a un grupo de lo que concede a otros grupos en situaciones similares. Al efecto este Tribunal que señalado: “la jurisprudencia de esta Corte ha sido consistente al considerar que "el principio de igualdad, significa entonces un derecho a que no se establezcan excepciones que excluyan a unos de los que se concede a los otros en iguales circunstancias⁸⁴”.

Si bien, el principio de igualdad no es absoluto y permite al legislador establecer clasificaciones cuando situaciones distintas requieran un trato diverso, en el presente caso la exclusión de los grupos raciales, no se fundamenta en justificación razonable, de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge, que haga necesaria la necesidad de hacer un tratamiento distinto. La protección en contra de la discriminación racial es precisamente uno de los valores fundamentales reconocidos por la Constitución. El cumplimiento de los tratados internacionales es otro de estos valores, al efecto esta Corte ha sostenido que: “obedeciendo al principio *pacta sunt servanda*, que es clave del ordenamiento jurídico internacional, debe ser honrado por Guatemala, no sólo por lo que es conveniente a los fines propios del Estado, sino porque así lo dispone el artículo 149 de la Constitución”⁸⁵. Los grupos raciales han sido reconocidos como sujetos de protección contra el Genocidio por Guatemala en instrumentos internacionales. Este reconocimiento se da en las mismas normas que reconocen la necesidad de proteger a los grupos nacionales, étnicos y religiosos. Estos cuatro constituyen grupos permanentes y homogéneos de seres humanos que históricamente se han visto vulnerables ante ataques que buscan su eliminación. Es más, la protección a los grupos raciales fue la génesis inspiradora del establecimiento de la prohibición al Genocidio. Esta Corte ha señalado que “no debe darse un tratamiento jurídico disímil a situaciones de hecho idénticas...”⁸⁶. En este caso el Código Penal no otorga a los grupos raciales, la protección que otorga a grupos ubicados en situaciones similares. Por lo tanto, incluir a las otras tres categorías

⁸⁴ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General. Expediente No. 952-2000. Gaceta No. 61. sentencia del 24 de julio del 2001.

⁸⁵ Corte de Constitucionalidad. Cumplimiento de Amparo. Expedientes Acumulados Nos. 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010. Fallo del 10 de junio del 2010.

⁸⁶ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General. Expediente No. 537-93. Gaceta No. 35. Sentencia del 12 de enero de 1995. p 10.

reconocidas y excluir a los grupos raciales constituye una diferenciación injustificable la cual rebasa el plano de razonabilidad, en contravención al principio de igualdad.

f) Violación a la Preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*Artículo 46 de la Constitución Política de la República*).

El artículo 46 de la Constitución señala: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Esta disposición establece una jerarquía normativa entre los tratados internacionales y la legislación nacional.

La Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue ratificado por Guatemala desde 1949.⁸⁷ Este tratado busca el reconocimiento y castigo de un delito que, tal y como señala su preámbulo es “contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena”. Esta misma Corte ha declarado que el genocidio es uno de los “crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional” y que “atenta[n] contra la paz y seguridad mundiales”⁸⁸. Por medio de esta Convención se persigue castigar a los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos y como tal debe clasificarse como un convenio internacional en materia de Derechos Humanos. Esta Corte ya ha señalado que los tratados cuyo contenido fusiona las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y las violaciones a los Derechos Humanos entran al ordenamiento jurídico guatemalteco “como uno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a que se refiere el artículo 46 de la Constitución Política de la República y por ello, con preeminencia sobre el Derecho Interno”⁸⁹. En esa ocasión la Corte se refirió al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que también contempla el delito de Genocidio. A su vez, esto es reiterado por la Corte Constitucional de Colombia que señala que la Convención del Genocidio es un

⁸⁷ Suscrito el 22 de junio de 1949 y ratificado por medio del Decreto legislativo No. 704 del 30 de noviembre de 1949.

⁸⁸ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI literal B.

⁸⁹ Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI.

cuerpo normativo integrado por el derecho internacional de los derechos humanos cuyo objetivo y fin es la protección de los derechos fundamentales⁹⁰

La Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece la definición de Genocidio, debidamente aceptada por Guatemala en un tratado internacional en materia de derechos humanos y al efecto señala:

“Artículo 2. 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. – el resaltado es propio-

Esta definición incluye como elementos de tipicidad a cuatro categorías colectivas como sujetos pasivos. Estas son, los grupos: 1) nacionales; 2) étnicos; 3) raciales; y religiosos. La suscripción y ratificación de ese tratado internacional en materia de derechos humanos conlleva que el Estado de Guatemala reconoce y acepta la definición del genocidio con todos sus elementos de tipicidad, incluyendo la protección de los grupos raciales.

El Artículo 5 de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio señala:

“Artículo 5. Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y **especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...**” –el resaltado es propio-

El compromiso adoptado por medio del Artículo 5 antes citada obliga al Estado de Guatemala a establecer el delito de genocidio dentro de su legislación penal. Es decir impone la obligación de penalizar. Sin embargo, esta obligación debe cumplirse

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz. Sección 3. (Anexo C)

respetando los elementos de tipicidad y la definición establecida por el artículo 3 de la misma Convención. Esta definición incluye a los grupos raciales como sujetos pasivos. No puede pues, un Estado pretender cumplir con la obligación de penalizar el Genocidio cambiando sus elementos de tipicidad o definición. Los tratados deben cumplirse según su texto y de conformidad con el principio de buena fe. Al respecto esta honorable Corte ha señalado que la buena fe:

“implica el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos. Ello es así atendiendo a que según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone debe cumplirse de buena fe no pudiendo invocarse para su incumplimiento el derecho interno”⁹¹.

El Código Penal en su artículo 376 establece el delito de Genocidio y al efecto en su parte conducente señala: “Comete delito de genocidio, quien, con el propósito de destruir total o parcialmente a un **grupo nacional, étnico o religioso** efectuare cualquiera de los siguientes hechos...” –el resaltado es propio -. Esta norma entra en abierta oposición al artículo 5 de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que establece como sujetos pasivos a los grupos raciales. Al no incluir todos los elementos de tipicidad el artículo 376 del Código Penal contraviene la definición del artículo 5 de la Convención y la obligación de establecer sanciones penales eficaces a las personas culpables del genocidio en el artículo 5.

Por medio de la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio el Estado se ha obligado a cumplir con sus obligaciones por a través de obligaciones específicas, en ese caso por medio del establecimiento del Genocidio, conforme la definición del artículo 5, como un delito⁹². La única forma de cumplir con esta obligación es a través del establecimiento de una figura típica penal que contenga, como mínimo, los mismos elementos de tipicidad que la establecida por la definición del artículo 5. Es decir, la definición acordada por la Convención constituye un mínimo de protección, si lo estimare conveniente el Estado podría acordar un estándar mayor de protección, pero no uno menor. El artículo 376 del Código Penal, no contiene como mínimo todos los elementos de tipicidad del

⁹¹ Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente No. 872-2000. Gaceta No. 60. Sentencia del 28 de junio del 2001.

⁹² Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter et al. International Law – Cases and Materials. (West Publishing Co.) (1980) p. 116.

genocidio establecidos en la Convención, puesto que excluye un sujeto pasivo esencial que son los grupos raciales. Por lo tanto no otorga el mismo nivel de protección al excluir a los grupos raciales.

Al no incluir a los grupos raciales como sujetos pasivos, el artículo 376 del Código Penal, una norma ordinaria, contraviene la definición del genocidio y la obligación de establecer sanciones penales que lo castiguen conforme los artículos 3 y 5 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Considerando que este es un tratado internacional en materia de derechos humanos que tiene preeminencia sobre el derecho interno la omisión contenida en el artículo 376 constituye una violación a la Convención y por lo tanto una contravención al artículo 46 de la Constitución.

f.1) Aplicación específica y diferenciada del principio de preeminencia de tratados internacionales en materia de derechos humanos cuando la norma impugnada establece un delito.

Cabe señalar que esta Corte ha considerado en algunas ocasiones que la preeminencia establecida en el artículo 46 constitucional para tratados en materia de derechos humanos sobre el derecho interno sólo tiene como efecto que ante su conflicto prevalezcan las primeras, sin embargo ese criterio no es aplicable a disposiciones penales que tipifican delitos⁹³. La colisión en casos penales presenta una circunstancia única y distinta que no puede ser evaluada de la misma forma. La situación presentada en esta acción constituye un caso distinto a los considerados por esta Corte anteriormente. La simple prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno sin efectos sustanciales sobre la norma inferior en casos penales no cumple objetivo alguno. No da efectividad real a la disposición constitucional ni a los derechos humanos garantizados por el tratado. Esto debido al principio de que no hay crimen ni pena sin ley anterior reconocido en el artículo 17 Constitucional. De tal forma que un juez en un caso penal al evidenciar el conflicto que existe entre la definición del artículo 376 del Código Penal y el 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se vería

⁹³ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3396-2008. Gaceta No. 93. Sentencia del 9 de julio del 2009.

imposibilitado de aplicar la definición contenida en el tratado internacional a pesar de que esta prevalezca. No puede un juez condenar a una persona que haya cometido genocidio en contra de un grupo racial, ya que ese sujeto pasivo no está contemplado en la norma inferior, a pesar de que así lo dispone la definición de genocidio contenida en un tratado internacional prevaleciente en materia de derechos humanos. Así como tampoco podría aplicar la obligación de ajustarse a esa definición en la legislación penal de cada Estado según el artículo 5 de esa misma Convención. En su aplicación real y concreta declarar que un tratado internacional en materia de derechos humanos que establece un delito prevalece sobre la legislación ordinaria carece de contenido real. De ser así, un juzgado penal podría aplicar la definición del Genocidio contenida en la convención desde 1949.

Es por lo tanto, que el conflicto de normas que establecen disposiciones penales con tratados internacionales en materia de derechos humanos constituye una circunstancia limitada, especial y extraordinaria que justifica un trato específico. En estos conflictos normativos en concreto, debidamente circunscritos al establecimiento de un tipo penal, para la aplicación real y eficaz del principio de preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos debe utilizarse el contenido del tratado para evaluar el vicio de inconstitucionalidad de la norma inferior según el artículo 46 constitucional. Atendiendo a esto, el artículo 376 del Código Penal que establece el delito de genocidio contraviene el artículo 46 constitucional debido a su colisión con los artículos 2 y 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

g) Violación a la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens* como un derecho inherente a la persona y como deber de actuar para contribuir a la paz y respeto de los derechos humanos (Artículo 44 y 149 de la Constitución Política de la República).

El Artículo 44 de la Constitución señala: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen a otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. El Artículo 149 establece: “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad,

el respeto y defensa de los derechos humanos...” Uno de los principios, reglas y prácticas internacionales que mantienen la paz y el respeto y defensa de los derechos humanos es la obligación de prevenir y castigar graves violaciones al *ius cogens*. Es un derecho humano, aún cuando no figure expresamente, ser protegido por medio de la tipificación penal en contra de graves violaciones de normas del derecho internacional en las cuales haya recaído el carácter de *ius cogens*.

Desde la época de Grocio, precursor del derecho natural, se sostenía la existencia derechos prevalecientes “principios susceptibles de describirse por la razón y que gozaban de vigencia absoluta, eterna e inalterable, muy por encima de los intereses o pactos de los hombres e incapaces de ser influidos por estos”⁹⁴. Estas normas son en el campo del derecho internacional las que han adquiridos el carácter de *ius cogens*, aquellas sobre las cuales hay un acuerdo unánime en la comunidad de naciones y cuya contravención afectan a la humanidad. Su protección interesa a la comunidad de naciones ya que su violación no perturba solamente a un solo Estado, sino que “afectan la conciencia humana...,-la conciencia jurídica universal,- y tanto los individuos agraviados como la propia humanidad tornase víctimas de los mismos...”⁹⁵.

Las normas de carácter *ius cogens* han sido definidas por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados como “normas imperativas de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario”⁹⁶. Son extremadamente limitadas las normas que han adquirido esta denominación, comenta la doctrina que “este carácter lo tienen solamente aquellas normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de naciones y que son indispensables a la existencia del derecho de las naciones como un orden

⁹⁴ Eduardo Suarez citado por José Luis Vallarta Marrón. La Argumentación Jurídica en Torno al Ius Cogens Internacional. 10 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 19 (2010). <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/indice.htm?r=derint&n=10>> (7 Junio 2010).

⁹⁵ Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade. párra 28 contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154.

⁹⁶ Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados firmada el 23 de mayo de 1969 y ratificada por el Congreso de la República por medio del Decreto No. 55-96 del 26 de junio de 1996.

jurídico internacional, cuya observancia puede exigirse por todos los miembros de la comunidad internacional”⁹⁷.

Esta Corte ha señalado que el ordenamiento jurídico guatemalteco reconoce las normas de *ius cogens*, al efecto ha señalado: “Guatemala, siguiendo su tradición constitucional, reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *jus cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización”⁹⁸. Al efecto sus opiniones lo han integrado al ordenamiento jurídico constitucional por virtud de los artículos 44 y 149 de la Constitución⁹⁹. Estas normas no surgen de la celebración de tratados internacionales, aunque pueden verse reconocidas por los mismos, sino que subsisten con independencia de ellos, incluso prevalecen sobre cualquier tratado internacional que las contraría. Es por ello que la protección contra violaciones al *ius cogens* es una contravención constitucional independiente a cualquier tratado internacional o a lo dispuesto en el artículo 46 constitucional que se aplica al derecho internacional que surge por medio de tratados y convenciones.

Explica el Dr. Alejandro Maldonado Aguirre que las normas de esta naturaleza subsisten:

“aun cuando no existiera algún convenio o tratado internacional aceptado por un país en materia de ese reconocimiento, el orden internacional sería vinculante por el carácter natural, inalienable e imprescriptible de tal condición dignificante. Digamos que en la actualidad nadie se atrevería a oponer sus regulaciones internas ni su facultad soberana de obligarse o de no obligarse para defender la esclavitud, la servidumbre, la desigualdad racial o la discriminación absurda”¹⁰⁰.

La protección en contra de actos de genocidio es una norma universalmente reconocida de *ius cogens*. Son innumerables los autores y tribunales que de manera conteste e unánime señalan al genocidio como una de las normas primarias de *ius*

⁹⁷ Stefan A. Reinsfel. *Ius Dispositivum and Ius Cogens in International Law*. 60 *American Journal of International Law* 511-515 (1966)

⁹⁸ Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente No. 30-2000. Gaceta No. 58. Sentencia del 31 de octubre del 2000 y Amparo. Expediente No. 872-2000. Gaceta No. 60. Sentencia del 28 de junio del 2001.

⁹⁹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expedientes Acumulados 12-2004 y 213-2004. Gaceta No. 73. Sentencia del 20 de julio del 2004. Sección III.

¹⁰⁰ Alejandro Maldonado Aguirre. Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2001) p. 248.

cogens.¹⁰¹ Esto ha sido reiterado además por la Corte Internacional de Justicia¹⁰² y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰³. Insiste Antônio Cançado Trindade, Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actual Juez de la Corte Internacional de Justicia señala que “Nadie osaría negar tampoco que los actos de genocidio [entre otros]...afroitan la conciencia jurídica universal y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *jus cogens*”¹⁰⁴ En adición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “los ejemplos comúnmente citados como normas de derecho consuetudinario que han adquirido condición de normas *jus cogens* incluyen el genocidio...”¹⁰⁵.

En adición a las abundantes fuentes legales antes mencionadas, una norma de *ius cogens* según ha establecido esta misma Corte de Constitucionalidad es una norma que afecta los intereses de la comunidad internacional y amenaza la paz y seguridad mundial¹⁰⁶. Aunado a esto varias normas nacionales reconocen al genocidio como uno de los delitos más graves, entre ellas al restringir su aplicación al beneficio

¹⁰¹ Véase entre muchos otros: José A. Pastor Ridruejo. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. (Editorial Tecnos) (2009) p. 543; Antonio Cassese. International Law. (Oxford U. Press) (2005) p. 444; Ian Brownlie. Principles of Public International Law. (Oxford U. Press) (1999) p. 515; Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín 11 (2007) (Anexo D); Cherif M. Bassiouni. International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. 59 Law and Contemporary Problems 68 (1996); Jan Wouters and Sten Verheoven. The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide. 5 International Criminal Law Review 401-416 (2005); Corte Internacional de Justicia. Voto Disidente del Juez Ad Hoc Kreca. Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Excepciones Preliminares). Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia. Sentencia del 11 de Julio de 1996 p 12.

¹⁰² Corte Internacional de Justicia. Reservas a la Convención sobre el Genocidio. Opinión Consultiva. 28 de Mayo de 1951. ICJ Reports 1951, 23 y Caso Relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (segunda fase). Belgica v. España. 5 de Febrero de 1970. ICJ Reports 1970 párr- 33-34.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154. Párra. 99.

¹⁰⁴ Antônio A. Cançado Trindade. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. (Ed. Jurídica de Chile) (2001) p. 417.

¹⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Michael Domingues v. Estados Unidos (fondo). Informe No. 62/02. Caso 12.285, informe del 22 de octubre del 2002. Parrá 49.

¹⁰⁶ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI. Vease además: Najman Alexander Aizenstatd. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín 11 (2007). (Anexo D)

de colaboración eficaz¹⁰⁷, al colocarlo en primer lugar entre los delitos de mayor riesgo para efectos de la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo¹⁰⁸ y por la Corte Suprema de Justicia al asignar competencias penales¹⁰⁹. Incluso el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene disposiciones que hacen referencia a su naturaleza única¹¹⁰. Esta Honorable Corte ha señalado que el genocidio es uno de los “crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional” y que “atenta[n] contra la paz y seguridad mundiales”¹¹¹.

Aunado a todo lo anterior, el Internacionalista Eduardo Jiménez de Aréchaga explica que “La comunidad internacional reconoce ciertos principios que corresponden a intereses esenciales y a sus concepciones morales básicas, como la prohibición del uso de la fuerza y agresión, del genocidio, de la discriminación racial o la violación sistemática de derecho humanos”¹¹². Es por esto que “violaciones graves como el genocidio y la agresión, entre otras, constituyen normas de *ius cogens* aceptadas universalmente”¹¹³

Las altas Cortes nacionales tienen un importante deber en la protección en contra de violaciones al *ius cogens*. Tal y como señaló la Cámara de los Lores en *Ex Parte Pinochet*: “desde el fin de la segunda guerra mundial existe un claro reconocimiento por la comunidad internacional que ciertos crímenes son tan graves e inhumanos que constituyen crímenes contra el derecho internacional y que la comunidad internacional tiene la obligación de llevar a la justicia a todos los que los

¹⁰⁷ Artículo 92 bis y 92 ter de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto No. 21-2006 del 19 de julio del 2006 reformada por el Decreto 23-2009 del 4 de agosto del 2009.

¹⁰⁸ Artículo 3, Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo, Decreto 21-2009 del 4 de agosto del 2009.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, artículo 2 numeral c del Acuerdo 6-2009 del 19 de mayo del 2009.

¹¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 6 numeral 2 y 3. Aprobado por decreto del Congreso de la República No. 9-92 de fecha 19 de febrero de 1992 publicado el 21 de febrero de 1992

¹¹¹ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI literal B.

¹¹² Eduardo Jiménez de Aréchaga citado por José Luis Vallarta Marrón. La Argumentación Jurídica en Torno al Ius Cogens Internacional. 10 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 23 (2010). <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/indice.htm?r=derint&n=10>> (7 Junio 2010)

¹¹³ Zlata Drnas de Clément. Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (*Ius Cogens*). Dimensión Sustancial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. P.12. <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens>> (7 Junio 2010)

cometan”¹¹⁴. Por lo tanto es deber de todo Tribunal que actúe en resguardo de los derechos humanos, así como de la Corte de Constitucionalidad “asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de la protección de los derechos humanos”¹¹⁵ Esta responsabilidad recae además en todos los órganos del Estado. Por ello es obligatoria la tipificación penal de graves violaciones al *ius cogens* dentro de la legislación interna de cada Estado. La penalización de estos crímenes, señala la Corte Constitucional de Colombia es una obligación de Estado porque “constituye un mensaje inequívoco que categóricamente afirma su incondicional proscripción, por ser, desde todo punto de vista injustificable frente al orden jurídico en una sociedad civilizada.”¹¹⁶. Es por lo tanto que la penalización no es una mera facultad que dependa de la voluntad del órgano legislativo, sino que es parte del derecho humano a ser protegido en contra de graves violaciones al *ius cogens*. Sobre la obligación de tipificar estos delitos señala el preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad que: “la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos”¹¹⁷.

Asimismo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la tipificación penal de crímenes como el Genocidio es un derecho humano y un deber del Estado. Al efecto ha señalado: “la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional”¹¹⁸.

El tratadista Humberto Nogueira reitera la obligación de los Estados de penalizar las graves violaciones de normas perentorias de derecho internacional y al

¹¹⁴ Cámara de los Lores del Reino Unido. Regina v. Bartle y el Comisionado de Policía para la Metrópolis y Otros Ex Parte Pinochet (en apelación). (no 3.) 25 de noviembre de 1998.

¹¹⁵ Antônio A. Cançado Trindade. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. (Ed. Jurídica de Chile) (2001) p. 278.

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz. (Anexo C)

¹¹⁷ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154. Párra. 99.

efecto señala: “Cabe destacar que la Corte Interamericana determina que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad constituye una norma imperativa de derecho internacional: una norma de *ius cogens*, con todas las implicancias jurídicas que ello tiene, incluyendo el deber de penalizar dichos crímenes conforme al derecho internacional general”¹¹⁹. Sobre este tema la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas ha señalado que la tipificación penal del Genocidio es esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional ¹²⁰. Además la Corte Europea de Derechos Humanos también ha señalado la obligación de establecer sanciones a graves violaciones al *ius cogens* en la legislación nacional¹²¹. Por lo tanto, para que el Estado de Guatemala actúe con el “propósito de contribuir al mantenimiento de la paz” y la “defensa de los derechos humanos” señalados en el Artículo 149 Constitucional es necesario que tipifique el Genocidio con todos sus elementos como delito en el Código Penal.

Sin embargo, no basta con que el Estado incluya un delito en el Código Penal y lo denomine Genocidio. Para realmente cumplir con sus obligaciones bajo el derecho internacional de proteger a las personas contra graves violaciones al *ius cogens* es necesario que ese delito incluya todos los elementos esenciales de su tipicidad. La prohibición contra el Genocidio como norma de *ius cogens* que no admite excepciones o reservas. Es decir, no pueden hacerse reservas o limitaciones en cuanto al alcance de sus elementos esenciales pues constituyen “el *mínimum* universalmente reconocido – que recaen en el ámbito del *ius cogens*”¹²². Estos elementos esenciales incluyen por supuesto la designación de sus cuatro categorías de protección como sujetos pasivos: los grupos nacionales, étnicos, religiosos y raciales. Todas las opiniones y fallos antes citados que reconocen al Genocidio como norma que ha alcanzado el carácter de *ius cogens*, incluyen en su definición a los grupos raciales como sujetos pasivos de su tipicidad.

¹¹⁹ Humberto Nogueira Alcalá. Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. V. 12 No. 2 *Ius et Praxis* (2006).

¹²⁰ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2 Yearbook of the International Law Commission 62 (2001) <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> (7 Junio 2010)

¹²¹ Corte Europea de Derechos Humanos. Al-Adsani v. Reino Unido. App. No. 35763/97. Sentencia del 21 de noviembre del 2001.

¹²² Voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade. Párra 10 contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001. Serie C. No. 75.

En nuestra legislación penal, el artículo 376 establece el delito de Genocidio, sin embargo excluye a las categorías raciales como sujetos pasivos. Esto constituye una limitación inaceptable que elimina un elemento esencial de su tipicidad. La definición del genocidio, que incluye a los grupos raciales no admite excepciones, de acuerdo a la naturaleza perentoria de la norma fundamentada en decisiones nacionales e internacionales¹²³. Es precisamente por su naturaleza de norma *ius cogens* que la definición no admite reserva o acuerdo en contrario. Tal y como ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso *Fiscal v. Furundzija*, las normas de carácter *ius cogens* nunca puede ser derogadas o limitadas en su alcance, si ni siquiera en situaciones de emergencia¹²⁴. Si bien, los Estados pueden decidir adoptar un estándar mayor de protección, no pueden otorgar uno menor. Los elementos esenciales de tipificación del Genocidio son inmutables. Sería “irracional que fueran modificables”¹²⁵.

Señala el Juez de la Corte Internacional de Justicia y ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Cançado Trindade, dentro de su voto razonado en el caso *Blake v. Guatemala* que el propósito de los tribunales que garantizan los derechos humanos “debe residir precisamente en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias del Derecho Internacional (*jus cogens*) y de las correspondiente obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. Es por medio del desarrollo en este sentido que lograremos...aproximarnos a la plenitud de la protección internacional del ser humano”¹²⁶.

¹²³ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2 Yearbook of the International Law Commission (2001) 112 <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> (7 Junio 2010)Draft

¹²⁴ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. *Fiscal v. Furundzija*. Caso IT-95-17/I-T. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Párra 144. Véase también los casos: *Fiscal v. Delacic* y otros. Caso No. IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998 párra 454 y *Fiscal v. Kunarac*. Casos Nos. IT-96-23-T y IT-96-23/1 párra 466.

¹²⁵ Zlata Drnas de Clément. Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (*Ius Cogens*). Dimensión Sustancial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. P.13. <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens>> (7 Junio 2010).

¹²⁶ Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Blake v. Guatemala* (Fondo). Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

La protección en contra de graves violaciones al *ius cogens* es una obligación del Estado y un derecho humano. Es en parte por esto que se ha tipificado el delito de Genocidio en el Código Penal. Esta norma sin embargo omite un elemento esencial del delito según se ha definido universalmente. Explica Mynor Pinto Acevedo que la inconstitucionalidad nace también cuando una parte de la norma impugnada “omite determinados contenidos cuya inclusión resultaba, sin embargo, obligada con arreglo a la Constitución”¹²⁷. En este caso, el artículo 376 omite a los grupos raciales como sujetos pasivos del Genocidio, lo cual constituye una reserva inadmisibles a la definición de una norma que no admite modificaciones y deja sin protección a una colectividad de seres humanos. La inclusión de las categorías raciales estaba obligada conforme a la obligación del Estado de normar su actividad conforme a las reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y constituye una violación al derecho a ser protegido en contra de graves violaciones de normas *ius cogens* según lo dispuesto por los artículos 44 y 149 de la Constitución.

h) Conclusión.

En el ordenamiento penal guatemalteco el asesinato masivo de seres humanos pertenecientes a una colectividad racial no constituye genocidio. Eso constituye una grave violación a derechos constitucionales y normas internacionales que esta Corte no puede ignorar. Esta honorable Corte al describirse a sí misma se ha calificado como:

“el más alto guardián de la Constitución Política de la República, desde la promulgación de la misma – hace ya veinticinco años – y su instalación, a lo largo de las décadas pasadas, esta Corte ha tenido actuaciones que han asentado criterios que le han legitimado democráticamente en su importante papel de defender el orden constitucional”¹²⁸

La presente acción de inconstitucionalidad es presentada precisamente este día en el centésimo décimo aniversario del nacimiento de Raphael Lemkin, el creador del término genocidio. Este caso es una oportunidad para que la Corte de

¹²⁷ Mynor Pinto Acevedo. Las sentencias interpretativas en el Derecho Procesal Constitucional. 47 Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala 49 (2003).

¹²⁸ Corte de Constitucionalidad. Cumplimiento de Sentencia de Amparo. Expedientes Acumulados Nos. 1477, 1478, 1488, 1602 y 1630-2010. Fallo del 10 de junio del 2010.

Constitucionalidad actúe en defensa del orden constitucional sujetando a los órganos del poder público tanto en sus actos como en sus omisiones. A su vez, es también una oportunidad para que el Estado de Guatemala adecúe sus normas penales a los parámetros mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Esto tendrá relevancia nacional e internacional pues la actual desprotección de los grupos raciales es una falta que interesa a toda la humanidad.. Por este medio puede esta Corte darle realidad material a la imperatividad de las normas de *ius cogens* integradas como bloque de Constitucionalidad según las propias disposiciones constitucionales que así lo demandan. La defensa de los derechos humanos y la sujeción de la autoridad a normas perentorias de derecho internacional reconocidas universalmente y por los valores que nuestra constitución acoge, constituye un importante hito en la jurisprudencia constitucional de este Tribunal y la protección de la persona.

Mis argumentos se apoyan en las normas citadas y en el siguiente,

— ♦ —

FUNDAMENTO DE DERECHO

- **“Jerarquía constitucional.** *Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.*” (Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“Funciones de la Corte de Constitucionalidad.** *La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad...*” (Artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“Legitimación activa.** *Tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general: ...d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.* (Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).
- **“Deberes del Estado.** *Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.*” (Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala);

- ***“Derecho a la Vida.*** *EL Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”* (Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- ***“Libertad e igualdad.*** *En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre si.”* (Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- ***“Derechos inherentes a la persona humana.*** *Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otro que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”* (Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- ***“Preeminencia del Derecho Internacional.*** *Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”* (Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- ***“De las relaciones Internacionales.*** *Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, el respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”* (Artículo 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- ***“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; d) Traslado***

por fuerza de niños del grupo a otro grupo.” (Artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio).

Por lo tanto respetuosamente formulo la siguiente,



PETICION

I. De Trámite:

- (i) Con el presente memorial y documentos adjuntos se forme el expediente respectivo;
- (ii) Se tenga por conferida la dirección y procuración a los profesionales señalados y en la forma indicada;
- (iii) Se tome nota del lugar que señalo para recibir notificaciones y del lugar en donde pueden ser notificados el Ministerio Público y el Congreso de la República;
- (iv) Se admita para su trámite la acción de inconstitucionalidad parcial de Ley de carácter general por omisión al no incluir a los grupos raciales como categorías protegidas contra el Genocidio en el artículo 376 del Código Penal interpuesta por Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider;
- (v) Intégrese el tribunal de conformidad con la ley, para conocer el presente asunto;
- (vi) Se confiera audiencia por quince días al Ministerio Público y al Congreso de la República;
- (vii) Se señale día y hora para la vista;

II. De Fondo:

- (viii) Oportunamente se dicte sentencia y se declare con lugar la Inconstitucionalidad Parcial de Ley de Carácter General interpuesta y en consecuencia se dicte sentencia exhortativa requiriendo al Congreso de la República reformar dentro de un plazo establecido por esta Corte el Artículo 376 del Código Penal para incluir a los grupos raciales como sujetos pasivos del delito de Genocidio;
- (ix) Se publique la sentencia en el Diario Oficial.

CITA DE LEYES: Fundamento mi petición en los artículos citados y en los siguientes: 2, 3, 4, 44, 46, 149, 150, 151, 175, 267, 268 y 272 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 3, 6, 114, 115, 133, 134 literal d), 135, 137 al 146 y 163 literal a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 1, 2, 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos; 1 al 8 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 28 y 29 del Acuerdo Número 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

Acompaño catorce (14) copias del presente memorial y documentos adjuntos

Ciudad de Guatemala veinticuatro de junio del dos mil diez.

Se haga Justicia.

En mi propio auxilio y dirección.

En su auxilio y dirección.