

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO DEBE  
CONTENER PROHIBICIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS  
SUSTITUTIVAS AL DELITO DE GENOCIDIO POR LA GRAVEDAD,  
TRASCENDENCIA INTERNACIONAL DEL MISMO Y EL PELIGRO DE FUGA  
REGULADO EN EL NUMERAL (2) DEL ARTÍCULO 262 DEL MISMO CUERPO  
LEGAL**

**ANA PATRICIA CUSH BOSCH**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2016**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO DEBE  
CONTENER PROHIBICIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS  
SUSTITUTIVAS AL DELITO DE GENOCIDIO POR LA GRAVEDAD,  
TRASCENDENCIA INTERNACIONAL DEL MISMO Y EL PELIGRO DE FUGA  
REGULADO EN EL NUMERAL (2) DEL ARTÍCULO 262 DEL MISMO CUERPO  
LEGAL**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ANA PATRÍCIA CUSH BOSCH**

Previo a conferírsele el grado académico de:

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Y los títulos profesionales de:**

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, Noviembre de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primer Fase:**

PRESIDENTE:	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
VOCAL:	Lic. Héctor David España Pinetta
SECRETARIO:	Lic. Rodolfo Giovani Celis López

**Segunda Fase:**

PRESIDENTE:	Lic. Helio Guillermo Sánchez Ávila
VOCAL:	Lic. Héctor David España Pinetta
SECRETARIO:	Licda. Mirza Eugenia Irungaray López

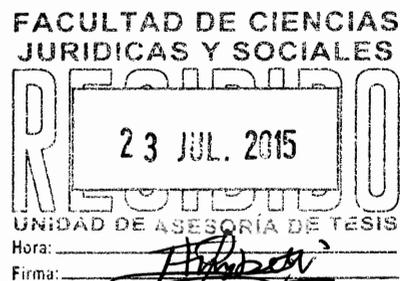
**RAZÓN:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

**Oficina Profesional**  
**Lic. Axel Armando Valvert Jiménez**  
**8ª avenida 20-22 Z.1, oficina 7 "A"**  
**Nivel medio, edificio Castañeda Molina, Ciudad Guatemala**



Guatemala, 18 de mayo de 2015

**Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana**  
**JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS**  
**FACULTAD CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**  
**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**



**Apreciable Doctor:**

Respetuosamente le Informo de mi nombramiento como Asesor de Tesis de la Bachiller ANA PATRICIA CUSH BOSCH, la cual se intitula "EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO DEBE CONTENER PROHIBICIONES PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS AL DELITO DE GENOCIDIO POR LA GRAVEDAD Y TRASCENDENCIA INTERNACIONAL DEL MISMO Y EL PELIGRO DE FUGA REGULADO EN EL NUMERAL (2) DEL ARTÍCULO 262 DEL MISMO CUERPO LEGAL," por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad ya que trata sobre el Artículo 264 del Código Procesal Penal Guatemalteco que debe contener prohibiciones para el otorgamiento de Medida Sustitutiva al Delito de Genocidio por la gravedad y trascendencia internacional del mismo y el peligro de fuga que está regulado en el Artículo 262 del mismo cuerpo legal.
- b) Los métodos utilizados en el trabajo de investigación fueron el método científico, analítico, sintético, inductivo y deductivo, mediante los cuales la bachiller no solo logró comprobar la hipótesis sino también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con el delito que estamos enfocando y los artículos sobre los cuales hacemos mención y cobran relevancia dentro de la tesis.
- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo la bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector, asimismo hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca, puesto que, es un tema muy importante que no ha sido investigado ni modificado recientemente y que puede servir en todo como material de consulta para futuras investigaciones.

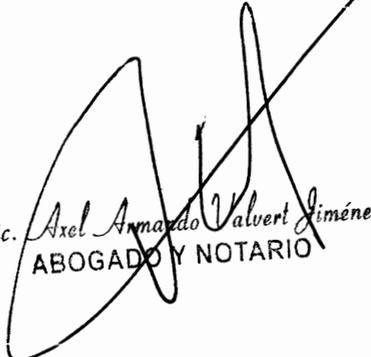


**Oficina Profesional**  
**Lic. Axel Armando Valvert Jiménez**  
**8ª avenida 20-22 zona 1, oficina 7 "A"**  
**Nivel medio, Edificio Castañeda Molina, Ciudad Guatemala**

- e) En las conclusiones y recomendaciones la bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que el Congreso de la República de Guatemala, realice la modificación del artículo 264 del Código Procesal Penal de nuestro país.
  
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud de que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como extranjeros.
  
- g) La bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema, en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto DICTAMEN FAVORABLE, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,

  
Lic. Axel Armando Valvert Jiménez  
ABOGADO Y NOTARIO



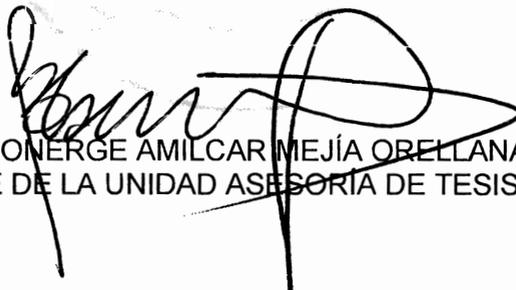
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 26 de mayo de 2015.

Atentamente, pase a el LICENCIADO MOISÉS OSWALDO HERRERA VARGAS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante ANA PATRICIA CUSH BOSCH, intitulado: "EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO DEBE CONTENER PROHIBICIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS AL DELITO DE GENOCIDIO POR LA GRAVEDAD, TRANSCEDENCIA INTERNACIONAL DEL MISMO Y EL PELIGRO DE FUGA REGULADO EN EL NUMERAL (2) DEL ARTÍCULO 262 DEL MISMO CUERPO LEGAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis  
BAMO/darao.

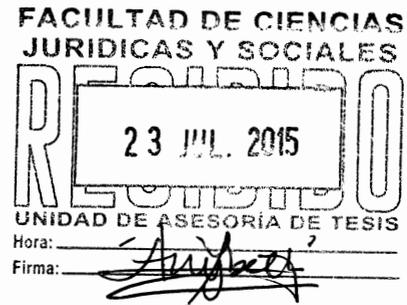


Oficina Profesional  
Lic. Moisés Oswaldo Herrera Vargas  
12 calle 12-16, zona 16  
Teléfono 55852618



Guatemala, 16 de junio de 2015

Doctor Amilcar Bonerge Mejía  
JEFE UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS  
FACULTAD CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Respetable Doctor:

Me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a la resolución emitida por la Unidad de Tesis a su cargo, he revisado el trabajo de la Bachiller **ANA PATRICIA CUSH BOSCH** en la preparación de su Tesis denominada "EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO DEBE CONTENER PROHIBICIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS AL DELITO DE GENOCIDIO POR LA GRAVEDAD, TRASCENDENCIA INTERNACIONAL DEL MISMO Y EL PELIGRO DE FUGA REGULADO EN EL NUMERAL (2) DEL ARTÍCULO 262 DEL MISMO CUERPO LEGAL".

Basándome en lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- a) En el desarrollo de la revisión del Trabajo de Tesis relacionado, se establece que en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad ya que trata sobre el Artículo 264 del Código Procesal Penal Guatemalteco que debe contener prohibiciones para el otorgamiento de Medidas Sustitutivas al Delito de Genocidio por la gravedad y trascendencia internacional del mismo y el peligro de fuga que está regulado en el Artículo 262 del mismo cuerpo legal.
- b) En el desarrollo de la revisión del trabajo de tesis se discutieron algunos puntos en forma personal con el autor, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió, en argumento a lo anterior, procedí a revisar los métodos y técnicas empleados en la investigación los cuales fueron los idóneos utilizando los métodos científico, analítico, sintético, inductivo y deductivo, los cuales permitieron a la bachiller la facilidad y eficacia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema aprobado; asimismo, dicho trabajo de tesis se encuentra respaldado por bibliografía suficiente que a mi juicio es la base fundamental para el desarrollo del presente trabajo. Opino que dichos métodos y técnicas fueron aplicados

**Oficina Profesional**  
**Lic. Moisés Oswaldo Herrera Vargas**  
**12 calle 12-16, zona 16**  
**Teléfono 55852618**



adecuadamente, en virtud de que con ellos se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo.

- c) Se observó que las instrucciones hechas en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo fueron las indicadas, así también, que las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución del tema elaborado.

La investigación realizada constituye un aporte científico para los estudiantes y profesionales del derecho, sobre todo en materia penal y procesal penal por el enfoque que se le ha dado al tema y además porque éste refleja una realidad jurídica en cuanto al tema procesal penal.

Se establece que se cumplió los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que resulta procedente dar el presente dictamen favorable, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Manifestándole respeto y consideración me suscribo de usted deferentemente,



Lic. Moisés Oswaldo Herrera Vargas  
ABOGADO Y NOTARIO



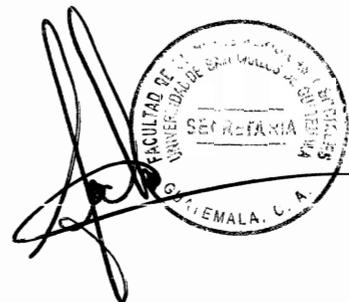
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de septiembre de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA PATRICIA CUSH BOSCH, titulado EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO DEBE CONTENER PROHIBICIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS AL DELITO DE GENOCIDIO POR LA GRAVEDAD, TRANSCEDENCIA INTERNACIONAL DEL MISMO Y EL PELIGRO DE FUGA REGULADO EN EL NUMERAL (2) DEL ARTÍCULO 262 DEL MISMO CUERPO LEGAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





## DEDICATORIA

**A DIOS TODO PODEROSO:** Creador de la vida, que bendice cada uno de los actos de mi vida y que me ha permitido culminar esta maravillosa meta, a Él sea la honra y la gloria.

**A MIS PADRES:** ANA ROMELIA BOSCH y JUAN JOSÉ CUSH BOSCH, que son los padres perfectos que Dios me regalo y de quienes he recibido apoyo incondicional. Los amo inmensamente. Sirva este triunfo como un homenaje a todos sus esfuerzos y sacrificios.

**A MI ESPOSO:** CÉSAR ANDRÉS CALMO CASTAÑEDA, quien mostrándome su amor todos los días me ha ayudado y acompañado en la culminación de esta meta, gracias por ser el compañero incondicional, te amo.



**A MIS HIJOS:**

CÉSAR EDUARDO, CÉSAR ANDRÉS y SINTHIA CESARY, los tres regalos de Dios para mi vida, mi motor la fuente de mis ilusiones, a quienes amo incondicionalmente y dedico este logro de manera especial. Gracias por ser parte de mi vida, de mi amor, de mi corazón y de mis sueños, por permitirme estar en sus vidas. Los amo para siempre.

**A MI HERMANOS:**

JUAN JOSÉ CUSH BOSCH, quien viajó al cielo llevándose un pedazo de mi corazón, pero sé que es el ángel que me acompaña siempre y que celebra este momento junto a mí, sirva este homenaje para exaltar su memoria. Te amo hermano vivirás en mi corazón y mis recuerdos siempre.

AURA LUCRECIA CUSH BOSCH como siempre gracias por acompañarme en todos los momentos de mi vida, en los buenos y en los malos, por siempre juntas con sincero amor.

**A MIS SOBRINAS:**

ADRIANA MICHEL, LILIAN RUBY e IDANIA XIMENA, sirva este logro como ejemplo en sus vidas, y como muestra de mi amor por las tres.



**A MIS ABUELOS:** Anselmo Cush Q.E.P.D., Amelida Juárez, José Ángel Bosch Q.E.P.D. Y María Matilde Ajcu Q.E.P.D., con todo mi respeto y cariño.

**A TIOS Y PRIMOS:** Con todo mi cariño.

**A MIS CUÑADAS:** BRENDA, EDITHA y NIVIA; en especial a CAMEN, por todo el apoyo que me brindó en la culminación de este maravilloso logro.

**A MIS AMIGOS:** En especial a todos aquellos que aunque pase el tiempo siguen estando presentes en mi vida y que han sido como parte de mi familia compartiendo conmigo maravillosos pero también malos momentos. A todos gracias.

**A TRICENTENARIA:** Universidad de San Carlos de Guatemala, grande entre las del mundo, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

**A LOS PROFESIONALES:** Lic. Axel Armando Valvert Jiménez y Lic. Moisés Oswaldo Herrera Vargas, por todo su tiempo y colaboración en este proyecto.

**A USTED:** Que, por ser especial, agradezco que comparta conmigo este maravilloso momento.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. Genocidio .....	1
1.1. La contribución de Raphael Lemkin .....	1
1.2. Antecedente histórico sobre la incriminación del genocidio.....	4
1.2.1. El concepto de genocidio en las etapas preparatorias de la Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948 .....	7
1.2.2. El proyecto de Convención sobre genocidio del secretariado General .....	8
1.2.3. Genocidio en el segundo proyecto de Convención preparado por la Comisión Ad Hoc.....	12
1.2.4. La Corte Internacional de Justicia y su opinión consultiva de 1951 .....	16
1.3. Dimensiones criminológicas .....	17
1.4. Dimensión jurídica del genocidio internacional.....	20
1.4.1 Disposiciones de Derecho Internacional Público .....	22
1.5. El tipo de delito de genocidio .....	24
1.5.1. El genocidio con relación a los delitos contra la humanidad .....	25
1.5.2. Bien jurídico protegido .....	26
1.5.3. Tipicidad.....	27
1.5.4. Elementos subjetivos del tipo .....	27
1.5.5. Elementos objetivos del tipo .....	30



## CAPÍTULO II

	<b>Pág.</b>
2. Medidas de coerción .....	41
2.1. Concepto .....	41
2.2. Clasificación .....	42
2.2.1. Medidas de coerción personal .....	43
2.2.2. Medidas de coerción real.....	44
2.3. Carácter excepcional de las medidas de coerción .....	45
2.4. Peligro de fuga.....	47
2.5. Peligro de obstaculización .....	49

## CAPÍTULO III

3. Medidas sustitutivas .....	53
3.1. Concepto .....	53
3.2. Clasificación .....	57
3.3. Finalidad .....	59
3.4. Tipos penales en los que no procede medida sustitutiva .....	59



### CAPÍTULO III

Pág.

4. El Artículo 264 del código procesal penal guatemalteco debe contener prohibición para el otorgamiento de medidas sustitutivas al delito del genocidio por la gravedad, trascendencia internacional del mismo y el peligro de fuga regulado en el número 2 del Artículo 262 del mismo cuerpo legal .....	61
4.1. Factores a tomar en cuenta para la exclusión de medidas sustitutivas por el delito de genocidio .....	61
4.1.1. La pena que se espera del procedimiento .....	64
4.1.2. La gravedad del delito .....	67
4.1.3. La trascendencia internacional del delito de genocidio.....	70
4.2. Percepción social del delito de genocidio en Guatemala .....	73
4.3. Presencia internacional en Guatemala ante el delito de genocidio .....	74
4.3.1. Sanciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Guatemala. ....	76
4.4. Propuesta de proyecto de reforma por adición al Artículo 264 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. ....	78
4.5. Instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Guatemala contra el delito de genocidio.....	80
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>85</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>89</b>



## INTRODUCCIÓN

El genocidio es el delito más grave de todos los delitos de lesa humanidad, es la violación más grande de los derechos del hombre que es posible cometer. Muchos pueblos y culturas han sufrido actos propios del genocidio a lo largo de la historia.

Guatemala posee dentro de su historia, actos de genocidio, problemática que afecta negativamente a la sociedad guatemalteca y repercute en la imagen internacional de nuestro país, hoy en día las víctimas encaran al Estado por su actitud pasiva ante tan grave situación, muchos señalan a las fuerzas del Estado como responsables de la mayoría o de todos estos actos. Aplicar una sanción a personas responsables de actos de genocidio, ayudaría a establecer una reconciliación nacional, ya que le daría al país un mejoramiento internacional porque se estaría frente a una verdadera certeza jurídica.

La hipótesis presentada es: el delito de genocidio es considerado de trascendencia internacional, y como consecuencia de ello es necesario que en el Código Procesal Penal guatemalteco se garantice y fortalezca el Estado de Derecho, regulando en el Artículo 264 de dicha norma la prohibición de otorgar medida sustitutiva para el presunto responsable de la comisión de dicho ilícito. Dicha hipótesis ha sido comprobada ya que debido a la gravedad del delito, es necesario aplicar medidas fuertes en contra de los responsables de la comisión del delito de genocidio.

Los objetivos de este estudio son: unificar criterios, del Juez de Primera Instancia del Ramo Penal a efecto de evitar que se otorgue medida sustitutiva al procesado de



genocidio; garantizando de ésta manera la presencia del mismo para un eventual juicio, sin que tenga posibilidad de sustraerse del proceso por el beneficio de la medida sustitutiva.

Este informe se divide en cuatro capítulos; los cuales se describirán brevemente a continuación, en el primero se redactan los aspectos generales del genocidio, sus antecedentes históricos a nivel internacional, sus dimensiones criminológicas y jurídicas internacionales, cómo está estructurado el tipo de delito de genocidio; el segundo trata lo concerniente a las medidas de coerción, desde concepto, clasificación, su excepcionalidad, el peligro de fuga y de obstaculización; en el tercero las medidas sustitutivas, concepto, clasificación, finalidad y los tipos penales en los que no procede medida sustitutiva; en el cuarto capítulo se analiza la importancia jurídica de que el Artículo 264 del Código Procesal Penal guatemalteco debe contener prohibición para el otorgamiento de medidas sustitutivas al delito del genocidio por la gravedad, trascendencia internacional del mismo y el peligro de fuga regulado en el numeral 2 del Artículo 262 del mismo cuerpo legal, así como una propuesta de proyecto de reforma por adición al Artículo 264 del Código Procesal Penal.

Los métodos utilizados en este trabajo de investigación son: el científico, analítico, sintético, inductivo y deductivo. Dentro de las principales técnicas, se aplicaron las bibliográficas, documentales, en cuanto al material que se recopilará para el desarrollo de la investigación, utilización de tecnología como internet. Dentro de las técnicas, también se pretende por la naturaleza del trabajo aplicar las técnicas jurídicas.

## CAPÍTULO I

### 1. Genocidio

#### 1.1 La contribución de Raphael Lemkin

Se entiende por genocidio, como, el exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de religión o de política.

De acuerdo con la Asamblea General de las Naciones Unidas se ha definido el genocidio como una denegación del derecho de existencia de grupos humanos enteros o acto dirigido contra un grupo humano con la intención de destruirlo o de impedir su preservación o desarrollo. El genocidio es considerado el crimen de los crímenes, ha llegado a considerarse el más serio delito de todos los delitos de lesa humanidad, por la gravedad de la violación de los derechos del hombre.

La naturaleza del crimen de genocidio es internacional y de acuerdo a ésta, entendemos por delito o crimen internacional, toda “conducta que, infringiendo una norma internacional, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos pertenecientes al orden jurídico internacional”<sup>1</sup>.

En este sentido, se puede decir también que “es una ofensa grave contra las leyes de las naciones, por la cual el perpetrador individual merece ser castigado”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Serrano, Mariol. **El genocidio sobre la base de Nüremberg**. [en línea] [consulta: 16 marzo de 2015]

<sup>2</sup> Buergental, Thomas. **Derechos Humanos Internacionales**, pág. 79.

<sup>3</sup> Serazzi, Fernando. Fernández Undurraga, Macarena. **Tratado de derecho internacional público y derecho de integración**.

A través de los años erróneamente, se ha sostenido que el genocidio es un “crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros”<sup>3</sup>. Esto porque no es necesaria la destrucción del grupo; de hecho ni siquiera se exige una sola muerte. Lo que caracteriza el genocidio es la intención de destruir al grupo, lo que se evidencia en una serie de actos u omisiones.

El origen de la noción jurídica de crimen de genocidio es atribuida al jurista polaco Raphaël Lemkin. Esto porque en el año 1933, en el marco de la Conferencia Internacional por la Unificación del Derecho Penal Internacional llevada a cabo en Madrid, propuso (aún sin utilizar el concepto de genocidio) que la destrucción de una agrupación racial, religiosa o social fuera declarada un crimen de derecho internacional. Posteriormente, en 1944, Lemkin introdujo el concepto de genocidio en su obra “Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada: Leyes de Ocupación, Análisis de gobierno, Propuestas de reparación. La primera definición de genocidio aparece en el prefacio de su libro, como “la práctica del exterminio de naciones y de grupos étnicos llevada a cabo por invasores”. El origen del termino genocidio según Lemkin, es un término derivado del vocablo griego "**genos**" (tribu, raza) y de la raíz latina "**cide**" (matar).<sup>4</sup>

De acuerdo con Lemkin, el genocidio, no implica necesariamente la inmediata destrucción o exterminación de un grupo. Este proceso generalmente supone más bien un plan coordinado de diversas acciones que tienden a sofocar lentamente a ese grupo. Estas acciones tienen como objetivo la destrucción de las características esenciales de

---

<sup>4</sup> Audiencia Nacional de España. **Autos de la sala de lo penal de la audiencia nacional Madrid.**

<sup>5</sup> Lemkin, Raphael. **Carnegie endowment for international peace.** Pág. 79



la vida de estos grupos en sí, a través de la desintegración de sus instituciones políticas y sociales, cultura, idioma, sentimientos nacionales, religión, y de su propia subsistencia económica, además de la amenaza o destrucción a la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad, e incluso las vidas de los individuos que pertenecen a tales grupos<sup>5</sup>. Usualmente el genocidio tiene dos fases: una es la destrucción de la identidad nacional, cultural y social del grupo oprimido; la otra, la imposición de la identidad propia del opresor.

Lemkin observó que, lamentablemente, la práctica del genocidio fue llevada a cabo en el marco de un sistema metódico, casi científico, el que significó una de las demostraciones más completas y vistosas de violaciones al derecho internacional y al derecho humanitario.

En esa época, los actos de genocidio ya se encontraban sancionados, inorgánicamente, bajo las normas de las Convenciones de la Haya. Sin embargo, Lemkin afirmaba que la creación de una Convención coherente y comprensiva que sancionara el genocidio tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, alertaría enormemente la condena de la comunidad internacional a esta horrible atrocidad. Propuso que el Tratado prohibiera los actos cometidos en contra de la existencia económica, la salud, el honor y la integridad de los individuos en virtud de su pertenencia a un grupo nacional, racial o religioso. Lemkin defendió la imposición de sanciones penales tanto a los que ordenaban como a los que ejecutaban los actos de genocidio y también era partidario de eliminar la excusa del cumplimiento de una orden superior.

---

<sup>6</sup> Lemkin, Raphael. **Carnegie endowment for international peace**. pág. 91.

Además, propuso la incorporación del texto de la Convención a los ordenamientos internos de los Estados que lo adoptaran. En cuanto a la competencia para su juzgamiento, propuso la posibilidad de establecer como Estado competente a aquel donde se hubiere cometido el acto, como también el de cualquier Estado que hubiese capturado al autor<sup>6</sup>. Lemkin reconoció la problemática de llevar ante los tribunales de justicia a los responsables de genocidio. En consecuencia, tiempo después, propuso la creación de una Corte Internacional con jurisdicción sobre los Jefes de Estado, los mandos de organizaciones y actos extraterritoriales de genocidio.

En suma, se sostiene que Lemkin concibió una definición amplia de genocidio, como un escudo para salvaguardar grupos nacionales, raciales y religiosos, cuya existencia biológica, cultural o política estuviese amenazada. La continuidad del género humano requería una tipificación del delito de genocidio a fin de resguardar las diversas dimensiones de la existencia colectiva. Esta noción amplia del concepto anticipó la definición de los crímenes contra la humanidad en el proceso de Nüremberg.

## **1.2. Antecedente histórico sobre la incriminación del genocidio**

De acuerdo al juez Antonio Cassese, y como dice el Preámbulo del Estatuto de Roma en tanto no se haya obligado a las personas responsables de "atrocidades que desafían la imaginación" a dar cuenta de sus crímenes, el odio étnico, el deseo de venganza y los

---

<sup>7</sup> Lippman, Matthew. **Genocide**. pág. 590.

gérmenes de violencia armada, se seguirán perpetuando, y socavando todo orden social en lo interno y en lo internacional<sup>7</sup>.

A lo largo de la historia, muchos pueblos y culturas han sufrido actos propios del genocidio, pero la humanidad en su conjunto ha reaccionado frente a los horrores concretos como de la persecución y holocausto del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial, una vez concluida la contienda.

Sin embargo a pesar de la antigüedad del fenómeno, posiblemente la serie de genocidios perpetrados durante el siglo XX sean más graves aún que los cometidos en épocas anteriores, en razón de su especial grado de crueldad, pero sobre todo, en razón de que han sido planificados sistemáticamente.

Es opinión de varios autores que el vocablo "genocidio" puede ser nuevo, pero no así el fenómeno. "La cosa es vieja como la humanidad y no ha habido, hasta ahora, ninguna sociedad cuya estructura la haya preservado de cometer ese crimen"<sup>8</sup>, afirmaba Jean-Paul Sartre, en sus motivaciones sobre la sentencia de genocidio vietnamita en el marco del Tribunal B. Russell.

Cuando se conformó el Tribunal de Nüremberg, en la carta de dicho Tribunal no se incluyó el genocidio cuando se incriminó las conductas que serían de su competencia, es la Fiscalía en la acusación ante el Tribunal, que presentó cuatro cargos dentro las

---

<sup>8</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. **El crimen de genocidio en derecho internacional. Boletín mexicano de derecho comparado** número 105.

<sup>9</sup> Sartre, Jean-Paul., "El genocidio". pp. 349-369.

acusaciones, específicamente es en el cuarto cargo, denominado Crímenes Contra la Humanidad, bajo este título se incluyeron distintos delitos entre ellos el genocidio donde se empieza a dar pauta de perfilarlo como delito autónomo.

Bajo la noción de crímenes contra la humanidad se incluyen actos que atentaban contra la vida e integridad de las personas los cuales desde siempre fueron tipificados dentro de las legislaciones penales de cada país. Es la Carta del Tribunal que lo eleva de lo nacional a lo internacional al ser plasmado en su Artículo 6 inciso c). Aunque el Artículo no es preciso porque concreta el fin de la acción pero no establece una relación de las conductas a ejecutar para lograr el fin deseado.

Es la redacción del Art. 6 c) lo que llevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas a tener en cuenta la doctrina de Lemkin, elaborando así, dos años más tarde, el concepto legal de genocidio sobre la base de la necesidad de establecer un tipo autónomo, que regulase con exactitud atrocidades tan devastadoras como las ejecutadas durante la II Guerra Mundial.

En 1946, en la misma sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas en la que se adoptó la resolución sobre genocidio, por unanimidad, se dictó también una resolución afirmando los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal Militar Internacional y la sentencia de este Tribunal, en que determinó que dicho fallo y los principios que había utilizado el Tribunal de Nüremberg en el juzgamiento de los jefes nazis eran de derecho internacional, que las conductas que el Estatuto de Nüremberg había incriminado en este artículo 6 al que nos referimos no eran nada más que declarativas y que eran conductas consideradas como criminales mucho antes que el Estatuto de Nüremberg tuviera existencia. Lo esencial de esto es que se ha considerado



que los crímenes de derecho internacional cuando son tipificados, cuando son incriminados en una norma positiva, tienen efectos declarativos porque esas conductas ya eran consideradas criminales por el derecho de las naciones antes de que fueran consagradas en un texto escrito<sup>9</sup>.

A partir de 1945 los procesos realizados en el Tribunal Militar de Nüremberg, han dejado en la historia como principal legado el establecimiento de un Tribunal criminal internacional permanente. Asimismo también, implícitamente, los delitos enjuiciados en el mismo sirvieron de base para la concreción del tipo de genocidio en la Convención de 1948.

#### **1.1.1. El concepto de genocidio en las etapas preparatorias de la Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948**

La Asamblea General de Naciones Unidas en su primera sesión, examinó un proyecto de resolución sobre el "crimen de genocidio", presentado conjuntamente por las delegaciones de Cuba, India y Panamá el 2 de noviembre de 1946 al Secretario General en el sentido de que incluyera en la agenda de la Asamblea General un punto sobre la prevención y el castigo del genocidio.

La Asamblea General discutió la cuestión el 9 y el 12 de noviembre de 1946 y la giró a la Sexta Comisión, la cual, después de una discusión en el plenario de la Comisión y en su subcomisión N° 3, elevó a la Asamblea General el informe de su subcomisión y un proyecto de resolución sobre genocidio.

---

<sup>10</sup> Relva, Hugo. **El genocidio y los crímenes de lesa humanidad.**

Es hasta el 11 de diciembre de 1946, cuando por unanimidad y sin debate, el proyecto de resolución, se convirtió en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General.

Cabe destacar que esta resolución comprende una serie de elementos siendo estos los siguientes:

En el Preámbulo, declara que “el genocidio es la negación del derecho de existencia de los grupos humanos, del mismo modo que el homicidio es la negación del derecho a vivir de los seres humanos individuales; de tal negación del derecho de existencia se siguen grandes pérdidas para la humanidad por la privación de las contribuciones culturales y de otro orden representadas por esos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y fines de las Naciones Unidas”.

”Muchos casos de tales crímenes de genocidio han ocurrido al ser destruidos, entera o parcialmente, grupos raciales, religiosos, políticos y de otro orden”.

Asimismo la Asamblea General “invita a los Estados miembros a decretar las leyes necesarias para la prevención y el castigo de este crimen”, refiriéndose a su adopción por la ley interna de cada uno de los Estados miembros. Así también “recomienda que se organice la cooperación internacional entre los Estados con el fin de facilitar la pronta prevención y castigo de los crímenes de genocidio...”

### **1.2.2. El proyecto de Convención sobre Genocidio del Secretario General**

El 12 de marzo de 1947 el Secretario General dirigió al Consejo Económico y Social una nota en la que sugería que se confiara a la Comisión de Derechos Humanos o a una Comisión Especial compuesta por varios miembros del Consejo, la tarea de estudiar y



preparar un proyecto de Convención. Expresaba luego que podía solicitarse al Secretario la preparación de un proyecto preliminar.

El Consejo Económico y Social se ocupó del problema durante su cuarta sesión de 15 de marzo de 1947 y decidió “referir el cumplimiento de la resolución de la Asamblea General sobre el crimen de Genocidio a la Comisión Plenaria de Asuntos Sociales”. Luego, la Comisión Social aprobó un proyecto de resolución que fue luego también aprobado por el Consejo Económico y Social.

De conformidad con las instrucciones del Consejo Económico y Social, el Secretario General solicitó a la División de Derechos Humanos del Secretariado la redacción de un proyecto de Convención para la prevención y el Castigo del Genocidio.

En el preámbulo del Proyecto de Convención preparado por el Secretariado, se expresa que el genocidio, “es la destrucción intencional de un grupo de seres humanos, contraviene a la conciencia universal, inflige una pérdida irreparable a la humanidad al despojarla de las contribuciones culturales y de otra clase del grupo destruido, y está en violenta contradicción con el espíritu y los fines de las Naciones Unidas”.

De acuerdo con el artículo uno del proyecto de la Convención se entiende por genocidio “un acto criminal dirigido contra cualquiera de los grupos de seres humanos antes mencionados, con el propósito de destruirlo en todo o en parte, o de impedir su preservación o desarrollo”.

Según el proyecto de la convención, el genocidio lo dividen en 3 grupos:

- 1) **Genocidio Físico:** Incluye conductas que causan la muerte de miembros de los grupos protegidos o que provocan daños en su salud o integridad física.

Estos actos consisten en causar la muerte de miembros de un grupo o dañar su salud o integridad física mediante:

- a) Masacres en grupo o ejecuciones individuales; o
  - b) Sumisión a condiciones de vida que, por falta de vivienda adecuada, ropa, alimento, higiene y asistencia médica, o por exceso de trabajo o esfuerzos físicos, sean susceptibles de resultar en el debilitamiento o en la muerte de los individuos; o
  - c) Mutilación y experimentos biológicos impuestos con otros fines que los curativos; o
  - d) Privación de todos los medios de vida, mediante confiscación de la propiedad, saqueo, reducción de trabajo, negación de la vivienda y de víveres que sí están al alcance de los otros habitantes del territorio dado.
- 2) **Genocidio Biológico:** Incluye actos que tienden a evitar o restringir los nacimientos dentro del grupo, dicha restricción puede darse a través de los siguientes actos:
- a) Esterilización y/o aborto compulsivo; o
  - b) Segregación de los sexos; u
  - c) Obstáculos al matrimonio”.
- 3) **Genocidio Cultural:** Incluye conductas orientadas a la neutralización o destrucción de las características particulares que otorgan una singularidad al grupo y su cultura. El Proyecto establece al efecto las siguientes acciones:
- a) Traslado forzado de niños a otro grupo humano; o

- b) Exilio forzado y sistemático de individuos que representan la cultura de un grupo; o
- c) Prohibición del uso del idioma nacional aún en las relaciones privadas; o
- d) Destrucción sistemática de libros impresos en el idioma nacional o de obras religiosas o prohibición de nuevas publicaciones; o
- e) Destrucción sistemática de monumentos históricos o religiosos o su destino a usos extraños, destrucción o dispersión de documentos y objetos de valor histórico, artístico o religioso y de objetos utilizados para el culto.

El proyecto se proponía castigar a todas las personas responsables por actos de genocidio, con prescindencia de su condición de gobernantes, funcionarios públicos o personas privadas, no admitiendo defensas basadas en el cumplimiento de la ley o la excusa de las órdenes superiores.

Las partes contratantes se obligaban a incorporar las disposiciones de la Convención a la legislación local y a castigar a los reos por sus propios tribunales. Debían entregar a todas las personas culpables de genocidio a un tribunal internacional para su juzgamiento, si no optaban por procesarlos ellos mismos o por acordar su extradición a una autoridad competente, o bien en aquellos casos en que el acusado había actuado como órgano del Estado o con el apoyo o la tolerancia del Estado. A fin de prevenir la comisión de actos de genocidio, el proyecto proponía, entre otras cosas, la disolución de organizaciones que hubieran participado en tales actos. Las partes contratantes podrían recabar la ayuda de los órganos de las Naciones Unidas a los fines de la represión o

prevención de actos de genocidio potenciales. El proyecto contenía dos apéndices: Un borrador de estatuto para una Corte Penal Internacional y los estatutos para un Tribunal Internacional para actos de genocidio.

### **1.2.3. Genocidio en el segundo proyecto de Convención preparado por la Comisión Ad Hoc.**

El proyecto antes descrito fue sometido por el Secretario General, en primer término, a la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación. El 4 de agosto de 1947, a su vez, la Comisión Social aprobó un proyecto en cumplimiento de esta resolución, el Secretario General transmitió nuevamente el proyecto de Convención a los Estados miembros con pedido de comentarios, y lo sometió a la Asamblea General conjuntamente con las observaciones recibidas oportunamente. La Asamblea General discutió la cuestión del genocidio durante su reunión del 23 de septiembre de 1947 y lo remitió a su Sexta Comisión.

En el curso de la segunda sesión de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó de nuevo la cuestión, y por recomendación de la misma, la Asamblea General adoptaría la resolución 180 (II) del 21 de noviembre de 1947, mediante la cual se invitaba al Consejo Económico y Social para que continuara los trabajos sobre la represión del crimen de genocidio, y a proceder al establecimiento de un texto definitivo de una Convención.

En ejecución de lo anterior, se crearía una Comisión Ad Hoc sobre el Genocidio (resolución 117 (VI) del 3 de marzo de 1948), para reunirse en Lake Success, Nueva York, del 4 de abril al 10 de mayo de 1948, en la que se prepararía el Proyecto de Convención para la Prevención y la Represión del Genocidio. En la preparación del

proyecto, la Comisión Ad Hoc debía tomar en cuenta el borrador preparado por el Secretariado y los comentarios sobre el proyecto o los proyectos formulados por los miembros de las Naciones Unidas. La Comisión Ad Hoc produjo un proyecto de Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio consistente en un preámbulo y diecinueve artículos.

La definición clara y precisa de este proyecto del genocidio como delito de derecho internacional significa una diferencia notable con relación al proyecto del Secretariado, que no lo definía explícitamente como tal. Las tres formas de genocidio – físico, biológico y cultural – eran reproducidas, pero disminuía la cantidad de actos que eran reputados genocidio (por ejemplo, excluía de entre los actos de genocidio la privación de los medios de vida). Debilitaba también un tanto el aspecto “biológico” del genocidio, sustituyendo por el término “impedir” (los nacimientos) el anterior “restricción” (de nacimientos)<sup>10</sup>. El proyecto fue en definitiva aprobado, con el voto en contra del representante de la URSS y la abstención de Polonia.

El proyecto de Convención preparado por la Comisión ad Hoc fue discutido en la 142ª sesión plenaria de la Asamblea General, en la que se decidió remitirlo a la Sexta Comisión, la que comenzó su consideración en la 63ª reunión celebrada el 30 de septiembre de 1948. Entre el 5 de octubre y el 9 de noviembre de 1948 el proyecto de la Comisión Ad Hoc fue examinado por la Sexta Comisión. Los textos de los artículos de la Convención y de dos resoluciones (relativas a la cuestión de la jurisdicción internacional y la aplicación de la Convención a territorios dependientes) fueron sometidos a una

---

<sup>11</sup> Robinson. Ob. Cit, pág. 23

Comisión Redactora compuesta por 13 Estados. La Comisión Redactora elevó su informe a la Sexta Comisión. El informe y el texto revisado fueron considerados por la Sexta Comisión desde su 128° sesión hasta la 134° inclusive, proponiéndose enmiendas por parte de distintas delegaciones y aprobándose un texto definitivo por una votación de treinta contra cero y ocho abstenciones .

A pesar de las discrepancias acerca de la efectividad de la Convención y sus diferentes disposiciones, los oradores, sin excepción, se pronunciaron a favor de la aprobación de la misma.

Consiguientemente, en la primera parte de su tercera sesión, la Asamblea General, inspirándose en el Informe de la Sexta Comisión, y mediante la resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948, aprobaría el texto de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio unánimemente y sin abstenciones.

Es por lo tanto que el concepto de genocidio, en su expresión universalmente aceptada, emana del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, el que establece:

“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.”<sup>11</sup>

La Convención contra el Genocidio de 1948, ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia, desde el año de 1951, como un tratado que codifica el derecho consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia sostuvo que los principios que están en la base de la Convención de 1948, eran principios reconocidos por todas las naciones, que obligaban a todos los Estados independientemente de todo vínculo convencional, poseyendo un carácter universal.

Los Estados contratantes, dijo la corte, en una convención de este tipo, no poseen intereses propios en cuanto tales, sino únicamente poseen todos y cada uno de ellos, un solo interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, no podría hablarse en estas circunstancias, de ventajas o desventajas individuales para los Estados, como tampoco de un exacto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones.

En ese mismo sentido resulta conveniente la opinión individual emitida por el eminente juez Eliu Lauterpacht, a propósito del "Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio", fallado por la Corte Internacional de Justicia el 13 de septiembre de 1993. En este caso, entre Bosnia-

---

<sup>12</sup> Convención. Artículo II

Herzegovina y Yugoslavia (Serbia y Montenegro), el profesor Lauterpacht sostiene, en relación con la Convención contra el Genocidio de 1948, que ésta crea dos obligaciones distintas que consisten en la "obligación de prevenir" y la "obligación de sancionar". Luego una violación de sus obligaciones, puede derivar, ya sea únicamente del hecho de que el crimen no fue "prevenido" o ya sea del simple hecho que el mismo no fue castigado. No hay necesidad de que exista a la vez carencia de prevención y carencia de sanción. Los estados quedan investidos de una "competencia universal"<sup>12</sup>.

#### **1.2.4. La Corte Internacional de Justicia y su opinión consultiva de 1951**

En su Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 la Corte Internacional de Justicia, precisó que si bien era cierto que la Convención contra el Genocidio había sido finalmente aprobada por unanimidad, también era cierto que la misma fue el resultado de una serie de votos adoptados por mayoría. A pesar de ello, los principios que sustenta la convención son reconocidos por las naciones y pueblos soberanos, como principios que obligan a los Estados, independientemente de todo vínculo convencional. De la misma suerte, dijo la corte, esta Convención pretende un alcance universal, condenando al genocidio como un "flagelo odioso" del cual debe librarse la humanidad.

La Opinión Consultiva de 1951, respecto del genocidio, sin lugar a dudas, es actualmente concebida como declaratoria de derecho internacional consuetudinario. La prohibición del crimen de genocidio posee además carácter de norma imperativa que no admite acuerdo en contrario, esto es, que tiene carácter de norma de ius cogens. En este mismo

---

<sup>13</sup> Véase Order, **ICJ, Reports**. Numeral 108-115, págs. 121-124.

sentido, estaríamos frente a obligaciones erga omnes: cualquier Estado podría invocar la violación, y consecuentemente la responsabilidad y nulidad; existiría aquí una especie de actio popularis.

En Derecho Internacional existen ciertas normas generales imperativas de orden superior que los Estados no pueden dejar de cumplir, aún cuando algunos de ellos se pongan de acuerdo y suscriban un tratado al respecto que las viole. Estas normas imperativas (o sea, obligatorias per se) son aquellas reconocidas por la comunidad internacional que reflejan o traducen valores fundamentales para la Humanidad. No podrían por tanto ser violadas. Para modificar una norma de ius cogens sería necesario que naciera otra norma de igual valor. Los autores citan como ejemplo de norma de ius cogens, precisamente el genocidio.

### **1.3. Dimensiones criminológicas**

Desde siempre, se ha considerado una moderada correlación entre el campo psíquico y penal para intentar conocer el grado de voluntad dolosa que entrañan los comportamientos delictivos. Con los avances habidos en la investigación psiquiátrica, esta correlación se ha ido estrechando hasta el punto de que todo comportamiento ilícito es puesto en cuestión a causa de su componente patológica.

Cabe resaltar que cuando las perturbaciones mentales son de origen orgánico, por lesiones cerebrales o neurológicas objetivables, los informes de los peritos no ofrecen dificultades al juzgador. Las discrepancias y los celos comienzan cuando se apela a lo endógeno o a lo funcional para determinar la imprecisa frontera entre lo que se considera normal o anormal, imprecisión que es necesario desentrañar, por exigencias jurídicas de

objetividad, y que la ciencia psiquiátrica está muy lejos de conseguir. En todo caso, “el acierto o error, psiquiátrico y penal, dependerá siempre del esquema o modelo que se tenga de las perturbaciones psíquicas y, con ello, de la patología de la libertad<sup>13</sup>.

El mecanismo operativo de las conductas genocidas se gesta y materializa en tres fases: la del que concibe la idea de exterminio, la del pequeño grupo que planifica la operación y la del amplio grupo, debidamente “motivado, que se encarga de la ejecución directa del crimen de genocidio.

El delito de genocidio se viene perpetrando desde las más remotas etapas históricas, aunque su tipificación o configuración delimitadora haya sido recogida por la normativa penal en fechas relativamente recientes.

Desde las historias que relata la Biblia es práctica común de los pueblos teocráticos el exterminio del vencido, con la naturalidad propia de la ejecución de una sentencia dictada por derecho divino. En la antigua China también se producen esas matanzas masivas a los vencidos. Más adelante, en Roma, se dictan, “calamo corrente”, sentencias de exterminio no solo contra pueblos enteros, sino también incluyendo al mismo tiempo la destrucción, de sus espacios vitales; el ejemplo histórico más característico es el de “delenda est Carthago”, como efectivamente fue destruida. Mucho más tarde, la misma Roma se propone el exterminio de los nacientes cristianos. En el medioevo, los Cruzados proceden al sistemático exterminio de los judíos que se negaban a bautizarse. Así

---

<sup>14</sup> Llaveró, Francisco. **Patología psiquiátrica y genoma humano**. Pág. 122

también la colonización de América estuvo plagada de genocidios, así como los comportamientos de las estructuras colonialistas que se desarrollaron hasta el siglo XIX.

El genocidio, complejo en sus manifestaciones externas, también lo es en cuanto a la determinación de las causas que lo provocan, ya que de acuerdo a la histórica judicial que se dispone, habrán podido sufrir desarreglos de conducta, pero en ningún caso se ha concluido por afirmar científicamente su "locura", en el sentido más generalizado y sugerente del término. Así pues, excluimos de las posibles causas la cualidad psicopatológica del delincuente, aunque hayan existido casos concretos en que se haya dado este supuesto exculpatorio.

Aunque también como causas segundas, el genocidio se produce, por motivos religiosos, étnicos o económicos, en su aspecto social, o bien por motivos políticos.

El genocidio suele ser asociado también a figuras tales como la discriminación, racismo, xenofobia, marginación, persecuciones de distinta índole, etc. integrado por conductas nocivas e irregulares que, sin llegar de manera inmediata al mismo resultado que representa el genocidio éstas van encaminadas a predisponer conductas genocidas en las que frecuentemente degeneran.

#### **1.4. Dimensión jurídica del genocidio internacional**

El delito de genocidio, en su carácter o dimensión internacional, se remonta a la historia, pues la esencia o naturaleza de los actos que lo definen han sido generalmente reprobadas en el ámbito internacional<sup>14</sup>.

En los distintos ordenamientos jurídicos del mundo en los cuales se regula el genocidio, están aquellos Estados que, no solo han incorporado a su derecho interno el contenido del artículo II de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, sino que, con anterioridad al acto de ratificación o adhesión a dicha Convención, ya poseían en su ordenamiento punitivo preceptos que regulaban el delito de genocidio según la tipificación convencional internacional o conductas de parecida configuración.

Así también existen aquellos Estados que han regulado el genocidio de manera diferente a como lo hace la Convención o han soslayado la incorporación a su Derecho interno de los preceptos convencionales internacionales, por estimarlos innecesarios.

##### **a) Ordenamientos internacionales con expresa regulación previa del genocidio**

La primera incorporación al Derecho Interno de lo relativo al genocidio en Iberoamérica se produce en Argentina; dicho país ya contaba en su Código Penal con un precepto sancionador de conductas aplicable a organizaciones o personas que, en base a una supuesta supremacía de raza, originaran perturbaciones contra otros grupos religiosos,

---

<sup>15</sup> Álvarez Roldán, Luis B. **El genocidio como delito internacional**. [en línea] [consulta: 17 abril de 2015]

raciales o étnicos o incitaran a la violencia contra los mismos. En 1953, y tomado del Anteproyecto elaborado por el Instituto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires<sup>15</sup>.

México fue uno de los primeros estados en ratificar la convención, contaba ya desde 1931 en su Código Penal con preceptos sancionadores de los delitos contra el Derecho Internacional, pero que no resultaban identificables con los supuestos concernientes al delito de genocidio. Tras la ratificación de la Convención el delito de genocidio fue incorporado a su texto punitivo, recogiendo todos los supuestos del artículo II de la Convención, imponiendo penas de quince a treinta años de prisión o de tres a doce años en los casos de ataque a la integridad corporal o traslado forzoso de niños. Es allí donde por primera vez se encuentra la regulación del delito de genocidio, una referencia concreta a los sujetos agentes del delito, estableciendo una duplicidad sancionatoria cuando el autor sea el Presidente, Ministros y funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o con abuso de poder.

Es Rumania quien se adelanta a la regulación internacional mediante leyes especiales que datan de los años 1945, 1947 y 1948 y que configuraban un delito autónomo considerando las represiones colectivas en persecución política o racial. Y en 1960 se produce ya la incorporación del delito de genocidio a su ordenamiento interno, creando en el Código Penal el título "infracciones contra la Humanidad y la Paz". Esta tipificación es exactamente la recogida por el artículo II de la Convención.

---

<sup>16</sup> La Plaza, F.P. **El delito de genocidio o genticidio**. Pág. 80

El código penal Filipino recoge con rigurosa exactitud la redacción del artículo II de la Convención, condenando a los autores del delito en todos los supuestos, a la pena de reclusión perpetua a muerte, que graduará a su arbitrio el Tribunal Juzgador. La república Federal Alemana incorpora a su Código Penal en 1954, un precepto sancionador del delito de genocidio en el que se recogen todos los supuestos del artículo II de la Convención y se castigan con la pena de reclusión perpetua. En 1956 Brasil incorpora a su legislación interna la normativa concerniente al genocidio, mediante una Ley Especial, establece penas paliadas para la asociación, incitación, o tentativa y no hace referencia alguna a la complicidad.

#### **1.4.2. Disposiciones de Derecho Internacional Público**

Muchas son las disposiciones internacionales cuyo objeto es la protección de los derechos humanos: unas abordan específicamente la regulación del delito de genocidio, y otras indirectamente, regulando supuestos de derechos universalmente reconocidos, estas disposiciones tienden a garantizar cautelarmente situaciones que desembocan irremediabilmente en conductas típicas del delito de genocidio.

La regulación de que se ocupan tales disposiciones llega a tener un carácter universal, o bien ceñirse exclusivamente a regiones determinadas que, por su identidad geográfica, histórica, política, social o ideológica, que posean una relación propia de agrupaciones con intereses comunes.

La historia muestra como en diversas épocas y lugares se han mantenido relaciones políticas independientes, reguladas por normas jurídicas que han sido hechas valer incluso ante el Tribunal Internacional de Justicia en algunas ocasiones.

Las disposiciones de Derecho Internacional Público, con perspectiva universal, tienen su origen en las relaciones internacionales que se producen en la Europa occidental a partir del siglo XVI. El Derecho Internacional, se ha venido ocupando fundamentalmente de la regulación de las relaciones interestatales, a partir de los movimientos de concienciación social que nacen en la antigua Sociedad de Naciones y de la Constitución de Weimar de 1919, tiende a institucionalizar un modelo normativo de garantías que ampare a personas o sectores sociales afectado por idénticas preocupaciones, como puedan ser los de carácter étnico, religioso, laboral o lingüístico.

Sin embargo la diversidad de normativas de Derecho interno plantea conflictos de leyes y de jurisdicción, generalmente regulados por normas de Derecho Internacional Privado estatales, sometidas a las limitaciones establecidas por el Derecho Internacional Público. En materia penal, la jurisdicción se extiende con base en la invocación de principios de los que cada Estado posee una noción discrepante. Sin duda, el principio de universalidad, en cuya aplicación se pretende el ejercicio jurisdiccional sobre delitos cometidos por extranjeros en el extranjero, es evidentemente contrario a los criterios del Derecho Internacional.

Sin embargo cuando se trata de actos delictivos al Derecho de gentes, que son contrarios a las mínimas exigencias éticas de la convivencia humana, la comunidad internacional se muestra más proclive a su aceptación y parece admitirse que cualquier Estado pueda ejercer la jurisdicción en esta específica materia criminal.

## **1.5. El tipo de delito de genocidio**

El delito esto es, toda conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable. Según el derecho internacional delito o crimen “es una ofensa grave contra las leyes de las naciones, por la cual el perpetrador individual merece ser castigado”<sup>16</sup>, es toda “conducta que, infringiendo una norma internacional, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos pertenecientes al orden jurídico internacional”<sup>17</sup>.

El delito de genocidio como crimen de derecho internacional tiene su estructura la cual está consagrada en el Artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, recogido de la Convención de 1948 y que se encuentra en forma idéntica, en los Artículos 4° y 2° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Rwanda, de 1993 y 1995, respectivamente.

El genocidio presenta como características esenciales las siguientes:

1. Es un delito o crimen de carácter internacional.
2. Que implica la mayor gravedad ya que viola textos internacionales que protegen a la persona humana.
3. Es cometido en tiempos de paz
4. Es un delito común y, por tanto, extraditable;
5. Es un delito individual en cuanto a su comisión

---

<sup>17</sup> Burguental, Thomas. Ob. Cit. pág. 383.

<sup>18</sup> Serrano, Mariol. Ob. Cit.

## 6. De competencia de un Tribunal Penal Internacional en forma complementaria a las jurisdicciones nacionales.

Es necesario revisar los aspectos del delito de genocidio a la luz de la ciencia penal aplicada a esta figura en particular, y en especial, algunas de las consideraciones más problemáticas en cuanto a interpretación se refiere.

### 1.5.1. El genocidio con relación a los delitos contra la humanidad

Un aspecto discutido en doctrina es referente a la pertenencia o independencia del delito de genocidio a la categoría de los delitos de lesa humanidad. Se ha dicho que el genocidio constituye una especie o modalidad agravada del género de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo la específica consideración del dolo especial hace referencia con la exigencia de la intención en el agresor, en el caso del genocidio, de destruir, total o parcialmente, un grupo específico. En cambio en el delito de lesa humanidad se requiere tan sólo la existencia de cualquier motivo universalmente inaceptable con arreglo al derecho internacional, no el propósito específico de destrucción del grupo, propio del delito de genocidio.

Es preciso mencionar que genocidio es cualquiera de una serie de actos cuya comisión tiene por objeto la destrucción total o parcial de ciertos grupos de personas. Es esta intención lo que distingue el genocidio de otros crímenes de lesa humanidad. Para distinguir los delitos de lesa humanidad con el delito de genocidio se puede utilizar los dos siguientes criterios:

## 1. Dolo especial.

- **Crimen de Lesa Humanidad** - Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
- **Genocidio** - Intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

## 2. Grupos protegidos:

- **Crimen de lesa humanidad** - Cualquier grupo o colectividad con identidad propia.
- **Genocidio** - Grupo nacional, étnico, racial o religioso.

### 1.5.2. Bien jurídico protegido

El aspecto más interesante del genocidio es que se trata de un tipo penal que no protege, como a veces se cree, el bien jurídico de la vida. El genocidio constituye el crimen de los crímenes porque pretende destruir la característica clave de la condición humana, que es la diversidad<sup>18</sup>.

Se trataría de la existencia de un determinado grupo, nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Por tratarse de un bien jurídico internacional, la intervención del Derecho Internacional para su protección se produciría cuando lo previsto en las legislaciones nacionales fuese insuficiente.

---

<sup>19</sup> Valencia. Ob. Cit. pág. 108.

El crimen de genocidio no se identifica con la idea de una matanza colectiva. Lo protegido en la figura del genocidio es la existencia del grupo, y la lesión de dicho bien consiste en destrucción de grupo "como tal"<sup>19</sup>.

### **1.5.3 Tipicidad**

El tipo penal se puede definir como la descripción legal de la conducta prohibida u ordenada por una norma. En cambio, la tipicidad es la cualidad del hecho concreto en cuanto a subsumirse en la descripción legal. La tipicidad implica un proceso de subsunción del complejo real en la descripción abstracta y general del tipo legal<sup>20</sup>.

La subsunción es precisamente la adecuación de la conducta con la descripción legal. No son los delitos que se adecuan típicamente sino las conductas concretas realizadas por los particulares.

### **1.5.4. Elementos subjetivos del tipo**

Es posible rescatar elementos comunes a cada una de las figuras de genocidio en cuanto a su tipicidad los que se mencionan a continuación:

#### **. Comisión dolosa**

El Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla la existencia de dolo en el autor como exigencia típica en cada uno de los crímenes de su competencia. Esto es, los crímenes establecidos en el Estatuto deber ser cometidos con intención y conocimiento.

---

<sup>20</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. Ob. Cit.

<sup>21</sup> Bustos. Ob. Cit. Pág. 158

Señala su artículo 30: "Elemento de intencionalidad. 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido".

Para la determinación de la intención se distingue si debe referirse al comportamiento incriminado o a la consecuencia provocada. En el primer caso, la persona en cuestión debe querer el comportamiento. En el último caso, debe querer causar el resultado o ser consciente de que se producirá según un curso normal de los acontecimientos. De modo análogo, por saber o conocimiento se entenderá la conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá el resultado según un curso normal de los acontecimientos<sup>21</sup>.

El genocidio, se distingue de los otros crímenes por un "dolo especial", entendido como "elemento constitutivo del crimen que exige que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado, y que comprende como tal, la existencia de la intención

---

<sup>22</sup> Ambos. Ob. Cit. Pág. 119

en el agresor de destruir total o parcialmente a un grupo específico, nacional, étnico, racial o religioso.

Para que se cumpla el tipo de genocidio, ha de concurrir simultáneamente el dolo y el momento anímico integrante del elemento subjetivo del injusto, esto es, que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Si faltase alguno de estos componentes no se apreciaría la existencia del injusto.

El fin no tiene que ser necesariamente la destrucción total del grupo. Así, el genocidio no está caracterizado necesariamente por la intención de destruir a un grupo entero; basta con que el propósito sea eliminar porciones de la población marcadas por rasgos específicos raciales, religiosos, nacionales o étnicos<sup>22</sup>.

#### **. Comisión imprudente**

La doctrina mayoritaria establece que la comisión imprudente del genocidio es imposible, esto por los medios comisivos y las exigentes consideraciones subjetivas del tipo del crimen estudiado. Sin embargo, lo acertado en esta materia es advertir lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el sentido de reconocer la posibilidad de comisión por omisión en el crimen de genocidio.

En esta norma se recoge la doctrina de la command responsibility. Al Comandante militar (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que se hayan cometido como consecuencia de la falta de desempeño de este control,

---

<sup>23</sup> Robinson. Ob. Cit. Pág. 59

cuando sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometían tales delitos y omitió emprender cualesquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedir la o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes

### **1.5.5. Elementos objetivos del tipo**

- **Sujeto activo**

Es sujeto activo quien lleva a cabo la actividad descrita en el tipo legal, debemos precisar que el crimen de genocidio es de carácter individual en cuanto a la titularidad activa de su comisión, y que no implica en caso alguno, la responsabilidad del Estado. Además, no existe excusa válida alguna por la investidura o el cargo que detente el sujeto activo.

En el caso de la intervención del Estado la posible responsabilidad de éste ha sido objeto de discusión doctrinal. Sin embargo, es aceptado generalmente que en caso de intervención del Estado o de organizaciones con carácter delictivo, será en los representantes de las mismas o en los que actúen en su nombre, sobre los que recaiga la responsabilidad individual.<sup>23</sup>

Dicho principio está consagrado expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues establece en su artículo 25, la responsabilidad penal individual: “1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

---

<sup>24</sup> Serrano, Mariol. Ob. Cit.

Además, en la misma norma se excluye por completo la posibilidad de perseguir algún tipo de responsabilidad del Estado: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

- **Sujeto pasivo**

Es el destinatario de la protección del bien jurídico<sup>24</sup>, el titular del bien jurídico protegido; es decir el conjunto de personas que forman el grupo cuya existencia se ataca. Donde se presentan problemas de interpretación y de asignación de significado, es en el delineamiento del sujeto pluripersonal o colectivo que es sujeto pasivo del obrar criminal.

En este caso sujeto pasivo y objeto material no son uno. Mientras que el primero hace referencia al grupo; el segundo se concreta en la persona individual sobre la que se produce el resultado típico. Todo miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religioso puede ser víctima de genocidio. El acto debe estar dirigido hacia la destrucción de un grupo. Los grupos se componen de individuos y, por consiguiente, en último análisis, la acción destructiva debe estar dirigida contra los individuos. Sin embargo, estos individuos son importantes no per se sino sólo como miembros del grupo al cual pertenecen.

- **Acción**

Recordemos que es acción toda conducta humana exterior evitable. Del requisito que sea exterior, deducimos que no constituyen delito el simple pensamiento, ni la mera resolución delictiva no puesta de manifiesto externamente, ni la simple disposición de

---

<sup>25</sup> Bustos. Ob. Cit. Pág. 173

ánimo. Es el principio básico de que no se castigan los meros pensamientos o ideas. Que sea evitable apunta al hecho de que el sujeto debe haber tenido la posibilidad de abstenerse de la conducta y, así, de haber actuado conforme a derecho. Sólo si la conducta era evitable puede afirmarse respecto de ella el poder de autodeterminación del sujeto y que corresponde a un fin determinado por él mismo, lo que constituye la esencia de toda acción.

Al delito de genocidio podríamos encuadrarlo dentro de los delitos de consumación anticipada en su modalidad de resultado cortado. Se trata de un acto completo pero acompañado de un elemento subjetivo adicional al dolo y que consiste en el ánimo de realizar un 2º acto, el cual el sujeto no realiza (no destruye totalmente al grupo), sino que espera a que se desarrolle. Podemos ver como la acción genocida incorpora una relación causal entre la acción y el daño producido y otra final en el acontecer causal: “la destrucción del grupo”. Estaríamos hablando de la supra determinación final del acontecer causal.

- **Comisión por omisión**

La omisión es la no ejecución de un obrar esperado por el derecho. Sólo habrá omisión para los efectos del delito cuando exista una norma penal que imponga a una persona la obligación de realizar una actividad dada o evitar un peligro.

Se ha dicho que en cuanto a la comisión por omisión, esta sólo se producirá cuando el sujeto ocupe una posición de garante respecto a la existencia del grupo. Que este sujeto tiene que ser capaz de hacer fracasar el plan genocida total, por lo que la comisión por omisión, sólo comenzará cuando el sujeto, al no impedir la siguiente muerte, ya no sea

capaz de evitar el exterminio del grupo. La determinación de este momento es un problema fáctico de difícil solución.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce en su Artículo 28 el modo de comisión por omisión, en las siguientes hipótesis:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

- **Resultado**

La definición del Artículo 6° del Estatuto de la Corte Penal Internacional no esclarece la cuestión perenne de qué cantidad de personas tiene que ser asesinada antes de que se califique el hecho como genocidio. Algunos verán esta omisión como un defecto mayor en términos del nivel de precisión requerido en derecho penal. Sin embargo, la pregunta de la cantidad parece formularse sobre la base de una premisa incorrecta de que tiene que haber por lo menos una persona muerta antes de que el acto de genocidio se cometa. Debería tenerse en mente que la definición legal de genocidio no puede equipararse con el uso de la palabra “genocidio” en el lenguaje coloquial.

Basta con que el acusado haya intentado destruir a gran número de miembros del grupo en una comunidad particular, como una ciudad o pueblo, debido a la identidad del grupo. Se ha afirmado, acertadamente, que ni una sola persona tiene que morir para que se considere cometido un acto de genocidio, debido al hecho de que la definición se refiere a cualquiera de los actos extremos que también cuentan como actos de genocidio, a

saber, la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, enumeración lo suficientemente clara y precisa en términos jurídico –penales.

Sin lugar a dudas, un solo asesinato puede llegar a ser constitutivo de "crimen de genocidio", pero única y exclusivamente si se prueba que existía la intención específica de querer destruir "el grupo", ya sea parcial o totalmente. Ahora bien, esta deducción se revela harto difícil, si no se acompaña el hecho mismo de otra serie de circunstancias o "indicadores" que posibiliten precisamente la operación lógica susodicha.

- **Antijuricidad**

La antijuricidad puede entenderse como la ausencia de causales de justificación que autoricen la realización de una determinada conducta típica. Por eso, en definitiva, el análisis de este elemento de la teoría del delito se reduce al estudio de cada una de las causales de justificación que deben encontrarse ausentes para poder afirmar la antijuricidad de una conducta determinada. Si una acción es típica y además antijurídica, se dice que es ilícita o injusta.

El contenido del injusto de un delito se determina por la medida en que viola el objeto de protección de la norma. La antijuricidad objetiva se instaura en el precepto del genocidio al describir la conducta genocida; es decir, en la efectiva lesión de un bien jurídico. Pero también podemos encontrar componentes de antijuricidad subjetiva; ya que existe una voluntad contraria al precepto legal que se determina en el propósito de

destruir al grupo. La exigencia de este factor psicológico es condición necesaria para que pueda hablarse de genocidio.

- **Causas de justificación**

Las causales de justificación son autorizaciones legales expresas para realizar conductas típicas, en tanto la antijuridicidad implica la presencia de una conducta típica y la simultánea ausencia de causales de justificación que autoricen la realización de esa conducta típica.

Los casos en que se configura una causa de justificación, son aquellos en que la ley permite u ordena la ejecución de un acto típico. En estas circunstancias, el acto, sin dejar de ser típico, ya no es antijurídico, pues no está prohibido por la norma. Su fundamento se encuentra ya sea por la ausencia de interés del titular del bien jurídico y, por tanto, de la protección, o por conflicto de intereses que se contraponen.

Entre las causas de justificación que se dan por conflicto de intereses (también denominada del “interés preponderante” según Mezger), en primer lugar tenemos aquellas que se deben a la necesidad de “actuación del derecho”, entre las que encontramos el cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, ejercicio legítimo de una autoridad o cargo, ejercicio legítimo de una profesión u oficio y la omisión por causa legítima. En estas últimas (que nos interesan en esta parte), la ley ha previsto por anticipado la hipótesis de un conflicto de intereses y lo ha resuelto en forma directa a favor del interés a que particularmente se ha referido.

- **Autoría y Participación**

La Convención de 1948, como formas de participación punible en el delito de genocidio, en su Artículo III, la autoría directa, la asociación, la instigación directa y pública y la complicidad en el genocidio.

Por su parte, y en la definición de la autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se establece al efecto, en el Artículo 25.3:

“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”.

- **Complicidad y encubrimiento**

Las figuras de complicidad y encubrimiento están descritas en el Artículo 25.3.c) donde se castiga al que con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.

Cómplice es el que participa en el hecho punible que otro comete, apoyándolo o auxiliándolo, pero sin haber determinado su resolución delictuosa. En otras palabras, es cómplice quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho de otro por actos anteriores o simultáneos. Implica una colaboración dolosa a un hecho determinado doloso, por actos anteriores o simultáneos a la. Cómplice es el que participa en el hecho punible que otro comete, apoyándolo o auxiliándolo, pero sin haber determinado su resolución delictuosa. En otras palabras, es cómplice quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho de otro por actos anteriores o simultáneos. Implica una colaboración dolosa a un hecho determinado doloso, por actos anteriores o simultáneos a la

realización. La cooperación implica una aportación consciente (dolosa) a la tarea que se sabe y quiere común. No es necesaria una intención causal.

El encubrimiento, entendido como una intervención posterior a la ejecución del acto, era impune bajo el sistema anterior al del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- **Iter criminis**

En el iter criminis, entendido como las “etapas de desarrollo del delito”, distinguimos la tentativa (en su sentido amplio) de los actos preparatorios. Tentativa (o conato) es la situación en que el sujeto ha desarrollado una actividad externa, encaminada a la producción del hecho típico, el cual, sin embargo, no ha alcanzado a producirse. Por su parte, los actos preparatorios comprenden todas aquellas conductas en que si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un “comienzo de ejecución” del delito mismo. La regla general, defendida por los clásicos, es la impunidad de los actos preparatorios, que están todavía muy alejados de la realización completa del evento.

El delito consumado corresponde a la plena y total realización de la descripción legal de cada figura delictiva.

El Artículo 25.3 del Estatuto contiene algunas menciones al iter criminis al enunciar las formas de participación, en forma específica para cada caso.

Al efecto señala sobre este aspecto que “de conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la



comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común... f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”.

## CAPÍTULO II

### 2. Medidas de coerción

Las medidas de coerción o cautelares del proceso penal, son medidas excepcionales, limitativas, que se establecen respecto a los derechos de las personas; para garantizar la vinculación de los encausados al proceso y asegurar que éste cumpla con sus fines. Estas restricciones solo pueden darse si son indispensables y teniendo en cuenta los límites y condiciones establecidos expresamente por la Constitución Política de la República de Guatemala.

Estas medidas se entienden como las “restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros, impuestos durante el transcurso de un proceso penal, con el objeto de garantizar el cumplimiento de los fines del mismo.”<sup>25</sup>

Para Mario Rodríguez Hurtado, las medidas coercitivas: “son aquellos instrumentos o mecanismos prácticos para combatir o enfrentar el peligro procesal, pues en un proceso penal para que la investigación cumpla sus fines siempre hay que enfrentar esa clase de riesgos: peligro procesal, de fuga y de entorpecimiento de la actividad probatoria.”<sup>26</sup>

El objetivo de las medidas de coerción es resguardar la eficiencia del proceso, por tanto su imposición debe cumplir el requisito de motivación lo que debe importar un análisis

---

<sup>26</sup> Kadagand Lovatón, Rodolfo. **Manual de derecho procesal penal**. Pág. 483

<sup>27</sup> Sendra, Gimeno. **Derecho procesal penal**. Pág. 354

minucioso del caso concreto con observancia de los principios que rigen la coerción personal.

Las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva son las siguientes: tiene que ser suficiente, por si misma debe expresar, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla; debe ser razonada, es decir que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada.

Expresa Albero Binder que: "el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: policía, fiscales y la propia justicia."<sup>27</sup>

## **2.1. Clasificación**

Las medidas de coerción conllevan una restricción de derechos patrimoniales o personales, en tal sentido se clasifican en: Medidas de Coerción Personal y Medidas de Coerción Real.

---

<sup>28</sup> Binder, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Pág 199

### **2.1.1 Medidas de coerción personal**

Estas son las que limitan o restringen la libertad física de una persona. “es la restricción o limitación que se impone a la libertad del imputado para asegurar la consecución de los fines del proceso: la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”.

Esta restricción a la libertad afecta el derecho constitucional de la libertad de locomoción consagrado en el Artículo 26 de la Constitución Política de la República, sin embargo su aplicación es legítima pues encuentra respaldo en la misma Constitución que también fija los límites precisos en que la coerción personal debe desenvolverse. Los cuales son desarrollados en el Código Procesal Penal.

Así también la Constitución establece la imposición de penas, como retribución por la comisión de un delito, pero con la condición de que se realice conforme al debido proceso, lo cual está plasmado en el Artículo 12 de la Constitución. Debe prevalecer la libertad del imputado durante el proceso, pues su restricción por la pena solo es posible después del juicio previo.

Sin embargo entre los fines y deberes del Estado también tenemos que debe garantizarle a todos los habitantes de la República la justicia, esta finalidad se hace positiva a través del debido proceso.

- **Características**

- a) Son cautelares, porque tienen a evitar los peligros que pueden obstaculizar las consecuencias de los fines del proceso.

- b) Sólo será legítima su imposición cuando sean necesarias para lograr aquellos fines.
- c) Su aplicación se condiciona a un mínimo de pruebas de culpabilidad.
- d) Su duración está aparejada con la necesidad de su aplicación

- **Fines**

Las medidas de coerción personal del imputado tienden a evitar que se obstaculice la investigación de la verdad aprovechando su libertad para destruir, alterar o borrar los indicios o huellas del delito, sobornar o bien coaccionar testigos o coimputados.

Para desarrollar el debido proceso, se debe contar con la presencia del imputado a quién debe de proveérsele de todas las garantías que la ley establece.

Su finalidad es asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena de prisión que se puede imponer al final del procedimiento. Así mismo pretende evitar que el imputado continúe su actividad delictiva pues en esa situación le es difícil delinquir.

### **2.1.2. Medidas de coerción real**

Las medidas de coerción real son aquellas que imponen una restricción a la libre disposición sobre los bienes del imputado o de terceros, con el objeto de garantizar la consecución de los fines del proceso. Estas medidas se concretizan a través de:

- **El secuestro**

Consiste en la aprehensión de una cosa por parte de la autoridad judicial, con el objeto de asegurarse el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal.

El secuestro se realiza a través del desapoderamiento de documentos o cosas relacionadas con el delito que pudieran ser de importancia para la investigación de manos de quien los tiene en su poder. Comprende cualquier clase de materia, objeto sólido, líquido o gaseoso, así también cualquier clase de bienes muebles o incluso semovientes.

Es importante señalar que la orden de Secuestro será emitida por el Juez que conozca el procedimiento o por el presidente si se tratare de un tribunal colegiado, sin embargo en el caso de peligro por la demora también podrá ordenar el secuestro el Ministerio Público, pero deberá solicitar la autorización judicial inmediatamente, consignando las cosas o documentos ante el tribunal competente.

## **2.2. Carácter excepcional de las medidas de coerción**

La libertad del tiempo de la etapa preparatoria está sopesada con la excepcionalidad y la rigurosidad de aplicación de las medidas de coerción, especialmente de la prisión preventiva. Ello tiene como objeto el que los imputados sujetos a medidas durante el tiempo que dura la investigación, no sean la constante. De cualquier forma, nadie puede estar sujeto a prisión preventiva por un término mayor de un año.

Dentro de la fase del juicio, al decidirse por la oralidad, se ha decidido por una forma más rápida de aplicación de justicia, pues la oralidad trae consigo la celeridad y la concentración de los actos procesales. El Código Procesal Penal vigente, en contraposición con el derogado, ha dejado de ser un obstáculo formal para la agilidad del proceso. Hoy el problema de la rapidez del proceso corresponde en mayor medida a la actividad de una correcta administración de tribunales.

La aplicación en un proceso penal de cualquier medida de coerción es contradictoria por mucho que se justifique respecto del principio de inocencia, de juicio previo y del de culpabilidad. Pese a ello, la ley admite, en circunstancias determinadas y delimitadas con exhaustividad por ella misma, la aplicación de medidas de coerción, que por las razones señaladas son por principio "excepcionales".

Sin embargo, en la legislación derogada se aplicaron, como regla, las medidas de coerción y, en especial, la prisión preventiva. Puede decirse que el quedar sujeto a alguna medida era lo usual, especialmente el quedar sujeto a prisión preventiva.

Por supuesto, esta deformación no se debía solamente a la errónea interpretación de la ley por parte de los jueces. Inflúan también en este problema otros factores, tales como el hecho de que los jueces eran los encargados de la investigación, y utilizaban las medidas como una forma de asegurar el resultado de su actividad, con un claro criterio inquisidor. Esta es, sin duda, la principal causa de la gran cantidad de presos sin condena, que satura el sistema penitenciario.

Otro elemento importante que contribuyó a la deformación apuntada, lo constituye un velado pensamiento represivo. El uso de la prisión preventiva se consideró, dentro de la ideología del sistema, como una medida efectiva en la lucha contra la delincuencia

(represión). Como no se cuenta con argumentos científicos de que en algún momento esto hubiera cumplido realmente este fin, puede asegurarse que lo que logró con eficacia fue la negación del derecho de libertad para muchos y la transgresión de los principios de inocencia y juicio previo.

Dentro de la nueva ley, las medidas de coerción se desarrollan en un medio distinto. Hoy la investigación es función de un órgano distinto e independiente de la judicatura; con ello el juez está alejado, al menos formalmente, de prejuicios contra los imputados. El proceso tiende hacia el modelo acusatorio, lo que contribuirá a que los imputados no sean siempre sujetos a medidas de coerción, en forma contraria a los procedimientos de corte inquisitivo en los que la sujeción a medidas es, en sí, un requisito para su funcionamiento y efectividad.

### **2.3. Peligro de fuga**

De conformidad con el principio de inocencia, la única justificación para restringir la libertad de una persona durante el proceso, es que exista peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad. Establecer a priori un catálogo de delitos para los cuales es imposible ordenar otras medidas fuera de la prisión preventiva, sin atender a los criterios antes propuestos, significa crear penas anticipadas, con las cuales se condena a una persona a sufrir prisión sin que medie sentencia judicial.

En los delitos de menor gravedad solo se justifica la medida cuando existe peligro de fuga o de obstaculización de la justicia. La misma ley contiene las circunstancias que deben tomarse en cuenta para determinar si existe peligro de fuga o peligro de obstaculización de la verdad. Sin embargo La ley faculta a los jueces para que

reemplacen las medidas de coerción. Así, cuando el peligro de fuga o de obstaculización para averiguar la verdad pueda ser evitado o no exista, la prisión preventiva puede sustituirse por cualquiera de las medidas antes enunciadas.

Si el supuesto culpable del hecho, abusando de su libertad garantizada Constitucionalmente, destruyera, modificare ocultare, suprimiera o se fugare sustrayéndose del proceso, lejos de afianzar la justicia, ésta se vería burlada.

Para evitar éstos peligros la propia Constitución autoriza la detención legal <<ninguna persona puede ser detenida o presa sino por causa de delito o falta en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos flagrante de delito o falta. Los detenidos deben ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad>> Artículo 6 Constitución Política.

Se entiende que para llegar a este momento, el juez ya superó aquel análisis referente a la existencia del hecho y la posible participación del imputado, pero además ha considerado un cierto grado de probabilidad de ese momento cognoscitivo e intelectual que le indica, debe motivar esa decisión.

Para imponer una medida de coerción tan severa como la prisión preventiva, el juez debe considerar un elemento que no puede sustanciar por sí mismo, sino debe provenir del fiscal del Ministerio Público, requerimiento que el fiscal debe respaldar, con su presencia en dicho acto procesal y luego con un argumento sólido que convenza al juez, de la necesidad de limitar al imputado, de ese derecho a la libertad ambulatoria. "Deben existir motivos racionalmente bastantes y objetivamente fundados para temer que el inculpa-

en libertad intentará destruir, alterar, hacer desaparecer, ocultar o falsear futuros medios de prueba, influir de forma ilícita sobre coimputados, testigos o peritos o provocar que otros realicen tales conductas, y cuando por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedará dificultada”<sup>28</sup>.

Cuando la investigación prosigue los sujetos ya han sido interrogados suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

Aunque no sería suficiente con una invocación genérica o abstracta a las fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación fuera impedido por la liberación del acusado.

#### **2.4. Peligro de obstaculización**

El peligro de obstaculización es la posibilidad de que el sindicado dificulte la investigación mediante la afectación, por sí mismo o a través de terceros, de los medios de prueba. El proceso penal encuentra su legitimación como ejercicio de poder estatal en la verificación de los hechos, esto es, en la búsqueda de la verdad procesal. Por tal razón, la averiguación de la verdad se convierte en un fin del proceso penal que se pretende resguardar mediante medidas de coerción que aseguren la preservación de la evidencia.

---

<sup>29</sup> Gómez Colomer, Julio. *El proceso penal alemán*. Pág. 307



El Artículo 263 Código Procesal Penal fija cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta para establecer la existencia de este peligro. De la misma forma que con el peligro de fuga, la decisión debe estar basada en situaciones fácticas que eviten una decisión arbitraria al respecto. Los criterios que la ley señala son:

- Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, inciso 1.
- Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, inciso 2.
- Inducir a otras personas a realizar los comportamientos enumerados en los puntos anteriores, inciso 3.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico establecido en el Artículo 264 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por la aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas coercitivas.

El Artículo 264 del Código Procesal Penal, indica que “siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por la aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el Juez o Tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes”

- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.



- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
- La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecta el derecho de defensa.

Para valorar el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación hay que recurrir a los criterios fijados en la ley en sus Artículos 262 del Código Procesal Penal “el arraigo del imputado, la pena a imponer, el daño producido y el comportamiento del sindicado en el proceso” y 263 del Código Procesal Penal.

Posibilidad de afectar evidencias o influir en testigos, cuando razonablemente se pueda pensar que la fuga o la obstaculización pueda evitarse a través de alguna medida sustitutiva, se preferirá ésta antes que la prisión. Incluso dentro de las medidas sustitutivas se dará prioridad a las menos gravosas cuando así se puedan cumplir los sustitutivos y los objetivos señalados.



## CAPÍTULO III

### 3. Medidas sustitutivas

#### 3.1. Concepto

Son medios que utiliza el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, encaminados a sustituir la pena de prisión, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir.<sup>29</sup>

Son alternativas que ofrece el Código Procesal Penal a la prisión preventiva en aquellos casos en que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado.<sup>30</sup>

Las medidas sustitutivas son actos que facilitan la libertad de locomoción de una persona que ha cometido un delito, considerado como leve, con el objeto de resguardar la aplicación de la ley penal, también se consideran alternativas que ofrece el Código Procesal Penal a la prisión preventiva en aquellos casos en que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado. Los Sustitutivos Penales son utilizados hoy día por la doctrina científica y algunas legislaciones encaminadas a sustituir las sanciones mediante medidas resocializadoras de alcance más inmediato y menos oneroso, así como el fracaso de la prisión en la rehabilitación, el esfuerzo por alcanzar en el proceso de buscar sustitutivos de la prisión está ligado, por

---

<sup>30</sup> de León Velasco, Héctor. de Mata Vela, Francisco, **Curso de derecho penal guatemalteco**. pág. 290

<sup>31</sup> Ministerio Público de la República de Guatemala. **Manual del Fiscal**; pág. 185

un lado a la experiencia triunfal de varios países que los han puesto en práctica, así como al contenido demencial que la cárcel impone a la vida del ser humano, pero obedece ante todo a la dinámica propia de la situación penal a escala mundial.<sup>31</sup>

Los sustitutivos penales se refieren a otros medios que desde el punto de vista penal, sean capaces de sustituir ventajosamente la pena privativa de libertad más generalizada que es el de la prisión. Muchos códigos penales, incluyendo de Guatemala contienen ya alternativas que tienden a sustituir la sanción privativa de libertad, especialmente en lo que se refiere a las penas cortas.

Así también como “aquellas que pueden adoptarse motivadamente por el órgano jurisdiccional competente contra un presunto responsable de un hecho delictivo al estimarse dos aspectos esenciales: por una parte, la existencia de una imputación basada en una constatación objetiva de un hecho típico y en la probabilidad razonable de quién sea su autor; y por otra, en la fundada posibilidad de ocultación personal o patrimonial de imputado en el curso del procedimiento penal. Teniendo como finalidad única y legítima el garantizar los efectos penales y civiles de una futura sentencia condenatoria, utilizándolas en sustitución a la prisión preventiva”<sup>32</sup>.

Así se determina que las llamadas en ley medidas sustitutivas, son también medidas de coerción dirigidas a limitar la libertad personal. En vista de que las medidas sustitutivas son también límites a la libertad personal, se exige que para justificar su uso se presenten

---

<sup>32</sup> De León Velasco, Héctor y De Mata Vela, José, **Curso de derecho penal guatemalteco**. pág. 289

<sup>33</sup> Cuellar Cruz, Raúl. **Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal**. Pág. 5

todos los presupuestos y se llenen todos los requisitos que la ley describe para que las medidas de coerción puedan ser utilizadas. La sustitución de la prisión preventiva se hace a través de las medidas sustitutivas que se encuentran establecidas en el Código Procesal Penal, cumpliendo con ello el mandato constitucional de la libertad individual de las personas.

### **3.2. Clasificación**

Una clasificación más de las sanciones sustitutivas se sustenta en el motivo y la finalidad de la sustitución. Regularmente, los sustitutivos se asocian a las características del hecho punible, las particularidades del reo y los requerimientos del tratamiento bajo el signo de la readaptación social, aun cuando difícilmente se ausentarán los demás propósitos de la pena, que en estas hipótesis se mantienen a distancia, con recato, la sustitución se vincula con principios de oportunidad política. Aquí se toman en cuenta, por supuesto, las condiciones del delito, ante todo, que se trate de una conducta punible de esta naturaleza y del infractor. En la especie, se suele hablar de conmutación. Sin embargo, por encima de la designación que recojan las leyes y de los deslindes normativos que las denominaciones provoque, subsiste el hecho, que califica el fondo, de que en la conmutación nos hallamos también ante la sustitución de la pena privativa de libertad por otra de diverso carácter.

En atención a la autoridad que los dispone. Los sustitutivos mayormente provienen de una resolución jurisdiccional. En otros casos, quedan en manos de la autoridad administrativa, ejecutora de las sanciones, en el que la ejecución es íntegramente administrativa. O casi íntegramente, puesto que hay actos dentro del período ejecutivo

en los que actúa de nuevo la autoridad jurisdiccional. Aunque, no se trata siempre de asuntos concernientes a la ejecución, sino principalmente de problemas vinculados con la responsabilidad misma del reo (así, la revisión, el indulto o, más propiamente, el reconocimiento de la inocencia), o con beneficios que debieron ser acordados por el juzgador en la sentencia y que se hallan sustraídos a las atribuciones del ejecutor.

Doctrinariamente se contemplan una serie de medidas sustitutivas de la prisión provisional, las cuales se mencionan a continuación:

- Prestaciones de trabajo penal sin reclusión.
- Caución sustitutoria de la privación corta de libertad.
- Represión judicial.
- Arresto domiciliario.
- El perdón judicial.
- Condena condicional.

En la legislación guatemalteca encontramos:

- Arresto domiciliario.
- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada.
- La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal.
- Prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside.
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas.
- La prestación de una caución económica adecuada.

- Por simple promesa del imputado, cuando la misma baste para eliminar el peligro de fuga.

### 3.3. Finalidad

Calderón. Indica que las medidas sustitutivas, son medidas de coerción con que se pretende la sujeción del imputado al procedimiento, las cuales son de menor gravedad para el imputado que la prisión preventiva.<sup>33</sup>

Las Alternativas a la pena de prisión, las podemos entender como mecanismos e instituciones tendientes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad cuando éstas no sean absolutamente necesarias.<sup>34</sup>

Cabe mencionar también que "las medidas sustitutivas de la prisión preventiva son aquellas que tratan de evitar los males que la Prisión ocasiona a quien es sindicado de la comisión de un hecho delictivo, a la vez representan una serie de imposiciones, obligaciones, prohibiciones y restricciones que debe cumplir la persona a quien se le imponen como un beneficio; para que este tipo de medidas procedan, es necesario que el juzgador considere que la fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad no es afectada por dichas medidas de coerción."<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Calderón, C. **Medidas de coerción en el proceso penal guatemalteco.**

<sup>35</sup> Sanz, N. **Alternativas a la prisión preventiva de libertad.**

<sup>36</sup> Enríquez, C. **Revisión de las medidas de coerción de la prisión preventiva.**

Es necesario distinguir entre aquellas medidas que se incorporan al dispositivo de defensa con ocasión de un delito (peligrosidad delictiva o criminal), que son propiamente dichas, y que reciben el nombre de medidas de prevención, que pueden aplicarse a los alienados peligrosos, ebrios, toxicómanos. La cual tiene como fin la readaptación del individuo, y a la defensa social, también se impone en razón del estado o condición del individuo.

Con respecto a estos fines cumplen una doble función: Defender al Estado y a la sociedad y al mismo tiempo readaptar a los descarrilados para atraerlos nuevamente a su relación con la sociedad.

Una de las funciones y fines de las medidas sustitutivas, es proporcionar al sindicado el derecho de tener su libertad, limitándolo o restringiendo su libertad, se le da la oportunidad de la readaptación a la sociedad, buscándose reeducar y prevenir delitos para favorecer y fortalecer el sentimiento de responsabilidad y de fidelidad al ordenamiento jurídico. También se puede establecer que toda persona se le presume inocente mientras no se haya declarado responsable siendo esto fundamental como un fin y una función de las medidas sustitutivas, también podemos mencionar que el juez en caso de duda deberá favorecer al reo y por tanto cuando no pueda tener una interpretación certera de culpabilidad deberá decidir a favor de éste, ya que se puede observar que la sustitución de la pena privativa de libertad por otras medidas penales se actualiza en dos instancias o momentos, uno de carácter absoluto, corresponde a la formulación legislativa, el legislador mismo opta, de inmediato, por una sanción diferente de la prisión en el supuesto de ciertos delitos menores. Esto forma parte del proceso de despenalización de la conducta, o bien, dicho de otra manera, de la creciente

racionalidad en la construcción del sistema normativo penal, por lo que toca a las consecuencias jurídicas del delito.

También coincide con la idea de que el Estado debe moderar, hasta el mínimo posible, el empleo de los recursos más severos del control social.

#### **3.4. Tipos penales en los que no procede medida sustitutiva**

Las medidas sustitutivas vienen enumeradas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal. Al respecto hay que señalar que la lista es tasada, no pudiéndose inventar nuevas medidas.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este Artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado. Las condiciones para la aplicación de una medida sustitutiva son la existencia del hecho punible y de indicios suficientes de responsabilidad penal del imputado por una parte y el peligro de fuga o de obstaculización a la investigación por otra.

Sin embargo las medidas sustitutivas no podrán concederse en una serie de supuestos contenidos en el Artículo 264 del Código Procesal Penal, reformado por el Decreto 06-2013 los cuales son los siguientes: “no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado, al reincidente de portación



ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas; tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM.” también quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en capítulo VII, del Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Narcoactividad.



## CAPÍTULO IV

**4. El Artículo 264 del Código Procesal Penal guatemalteco debe contener prohibición para el otorgamiento de medidas sustitutivas al delito del genocidio por la gravedad, trascendencia internacional del mismo y el peligro de fuga regulado en el numeral 2 del Artículo 262 del mismo cuerpo legal**

**4.1. Factores a tomar en cuenta para la exclusión de medidas sustitutivas por el delito de genocidio**

El cuerpo legal que le da vida al genocidio como delito es La Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, misma que fue adoptada y abierta para la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en su resolución 260 A III, de fecha nueve de diciembre de 1948, entrando en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el Artículo XIII de dicho cuerpo legal.

La Convención sobre el Genocidio, fue ratificada por Guatemala, a través del delegado permanente de Guatemala ante las Naciones Unidas, el 22 de junio de 1949, aprobada por el Congreso de la República en Decreto 704, en fecha 30 de noviembre del mismo año, ratificada y mandada a publicar como ley en fecha 13 de diciembre del año en mención, por el presidente Juan José Arévalo.

En ese mismo histórico período el Estado de Guatemala suscribió el 12 de agosto de 1949 y ratificó el 14 de mayo de 1952 los Convenios de Ginebra, cuyo Artículo III común estableció obligaciones desde aquellas fechas estableciendo que: *“En caso de conflicto*

*armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.”*

La Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio es la piedra angular en el marco legal del genocidio, a nivel mundial, su importancia es tal, que influye a la fecha en el marco legal guatemalteco e indudablemente, de igual manera, en la



legislación interna de varios países, quienes han visto el odio racial como un cáncer para la sociedad y que ha de eliminarse de emergencia.

La Convención, parte que el genocidio, es un delito de carácter internacional y se materializa, en tiempo de paz o de guerra, de ello es pues que no ha de entenderse que en tiempos de paz no se materializa, o que el mismo sea sólo un elemento más de la guerra, carga la Convención a los países que la reconocen en el sentido que han de crear normas tanto para prevenir como para sancionar el delito de genocidio.

Según el Artículo dos de la Convención para Prevención y Sanción del delito de Genocidio relacionada, tipifica las acciones que dan origen al delito de genocidio las cuales son: 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 perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

La Convención menciona como sujetos activos no solo a gobernantes, sino también, otro tipo de funcionarios y particulares. Es decir, que el delito de genocidio, no tiene como sujeto activo exclusivamente a gobernantes o funcionarios de estado, sino también a los particulares.

El genocidio no puede ser invocado como delito político, por lo que para los efectos de extradición, los países miembros de la Convención, siempre que hubiesen ratificado la

Corte Penal Internacional, concederán la misma únicamente conforme a su legislación y tratados vigentes.

#### **4.1.1. La pena que se espera del procedimiento**

Guatemala tiene una historia larga de una dictadura militar y de la dominación de la élite europeizada en el poder. El racismo contra los mayas y otros grupos indígenas, como también las divisiones de clase social provocaron una guerra civil de 36 años que con el tiempo se convirtió en un genocidio absoluto contra los mayas. La transición de Guatemala a la democracia en 1990 fue seguida por las comisiones de derechos humanos los cuales empezaron una investigación sobre este genocidio, pero nadie ha sido metido a la cárcel por ello. De hecho, el sacerdote que lideró la Comisión Católica Romana de Investigación fue asesinado el mismo día que él publicó su investigación. La Alianza Internacional para poner fin al genocidio tiene una organización afiliada en Guatemala, el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), y tiene contactos con muchos otros expertos en el país.

La economía de agricultura mono cultural de Guatemala, y la concentración de la riqueza en la élite europeizada, muchos de los cuales son los grandes terratenientes, y la clase media pequeña, han dejado a la mayoría de sus habitantes en la pobreza. Los indígenas pobres se rebelaron contra el sistema opresor, se han unido a los movimientos marxistas lo cual inició la guerra civil, seguida por el genocidio.

El compromiso de los Estados para con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), se rige por el principio de la Buena Fe.



Para Guatemala la vigencia ha comenzado exactamente 10 años después, el 1 de julio de 2012.

La importancia de contar con un tratado internacional como el Estatuto de Roma, radica no sólo en la creación de una Corte Penal Internacional de naturaleza permanente y con competencia para sancionar individuos responsables de crímenes internacionales, sino que además ha delimitado e incorporado la definición de tales crímenes, los mismos que se encuentran bajo jurisdicción de la referida Corte como los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. El Estatuto de Roma es el resultado de un largo proceso de codificación que busca la persecución y eventual sanción de los graves y masivos atentados a la dignidad humana.

La implementación del Estatuto de Roma en la legislación Interna es una gran oportunidad para el Estado guatemalteco, pues debe buscarse su implementación objetiva, a través de las normas de diferente rango, que respondan a los "(...) principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales (...)" como lo ordena taxativamente nuestra Constitución Política de la República en su Artículo 149.

Es indudable que la implementación del Derecho Interno de los Estados al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, comprende varios aspectos, entre otros, de índole constitucional, procesal penal, penal, penitenciario y judicial. Para ello se tiene que pensar en lo siguiente:

- a) **Si existe la necesidad de una Reforma Constitucional.** Dado que tiene que consagrarse el deber de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario para evitar la impunidad, incluyendo a los más altos mandos gubernamentales, una cuestión que surge naturalmente es el tratamiento del antejuicio. Así mismo, otros temas de esta jerarquía son la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra; la prohibición de la amnistía, indulto o derecho de gracia para los tipos penales referidos.
- b) **Necesidad de una Reforma Procesal Penal.** Es indudable que dadas las características de los delitos contemplados en el Estatuto de Roma debe establecerse un procedimiento adecuado a su naturaleza.
- c) **Necesidad de una Reforma Penal.** Aquí se pueden encontrar al menos tres grandes áreas: la reforma del Código Penal, parte general; la reforma del Código Penal, parte especial y/o la emisión de una legislación específica ya sea de remisión, de analogía doméstica o de tipificación extensiva de los tipos penales comprendidos por el Estatuto de Roma. Incluso, debe considerarse la conveniencia de adecuar el Código Militar que data de 1878 y que obviamente por la fecha de su creación es imposible que contenga las obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional que permita su adecuación al corpus juris vigente.

Es este aspecto se debe tener especial atención, ya que el problema radica en que el tratado tiene normas de distinta naturaleza, dado que incorpora no solamente una cantidad de fórmulas que vienen a resultar el consenso de una serie de distintos sistemas jurídicos, sino que además tiene normas que establecen todo un sistema de persecución penal, tanto procesal, sustantivo, como de ejecución, y algunos principios que informan la aplicación de estas normas.

#### **4.1.2. La gravedad del delito**

En el importante Caso de Jean-Paul Akayesu, el Tribunal Penal para Ruanda, no tuvo duda en reconocer que era tal la gravedad del crimen de genocidio que la "incitación directa y pública" a cometerlo debía ser penalizada como una infracción formal, incluso en los casos en que la incitación no hubiera alcanzado el resultado que se buscaba.<sup>36</sup>

"El crimen contra la humanidad, denominado genocidio, es un ataque a la vida que apunta a un grupo humano o a un individuo en tanto que miembro de un grupo humano, principalmente por el hecho de su nacionalidad, raza, religión u opiniones. Que es cometido, favorecido o tolerado por los gobernantes de un Estado. Es perpetrado y se reprime en tiempos de guerra o de paz. Sus autores o cómplices, gobernantes o ejecutantes, deben de responder ante la justicia internacional".

---

<sup>37</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. **El crimen de genocidio en derecho internacional**. número 105

Tal gravedad en Guatemala es evidente ya que en 1980 el General Efraín Ríos Monte, supuestamente respaldado por la CIA, tomó el poder. Él era un brutal dictador militar, que intensificó la guerra civil con los campesinos indígenas, especialmente mayas. Se estima que 200,000 personas fueron asesinadas, a menudo, en masacres de pueblos enteros indígenas por el Ejército de Guatemala. Los gobiernos de Guatemala y los EE.UU. justificaron la guerra como una lucha contra la insurgencia contra el comunismo. Pero fue realmente un genocidio.

Atrocidades de genocidio eran parte de la vida cotidiana de los campesinos guatemaltecos. Una campaña para arrasar las tierras, destruyeron aldeas enteras. Hubo miles de violaciones. Hay fosas comunes en toda Guatemala que guardan los restos de las 200,000 víctimas. Según un informe de las Naciones Unidas, casi todos los asesinatos fueron cometidos por el ejército guatemalteco y las fuerzas paramilitares. Ellos persiguieron a las comunidades indígenas, líderes sindicales, estudiantes, líderes religiosos y líderes de la sociedad civil o que el régimen consideraba enemigos. De acuerdo con la Fundación de Antropología Forense de Guatemala, muchas de las víctimas fueron torturadas antes de ser asesinadas. La tortura y los centros de exterminio y fosas comunes se encontraban en toda Guatemala, pero especialmente en los lugares ocupados por los pueblos indígenas. Uno de estos lugares fue Comalapa, Chimaltenango, donde los restos de 220 víctimas han sido descubiertos. De acuerdo con la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, en Rabinal, Baja Verapaz, el 75 por ciento de las mujeres mayas dijeron que habían sido abusadas sexualmente. Un estudio realizado por la Memoria del Silencio en Guatemala documentó la muerte de 42.275 víctimas, incluyendo hombres, mujeres y niños. De ellos 23.671 fueron víctimas de ejecuciones arbitrarias y 6.159 fueron víctimas de desaparición forzada. 83 por ciento

de las víctimas plenamente identificadas, eran mayas y el 17 por ciento eran ladinos (mezcla de etnias mestizas.) En total, las estimaciones son que el número de personas asesinadas o desaparecidas alcanzó un total de más de 200,000 muertes.

El peor período de este genocidio que se conoce como "El holocausto silencioso". Fue entre 1982 y 1983, bajo la presidencia de Ríos Montt. En este período los militares y paramilitares planearon una campaña de genocidio contra los mayas. Ellos acabaron con cerca de 430 aldeas, matando a la mayoría de sus habitantes, indicando que eran parte de un complot comunista contra el gobierno. La mayoría de las masacres, no se limitan sólo a la ejecución en masa, sino también a violaciones de los derechos humanos, como la tortura, las desapariciones, las violaciones, las mutilaciones de los cadáveres y la destrucción de la propiedad individual y pública, así como también el trauma psicológico y espiritual a los pocos sobrevivientes.

La campaña genocida de Ríos Montt contra la población indígena maya, fue respaldada por EE.UU. por el presidente Ronald Reagan - que dijo la famosa frase de que Ríos Montt fue "hacer una mala reputación a los derechos humanos". En 1998, el presidente Clinton "se disculpó" por el apoyo de EE.UU. por el golpe de Estado de Ríos Montt, aunque no se disculpó por el apoyo de Reagan del genocidio.

Algunas historias de terror incluyen: quemar lentamente a los hombres vivos en la cocina de una iglesia, quemándoles sus pies y la espalda, y luego colgarlos en frente de toda la comunidad llamándolos guerrilleros. A veces los militares ponían un letrero que decía "EGP" o algún nombre de grupo guerrillero para hacer que las comunidades creyeran que la guerrilla había cometido los crímenes. Las víctimas fueron seleccionadas y

puestos en una lista de muerte. Los asesinatos fueron por lo tanto parte de una política intencionada, uno de los requisitos fundamentales para la prueba de que fue un genocidio. De acuerdo a la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), los militares a menudo mutilaban los rostros de sus víctimas, cortándole las orejas, la lengua y los ojos así como los órganos sexuales. Ellos colgaban a las víctimas de sus testículos o arrancaban los ojos con cucharas. Esas mutilaciones son fuerte evidencia de la deshumanización genocida. Los militares hacían que los civiles mataran a sus vecinos y a sus propias familias. Ellos brutalmente lanzaban las cabezas de los niños pequeños contra las rocas o los árboles. Además, para evitar que los bebés nacieran entre los grupos indígenas cogían a las mujeres embarazadas y les golpeaban sus vientres hasta que involuntariamente abortaban. Otros abrían los vientres de las mujeres embarazadas, sacaban el feto del bebé y luego le ponían un palo en el ano del feto que eventualmente salía por su boca. Las madres siempre morían después de ser abiertas.

#### **4.1.3. La trascendencia internacional del delito de genocidio**

El genocidio es un delito de trascendencia internacional, que se materializa, cuando se realizan actividades, tales como a) muerte de miembros del grupo; b) lesión que afecte gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo; c) sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial; d) desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo, a otro grupo; e) medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquiera otra manera impedir su reproducción cuando las mismas tengan por propósito destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, o religioso.



A pesar de los múltiples señalamientos en contra de Guatemala, no hay una sentencia condenatoria en la cual se sancione a personas por la comisión del delito de genocidio.

Por medio de la ratificación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el estado guatemalteco, se obliga a legislar para la persecución penal de este delito, situación que no se materializa, en un cuerpo legal, sino hasta en 1973, se le da cabida al término genocidio como delito en el derecho interno, ya que es en esa fecha en que el Congreso de la República incorpora a la legislación nacional esta figura delictiva, en el Código Penal.

Es en el libro segundo, capítulo 4, bajo la denominación, De los delitos de trascendencia internacional, en el cual, el Artículo 376 del Decreto 17-73, Código Penal, estipula: “Genocidio. Comete delito de genocidio quien, con el propósito de destruir parcial o totalmente un grupo nacional, étnico o religioso, efectuare cualquiera de los siguientes hechos: 1º. Muerte de miembros del grupo. 2º. Lesión que afecte gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo. 3º. Sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial. 4º. Desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo, a otro grupo. 5º. 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 años.”

En cuanto a la pena, la misma fue reformada por el Artículo 13 del Decreto 20-96 del Congreso de la República, aprobado el nueve de abril de 1996, publicada en el Diario

Oficial de Centro América el nueve de mayo, con vigencia a partir del 17 de mayo del mismo año.

Los elementos objetivos que se encuentran en el delito de genocidio, lo integra el hecho material consistente en la perpetración del delito contra la vida y la seguridad personal de los componentes de un grupo.

El elemento subjetivo, lo es que el delito sea ejecutado con el afán, de destruir total o parcialmente un grupo nacional étnico o religioso.

La incorporación en el Código Penal, de la noción jurídica del delito de genocidio y la sanción aplicable a los sujetos activos que transgredieran los supuestos del contenido penal, no fue una amenaza que sirviera para que esta clase de delito no se materializara, pues quienes cometieron este delito, en el transcurso de la guerra interna, no les importó que existiera una regulación legal, que les podría ser dañina en algún momento.

Ha quedado claro que la intención de regular lo relativo al genocidio por la Organización de Naciones Unidas fue la protección de los componentes de un grupo, cuya intención no ha sido concretada en el caso de Guatemala, pues la regulación claramente fue ignorada.

Habiendo existido un marco legal, que regulara lo relativo al delito de genocidio, con el cual se pretendía el rechazo a la comisión de esta clase de delito, es impresionante que el estado de Guatemala, fuera pasivo ante las graves violaciones y delitos, que se dieron en el desarrollo del enfrentamiento armado.

#### **4.2. Percepción social del delito de genocidio en Guatemala**

Guatemala ha tenido solamente partidos políticos de izquierda y derecha. La derecha ha mantenido el control del parlamento y los ministerios claves desde el gobierno de Arbenz. Los líderes individuales iban y venían, pero el sistema se mantuvo igual. La exclusión de la población indígena está bien establecida a través del racismo y la dominación de la clase alta. Los indígenas son considerados campesinos analfabetas indignos de respeto como seres humanos. Guatemala ha desarrollado una deshumanización fuerte de su población indígena. La ley autentica la supresión de los indígenas y sus derechos civiles y políticos. En nombre de derrotar el comunismo, el Estado utiliza cada vez más la violencia y el terror para mantener el control social. El Ejército de Guatemala efectivamente tomó el control del país. Ellos llevaron a cabo una guerra genocida contra los mayas y otros grupos indígenas. La Unidad Revolucionaria Nacional de Guatemala (URNG), que comenzó como un movimiento guerrillero en 1982, fue la organización que agrupó a otros cuatro grupos revolucionarios, el Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP), la Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas (ORPA), las Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR) y el Núcleo Directivo Nacional de PGT. Todos eran marxistas en su ideología.

Siendo que Guatemala es un país conformado por varias culturas, para el conflicto armado interno el ejército tuvo la percepción genérica, que los mayas, eran aliados naturales a la guerrilla, y fue esta apreciación que contribuyó a incrementar la violación a los derechos humanos en contra del pueblo maya, en comparación de otras culturas, verbigracia los garífunas.. El racismo constituye pues, en el desarrollo del conflicto armado interno, un elemento, por el cual se ejecutaron acciones militares revestidas de

extrema crueldad, las cuales encuadran perfectamente en los presupuestos que estipula el delito de genocidio, ya que siendo uno de los presupuestos la matanza de miembros de un grupo, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, confirma que ello sucedió, al concluir que se llegó al exterminio masivo de comunidades mayas indefensas, a las que se les atribuía vinculación a la guerrilla, en general se advierte sobre la lesión grave que soportó, tanto en su aspecto físico como mental el pueblo maya. Otro elemento en el que se materializa un presupuesto de genocidio, lo es la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de un grupo, situación que es propia al existir una masacre pues la lesión a la integridad mental es un daño colateral.

#### **4.3. Presencia internacional en Guatemala ante el delito de genocidio**

Al igual que en el derecho interno, sujeto de derecho internacional es aquél que tiene la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones en el orden internacional y de reivindicar sus derechos ante la jurisdicción internacional. Esto último es lo que afirmó la Corte Internacional de Justicia en 1949, en la opinión consultiva sobre la reparación de perjuicios sufridos por Naciones Unidas.

La doctrina clásica afirma que los sujetos de derecho internacional eran los Estados. El gobierno es el ejecutor de las políticas públicas internas y de la política exterior del país y, por ende, el que forma parte de los sistemas multilaterales y de las instancias internacionales; ellos son los legisladores, ejecutores y vigilantes de la aplicación de las normas y al mismo tiempo son quienes se obligan a ponerlas en práctica en el orden interno. Por estas razones los Estados son quienes tienen la capacidad para ser sujetos de derecho internacional, es decir, para adquirir derechos y obligaciones y para

reivindicar esos derechos ante las instancias internacionales. Podemos afirmar que ésta es la definición ortodoxa de la doctrina.

La doctrina acepta esta idea en tres casos concretos: 1. Cuando son sujetos jurídicos de organizaciones internacionales; 2. En el ámbito de los derechos humanos, y 3. en los casos de responsabilidad por violación de las leyes penales internacionales. En el primer caso se habla de los funcionarios de las organizaciones internacionales, en el segundo de los individuos titulares de la reivindicación de los derechos humanos ante las instancias internacionales y en el tercero de los responsables de los crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Es de mucha relevancia calificar al conflicto armado que aconteció en Guatemala, entre 1962 y 1996, como conflicto armado interno y no como guerra. De haber acontecido la última calificación, los delitos cometidos, como genocidio, hubieran sido, indiscutiblemente, competencia de una corte internacional.

Ya en el ámbito penal internacional, de manera subsidiaria, se juzgarán a las personas individuales o físicas por la comisión de los delitos que estén contemplados como graves violaciones a los derechos humanos. El Derecho penal internacional implica una responsabilidad individual, la única posible en el Derecho penal, pues las personas jurídicas carecen de capacidad de acción o de omisión en el sentido del Derecho penal, con lo que no pueden realizar siquiera el primer elemento del delito en el sentido penal y por lo tanto no podrá imponérseles ni penas ni medidas de seguridad pertenecientes al Derecho penal.

Por lo expuesto es que grupos de la sociedad civil guatemalteca y personas individuales han procedido denunciar ante tribunales internacionales y estatales se accione penalmente en contra de personas individuales que ejercieron poder público y a las que consideran responsables de graves violaciones a los derechos humanos. En dichas denuncias no ha quedado fuera la responsabilidad del Estado de Guatemala, como ente responsable de garantizar la plena vigencia de dichos derechos y que es el llamado a resarcir materialmente a las víctimas o a los sobrevivientes de dichas atrocidades. Sin embargo dicho resarcimiento no implica que los sujetos responsables, material e intelectualmente, de las violaciones a los derechos humanos queden impunes, por el contrario, éstos deben responder penalmente por sus actos.

#### **4.3.1. Sanciones de la corte interamericana de derechos humanos contra Guatemala**

El Estado de Guatemala se ha sometido a organismos internacionales en materia de derechos humanos. Siendo que el Estado es parte del sistema regional de derechos humanos, de manera subsidiaria, la Corte Interamericana puede conocer denuncias planteadas en contra del Estado de Guatemala por violaciones a los derechos humanos. En este caso las sanciones van dirigidas al Estado y no a personas individuales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano que cierra el sistema de justicia regional en materia de derechos humanos, ya que es el único órgano jurisdiccional en el sistema interamericano de protección de estos derechos. La misma se regula con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y sus dos protocolos adicionales) y por otras normas (Estatuto de la Comisión Interamericana de



Derechos Humanos, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Reglamento de la Corte Interamericano de Derechos Humanos).

El Estado de Guatemala debe ser responsable en mantener permanentemente un esfuerzo para que se esclarezcan los hechos atroces cometidos durante el conflicto armado interno, aplicando la justicia y realizando una verdadera investigación en averiguación de la verdad alcanzando con ello un castigo ejemplar y justo para los responsables de delitos de lesa humanidad, específicamente el genocidio ya que los actos cometidos inundaron de sangre y dolor al país y esto no debe quedar impune, todos estos delitos fueron realizados en contra de personas inocentes, por lo tanto no es conveniente aplicar medidas sustitutivas a los acusados del delito, ya que se debe garantizar la no repetición de los mismos, y aplicar una sanción de acuerdo a las leyes nacionales y al derecho internacional humanitario.

Es el caso concreto que en Guatemala a los acusados de dichos delitos no debe aplicarse medida sustitutiva alguna, esto no solo por la gravedad de los hechos sino por los altos mandos que ocuparon en esos tiempos tan oscuros para el país, podrían inclusive hasta estos días obstaculizar las averiguaciones para saber la verdad de lo sucedido.

**4.4. Propuesta de proyecto de reforma por adición al Artículo 264 del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala**

DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**CONSIDERANDO:**

Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común y su deber es garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, y que los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

**CONSIDERANDO:**

Que el genocidio como delito ha sido declarado por la Corte Penal Internacional como el crimen de crímenes. Guatemala no es ajena, a poseer en su marco histórico, actos de genocidio, por lo que en nuestros días es un problema que afecta a la sociedad guatemalteca, repercutiendo en que la imagen internacional nuestro país sea negativa. Así como la masividad de las violaciones que se describen y la reiteración de las mismas en el área Ixil, sumadas a la intención de los hechores de destruir las comunidades maya Ixiles, por considerarlas afines a la guerrilla, dan a estos hechos carácter de actos genocidas.

**POR TANTO:**



En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

**DECRETA:**

La siguiente:

**REFORMA POR ADICIÓN AL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL,  
DECRETO 51-92 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**Artículo 1.** Se adiciona al quinto párrafo del artículo 264, el cual queda así:

“también quedan excluidos de medidas sustitutivas los responsables del delito de genocidio por la gravedad y la trascendencia nivel internacional, que este delito representa, y el latente peligro de fuga”.

**Artículo 2.** El presente Decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República, aprobado en un solo debate y entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

**REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.**

**EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL DÍA \_\_\_\_\_ DEL MES DE \_\_\_\_\_ DE DOS MIL \_\_\_\_\_.**

#### **4.5. Instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Guatemala contra el delito de genocidio**

- **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966).**

Decreto del Congreso número 9-92, del 19 de febrero de 1992.

Fecha de adhesión: 1 de mayo de 1992.

Fecha de depósito: 16 de marzo de 1992 –ONU.

Fecha de publicación: 11 de septiembre de 1992.

- **CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (1965).**

Decreto ley número 105-82, del 30 de noviembre de 1982.

Fecha de ratificación: 30 de noviembre de 1982.

Fecha de depósito: 18 de enero de 1983 –ONU.

Fecha de publicación: 6 de enero de 1984.

Existe reserva en el artículo 14 de la Convención.

- **CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (1984).**

Decreto del Congreso número 52-89, del 12 de octubre de 1989.

Fecha de adhesión: 23 de noviembre de 1989.

Fecha de depósito: 5 de enero de 1990 - ONU.

Fecha de publicación: 26 de abril de 1990.

- **PRIMER PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966).**

Decreto de Congreso número 11-96, del 14 de marzo de 1996.

Fecha de adhesión: 19 de junio de 2000.

Fecha de depósito: 28 de noviembre 2000 –ONU

Fecha de publicación: 3 de enero de 2001.

- **PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (2002).**

Decreto del Congreso número 53-2007, del 7 de noviembre de 2007.

Fecha de ratificación: 17 marzo de 2008.

Fecha de depósito: 9 de junio de 2008

Tratado en vigor partir de: 9 de julio de 2008

Fecha de publicación: 23 de julio de 2008.

- **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (1994).**

Decreto del Congreso número 18-96, del 28 de marzo de 1996.

Fecha de ratificación: 27 de julio de 1999.

Fecha de depósito: 25 de febrero de 2000 – OEA.

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2001.

- **PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS ÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES -PROTOCOLO I-.**

Decreto del Congreso 21-87, del 23 de abril de 1987.

Fecha de adhesión: 21 de septiembre de 1987.

Fecha de depósito: 19 de octubre de 1987 – ONU.

Fecha de publicación: 6 de septiembre de 1988.

- **PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL PROTOCOLO II).**

Decreto del Congreso 21-87, del 23 de abril de 1987.

Fecha de adhesión: 21 de septiembre de 1987.

Fecha de depósito: 19 de octubre de 1987 – ONU.

Fecha de publicación: 6 de septiembre de 1988.

- **ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

No está vigente.

- **CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.**

No está vigente.



- **CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO.**

Decreto legislativo número 704, del 30 de noviembre de 1949.

Fecha de ratificación: 13 de diciembre de 1949.

Fecha de depósito: 13 de enero de 1950 – ONU.

Fecha de publicación: 6 de enero de 1950.



## CONCLUSIONES

1. El delito de genocidio es considerado uno de los mayores crímenes en contra de la humanidad; por lo que es indispensable la exclusión del otorgamiento de medidas sustitutivas a los responsables de este delito.
2. El genocidio cometido durante el período de guerra, y la impunidad que acerca del mismo se ha generado, no permite que se consolide el Estado constitucional y democrático, que se ha querido estructurar a partir de los Acuerdos de Paz.
3. La importancia acerca del tema del genocidio va mucho más allá de la búsqueda de justicia en casos concretos se trata de terminar con la impunidad de estos hechos; con lo cual se logrará que se detengan políticas y cultura de racismo que ha imperado en la sociedad guatemalteca, principales causas que dieron origen a el genocidio.
4. En la actualidad no existe una concientización social de los efectos del conflicto armado y se tiene plasmada la ideología de división dentro de la propia sociedad; al extremo de difundir como una solución a los conflictos sociales un levantamiento armado interno, situación que podría producir acciones que deriven nuevamente en genocidio.
5. Las medidas sustitutivas son actos que facilitan la libertad de locomoción de una persona que ha cometido un delito, considerado como leve; sin embargo, el delito

de genocidio es de trascendencia internacional por lo que no es conveniente aplicar ninguna medida sustitutiva a los acusados de cometer un delito de tal magnitud.

6. Dentro de los mayores factores que han dado origen a que no exista una sentencia dictada en contra de los responsables de actos de genocidio, se puede mencionar: el poder político y la reserva de información acerca de actos de genocidio.

## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe reconocer el abuso de fuerza cometido en el conflicto armado interno, ya que dichos actos son de genocidio ejecutados por las fuerzas estatales especialmente en contra de comunidades mayas; y, a la vez, poner en practica políticas que constituyan un resarcimiento en los ámbitos social, cultural, moral y económico de los agraviados.
2. Es importante que los legisladores adicioneen al Artículo 264 del Código Procesal Penal un párrafo en el cual se prohíba el otorgamiento de medidas sustitutivas a los responsables del delito de genocidio por la gravedad del delito y la pena que se espera.
3. Es necesario que Guatemala ratifique, firme y deposite instrumentos internacionales, tales como: el Estatuto de Roma, para que la Corte Penal Internacional tenga jurisdicción para juzgar a los responsables del delito de genocidio.
4. El Estado de Guatemala, a través del Ministerio de Educación, las universidades del país y las Iglesias, debe asumir el rol de divulgadores de lo que ocurrió en el período de guerra que afrontó la sociedad guatemalteca, con el fin de que niños, jóvenes y adultos no olvidemos cuáles son las consecuencias de la intolerancia, y que estos hechos jamás vuelvan a ocurrir.



5. El Estado de Guatemala debe brindar un diligenciamiento oportuno en los procesos iniciados a responsables del delito de genocidio; y, con esto cumplir con el mandato constitucional de brindar justicia pronta y cumplida.



## BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal**, Tomo I. Argentina (s.e.), 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Ariel. España, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta S.R.L. Argentina, 1979.

CUÉLLAR CRUZ, Raúl. **Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal**. Argentina (s.e.), 2005

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Parte general y parte especial. 6ª Ed. Guatemala 1994.

DE MATA VELA, J. F. y De LEÓN VELASCO, H. A. **Derecho penal guatemalteco**. Parte general y parte especial. 8ª. ed.; Guatemala: Ed. Llerena, F & G Editores, 1996.

**DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española**, vigésima primera edición, ed. Espasa Calpe, tomo 1, Madrid, 1992.

Enríquez, C. (2000) **Revisión de las medidas de coerción de la prisión preventiva**. Instituto de Estudios comparados de Ciencias Penales. Guatemala.

GÓMEZ-ROBLEDO Verduzco, Alonso. **El crimen de genocidio en derecho internacional**. Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie año XXXV. número 105 septiembre-diciembre 2002.

LEMKIN, Raphael. **Axis rule in occupied Europe, Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress**, Washington, D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

LIPPMAN, Matthew. Genocide. En: **Bassiouni, M. Cherif. International Criminal Law**, second edition, volume I. Crimes. Transnational Publishers, New York, 1999.

LLAVERO, Francisco. **Patología psiquiátrica y genoma humano**. ARAN. Madrid. 1988.

Ministerio Público **Manual del fiscal**. ed. del Ministerio Público de Guatemala (s.e.), 1995.



**ROBINSON, Nehemiah. La Convención sobre Genocidio**, traducción de Natan Lerner, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.

**SARTRE, Jean-Paul. El genocidio, Situations VIII.** Buenos Aires, Losada, 1973, p. 47; y Tribunal Russell II: le jugement final, París, Gallimard, 1968.

**SERRANO, Mariol. El genocidio sobre la base de Nüremberg.** [en línea] Valoración crítica del tipo actual. Centro de Derechos Humanos de Nüremberg. <<http://www.menschenrechte.org/beitraege/straflosigkeit/beit006st.htm>> [consulta: 16 marzo de 2015]

**VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. Biografía política de Guatemala. Años de guerra y años de paz.** Volumen II. Guatemala: Ed. Flacso, 2004

#### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente 1986

**Código Penal.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73.

**Código Procesal Penal.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92.

**Ley Orgánica del Ministerio Público.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94.

**Ley del Organismo Judicial.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89.