

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

**EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN  
PENAL GUATEMALTECA Y EN EL DERECHO COMPARADO**

**MARÍA MAGDALENA BENAVENTE LARIOS**

**GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2005**

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

**EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN  
PENAL GUATEMALTECA Y EN EL DERECHO COMPARADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta

Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad San Carlos de Guatemala

Por

**MARÍA MAGDALENA BENAVENTE LARIOS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, Septiembre 2005

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana.  
VOCAL I: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis.  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez.  
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada.  
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio.  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**NOTA:** “ Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis” ( Artículo 25 del reglamento para los exámenes Técnico Profesional de Abogacía y Notariado y Público de Tesis ).

## ÍNDICE

Introducción .....	Pág. i
--------------------	-----------

### CAPÍTULO I

1. La discriminación y otras formas de intolerancia.....	1
1.1. Antecedentes históricos de la discriminación en Guatemala.....	1
1.2. Discriminación racial o racismo.....	5
1.3. Racismo contra los pueblos indígenas.....	7
<b>1.3.1. Discriminación legal.....</b>	<b>8</b>
1.3.2. Discriminación interpersonal.....	8
1.3.3. Discriminación institucional.....	9
1.3.4. Discriminación estructural .....	9
1.4. Doble discriminación.....	10
1.5. Discriminación indirecta.....	11
1.6. La xenofobia.....	13
1.7. La inmigración y la discriminación racial en España y Alemania....	14

### CAPÍTULO II

2. Derechos humanos y pueblos indígenas.....	18
2.1 Pueblos indígenas como sujetos de derecho.....	18
2.1.1 Pueblos indígenas.....	18
2.2 Derechos de los pueblos indígenas.....	20
2.2.1 Igualdad, libertad y dignidad.....	21
2.2.2 Derechos culturales.....	22
2.2.3 El derecho a la auto determinación cultural.....	24
2.3 Derecho consuetudinario.....	25
2.3.1 Derecho consuetudinario indígena o derecho indígena.....	26
2.3.1.1 Sistema jurídico maya.....	28

2.4	Estados multiétnicos y la protección a los derechos humanos...	29
		<b>Pág.</b>
2.4.1	Constitución Política de la República de Guatemala 1985....	32
2.4.2	Declaraciones convenios y tratados internacionales .....	36
2.4.2.1	Declaración Universal de Derechos Humanos.....	36
2.4.2.2	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	37
2.4.3	Convenio Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial....	37
2.4.4	Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	40
2.5	Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas...	41

### **CAPÍTULO III**

3.	Teoría general del tipo.....	44
3.1	Definición y función del tipo.....	44
3.2	Tipo sistemático y su evolución con tipo subjetivo y tipo de injusto.....	45
3.3	Tipos abiertos .....	48
3.4	Estructura y composición de tipo.....	48
3.5	Clases de tipos.....	50
3.5.1	Sujeto activo.....	51
3.5.2	La acción .....	52
3.5.3	El bien jurídico.....	53

**CAPÍTULO IV**

4. El delito de discriminación en la legislación penal guatemalteca y en el derecho comparado.....	54
4.1 El delito de discriminación en el código penal .....	54
4.2 Derecho comprado.....	58
4.3 La discriminación y la xenofobia en la legislación española y alemana.....	59
4.3.1 Constitución española de 1978.....	59
4.3.2 GRUNDGESETZ für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental para la República de Alemania).....	61
4.3.3 Código Penal español de 1995.....	63
4.3.4 Strafgesetzbuch (Código Penal alemán) .....	65
4.4 Propuesta de reforma al Código Penal guatemalteco.....	68
CONCLUSIONES.....	73
RECOMENDACIONES.....	76
ANEXO.....	77
BIBLIOGRAFÍA .....	89



## INTRODUCCIÓN

Las palabras de un reconocido analista político q'eqchi' han dado vueltas en mi cabeza desde la primera vez que las leí cuando hace unos meses empecé con esta investigación, él dijo “Nadie puede hablar de discriminación ni de cómo se siente si no lo ha vivido, un gesto, una mirada es suficiente”. Y efectivamente el interés por el tema de la discriminación nace en mi algunos meses antes a raíz de un incidente desagradable que me tocó vivir lejos de mi país, cuando ante un acto de discriminación del que había sido víctima, me sentí llena de rabia y con mi dignidad cómo ser humano completamente destrozada.

Al regresar a Guatemala puse más atención de cómo una sociedad históricamente excluyente llevaba a cabo sus relaciones interculturales. Ahora se hablaba de la discriminación ya no como una expresión de opinión o como algo “normal”, como han descrito a este dañino fenómeno social algunas personas con las que me he encontrado en el curso de esta investigación, sino se hablaba del delito de discriminación, lo que es un gran avance en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Expresiones como “aquí no hay discriminación” o “déjele ese tema a ellos, los indígenas” denotan la invisibilidad que ha tomado este tipo de agresión, la indiferencia con la que no todos, pero sí, la mayoría de la población mestiza ve esta problemática social y que la discriminación racial se ha filtrado a todos los niveles incluso de la Universidad Nacional de la que el pueblo de Guatemala es el cimiento de su gloriosa existencia.

La alarmante dimensión de la discriminación y la diversidad de sus manifestaciones dificulta la tarea de su tipificación penal y Guatemala no lo ha hecho de la mejor manera, el precepto legal resulta bastante confuso y de él no es posible conocer concretamente las características que debe tener una acción para que se considere delito de discriminación.

Son varios los países del mundo que contemplan el delito de discriminación o sancionan conductas de xenofobia y de intolerancia, entre ellos Alemania, Austria, Cuba, España, México, etc. Resulta desde ya sumamente instructivo conocer como tipifican este delito países que están presidiendo el desarrollo de la ciencia del derecho penal.

La presente investigación desarrolla en cuatro capítulos desde los antecedentes históricos de la discriminación en Guatemala, haciendo una distinción entre discriminación, racismo y xenofobia, como se subdividen las diferentes manifestaciones de discriminación de la que es objeto el pueblo indígena y la especial vulnerabilidad de la mujer indígena frente a la discriminación de género y el racismo. Se resalta la importancia y se definen derechos fundamentales que se ven vulnerados por la discriminación y se conoce la actual situación de los derechos humanos en Guatemala como en otras partes del mundo.

Por otra parte la teoría general del tipo no se puede quedar fuera de esta investigación, de manera que se hace una recopilación de propuestas que hacen en cuanto un jurista alemán y un español.

Y por último se hace un acercamiento jurídico con las legislaciones de España y Alemania para dar a conocer las características de dichas legislaciones, acompañadas de una propuesta de reforma al Código Penal guatemalteco.

Como beneficios de esta investigación se pretende, buscar el perfeccionamiento de las normas que tipifiquen la discriminación en sus diferentes manifestaciones, medir la evolución de la ciencia del derecho penal en Guatemala y crear un instrumento de referencia para posteriores reformas.

## **DEDICATORIA**

### **A mis padres**

Han sido un gran ejemplo a seguir, con sus sabios consejos y apoyo he podido alcanzar mis sueños.

### **A mi esposo**

Esta meta la hemos alcanzado juntos, gracias al amor y paciencia que me ha brindado ha sido posible.

### **A mi hija**

Anna Julia, que es la fuerza que me empuja a seguir adelante en la búsqueda de un mejor futuro.

### **A mis hermanos y hermanas**

Quienes con su amistad y alegría me han ayudado a recorrer el camino hasta llegar a esta meta.

### **A mi familia en general**

### **A mis amigos**

Especialmente a David Granados por la ayuda incondicional.

### **Al pueblo de Guatemala**

Que es el cimiento de la gloriosa Universidad San Carlos de Guatemala.

## CAPÍTULO I

### 2. La discriminación y otras formas de intolerancia

#### 2.1. Antecedentes históricos de la discriminación en Guatemala.

Para poder explicar los antecedentes del problema de la discriminación en la sociedad guatemalteca es necesario remontarse a los orígenes de la diversidad étnica, racial y cultural que existe en el territorio guatemalteco:

De los primeros pobladores de Mesoamerica<sup>1</sup> se produjo con sucesivas oleadas migratorias, de pueblos nómadas por el estrecho de Bering, de esa cuenta los indígenas guatemaltecos pertenecen a dos corrientes poblacionales distintas con raíces asiáticas en el caso de los Mayas y Xinkas. En el caso del pueblo Garifuna procede del Caribe y se asentó en Guatemala hace menos de 200 años sus raíces son africanas, arawak y caribe. Además la extraordinaria biodiversidad del territorio Americano es una de las causas de la aparición de múltiples culturas en la región, por ejemplo los Mayas provenientes de una raíz cultural común se distribuyeron en diferentes regiones de distintas características geográficas y climáticas, demandando de ellos el desarrollo de diferentes actividades para su supervivencia acentuando en las poblaciones cambios de carácter político cultural y separación idiomática en 30 comunidades lingüísticas que habitan en Guatemala, México, Honduras y Belice<sup>2</sup>, de las cuales 23 expresiones socioculturales habitan en Guatemala.

Luego la invasión y colonización de América por los españoles, quienes cortaron abruptamente el tejido social y las instituciones que en aquel entonces regían la vida de los pueblos indígenas.

---

<sup>1</sup> Término introducido por Paul Kirchhoff para designar la región que ocuparon los pueblos indígenas entre el río Panuco en el norte y al sur Guatemala y Honduras

<sup>2</sup> Florescano, Enrique, **Etnia, estado y nación**, pág. 23.

En Inter Caetera, concedida por el Papa Alejandro VI en 1493 al Rey y la Reina de España a raíz del viaje de Cristóbal Colón a la isla que llamó La Española, quedó oficialmente establecido el dominio cristiano del nuevo mundo. En esta bula se autorizaba la subyugación de los habitantes autóctonos y de sus territorios, y todas las tierras recién invadidas y por invadir quedaban divididas en dos: España obtenía los derechos de conquista y dominio de una parte del planeta y Portugal, de la otra. Por el Tratado de Tordesillas (1494), suscrito después, se volvió a dividir el territorio invadido, de tal manera que la mayoría de los brasileños hablan hoy portugués y no español, como en el resto de América Latina. Las bulas papales nunca han sido revocadas, pese a que los representantes indígenas han pedido al Vaticano que considere la posibilidad de hacerlo.

Los conquistadores pusieron su interés en la fuerza de trabajo indígena siendo sometidos a esclavitud, explotación, la exclusión dentro de un sistema de retribución y trabajos forzados, para justificar esta segregación los conquistadores configuraron un estereotipo del indígena como un ser inferior y salvaje, como consecuencia de ello y como otra forma de demostrar superioridad las mujeres indígenas fueron violadas por los invasores o asignadas a trabajos domésticos en casas de familias españolas, dando así paso al mestizaje. En la época colonial se ordeno la jerarquía social en base a la discriminación racial, esta política de no integración creo un sociedad dividida en castas, acompañando la discriminación racial, se ejecutó una discriminación cultural que se manifestó en el desconocimiento, destrucción sistemática y negación de la cosmovisión y de las culturas indígenas bajo el pretexto de la cristianización.

Actualmente la población indígena constituye mayoría numérica en relación a la población mestiza. Con la derrota del pueblo Maya<sup>3</sup> quedaron las bases para desarrollar una sociedad exclusionista, desigual y discriminatoria que nace de la polaridad vencedor-vencido y en la idea de una superioridad racial por parte del grupo dominante.

Por otra parte las leyes constituyen normas de conducta que imponen deberes y conceden derechos a los ciudadanos y ha dependido en gran manera del comportamiento exclusionista de la sociedad la normativa jurídica de corte discriminatorio implementada e impulsada por el Estado. En lo que corresponde a antecedentes en el marco de la legislación guatemalteca, es conocido que con el nacimiento de la Republica de Guatemala no mejoró la situación de los pueblos indígenas, a pesar de que el 11 de marzo de 1945 la Asamblea Nacional Constituyente promulgo la nueva Constitución Política de la República de Guatemala incorporó el derecho al sufragio de la mujer alfabeta y de los varones analfabetos con carácter optativo y público. De esta manera con la Revolución de Octubre se inició la emancipación legal de la población indígena y el ejercicio de los derechos ciudadanos<sup>4</sup> lo que de alguna manera podría considerarse como un pequeño avance jurídicamente hablando, empero en la práctica las diferencias sociales y raciales se mantuvieron y se reforzaron permitiendo un sistema de explotación capitalista y una dominación política.

En Guatemala el racismo llegó en los años 80s a niveles de genocidio cuando el Estado se organiza de acuerdo a una ideología de limpieza étnica y religiosa. Dentro de esta violencia la población indígena es la que se vio mas afectada.

---

<sup>3</sup> La expresión “pueblo Maya” se entiende como ha sido definida en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, pág. 34.

<sup>4</sup> Oficina Internacional del Trabajo, Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad de Defensa Legal de los Pueblos Indígenas en América Central, **Guatemala: Leyes y regulaciones en materia indígena (1944-2001)** Pág. 5.

El genocidio llega a sus más altos índices con la política de tierra arrasada del General Ríos Montt, los datos son contundentes: en los 17 meses de su gobierno, 15 a 16 mil personas fueron ejecutadas, más de mil desaparecidas, 170 aldeas y poblados fueron masacrados, 15 personas fueron fusiladas, más de un millón de personas fueron desplazados internamente y 90 mil buscaron refugio en México principalmente.<sup>5</sup>

Por su parte la Comisión de Esclarecimiento Histórico concluyó *“...que la innegable realidad del racismo como doctrina de superioridad expresada permanentemente por el Estado constituye un factor fundamental para explicar la especial saña e indiscriminación con que se realizaron las operaciones militares contra centenares de comunidades mayas en el occidente y noroccidente del país, en particular entre 1981 y 1983 cuando se concentraron mas de la mitad de las masacres y acciones de tierra arrasada en su contra.*

De tal manera que las desigualdades en el pueblo guatemalteco son consecuencia de un largo camino de opresión, una larga guerra civil que obligó a poblaciones enteras a emigrar a otro país dejando atrás todo lo que tenían en su país natal y de la falta de políticas públicas para el desarrollo sociocultural en igualdad de condiciones y oportunidades, dando paso a que la discriminación se alimente de las grandes diferencias económicas, de las que la mayor parte de la población en pobreza o extrema pobreza es indígena.

Los Acuerdos de Paz, reconocen que los pueblos indígenas han sido históricamente discriminados y excluidos. El Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, indica que: *“ los pueblos indígenas han sido particularmente sometidos a niveles de discriminación de hecho, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua, y que, como muchos otros sectores de la colectividad nacional, padecen de tratos y de condiciones de desigualdad e injustas por su condición económica y social ”*, se considera también la importancia del reconocimiento de la realidad

---

<sup>5</sup> Figueroa Ibarra, Carlos. **Cultura de terror y guerra fría en Guatemala**, pág. 33.

de la discriminación racial y de la importancia de superarla, reconoce la vulnerabilidad de las mujeres que son doblemente discriminadas por ser mujeres e indígenas, así a través de éste Acuerdo el Estado de Guatemala se compromete a la tipificación de las discriminación como delito constituyendo una gran avance en la lucha contra la discriminación.

Es importante destacar la tarea de líderes indígenas que han luchado por el reconocimiento de sus derechos “ El racismo ha sido históricamente una bandera para justificar las empresas de expansión, conquista, colonización y dominación y han marchado de la mano de la intolerancia, la injusticia y la violencia.”<sup>6</sup>

## **2.2.Discriminación racial o racismo**

El problema de la discriminación o como otros autores lo llaman “nuevo racismo” radica en que surge en un contexto de colonialismo, que trata de justificar un sistema de desigualdades, de explotación y de dominación. No hay un solo racismo y este no opera con las mismas lógicas, y no es un fenómeno estático sino que se renueva y transforma constantemente por eso se habla de la metamorfosis del racismo por su capacidad de mutación.

*El racismo es un fracaso de las relaciones sociales, es una pérdida de la interacción y de las relaciones de comunicación entre grupos y de culturas diferentes que conviven en un mismo espacio o territorio. Por ella la valoración de esas diferencias reales o imaginarias, detrimento de unos y a favor de otros, sirve para avalar una situación de explotación, opresión y justificar un sistema de dominación.*<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Rigoberta Menchú Tum., dirigente indígena guatemalteca, laureada con el Premio Nobel de la Paz. En el simposio “ Problema del racismo en el umbral del siglo XXI”.

<sup>7</sup> Casaús Arzú, Marta Elena, **La metamorfosis del racismo en Guatemala**, Guatemala, Cholsamaj, pág. 43.

Entendemos entonces que el racismo no es simplemente una doctrina o una ideología ni mucho menos únicamente una opinión o un prejuicio o temor frente a otros. *Es la valoración generalizada o definitiva de unas diferencias, biológicas o culturales, reales o imaginarias, en provecho de un grupo en detrimento del otro con el fin de justificar una agresión y un sistema de dominación. Estas actitudes pueden expresarse como conductas imaginarias, prácticas racista o ideologías que como tales se expanden a todo el campo social formando parte del imaginario colectivo. Puede proceder de una clase social, de un grupo étnico o de un movimiento comunitario; o provenir directamente de las instituciones o del Estado[...]* Puede ocupar distintos espacios de la sociedad, dependiendo de que la relación de dominación tenga su origen en una clase, un grupo étnico, un movimiento comunitario o el Estado.<sup>8</sup>

El problema del racismo radica en su dispersión, su magnitud y en los diferentes ámbitos en los que opera y sus complejas mutaciones con las que se manifiesta.

En un Informe presentado por la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Inmigrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, considera que cuando el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, equivalen a racismo y discriminación racial, constituyen graves violaciones de todos los derechos humanos y obstáculos al pleno disfrute de esos derechos, niegan la verdad evidente de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, constituyen un obstáculo a las relaciones pacíficas y de amistad entre los pueblos y las naciones, y figuran entre las causas básicas de muchos conflictos internos e internacionales, incluidos conflictos armados, y el consiguiente desplazamiento forzado de poblaciones.

---

<sup>8</sup> **Ibid.**

### **2.3. Racismo contra los pueblos indígenas**

La colonización es el denominador común de la trayectoria histórica de la mayoría los pueblos indígenas del mundo, o "pueblos primigenios" como algunos autores prefieren llamarlos. En el nuevo mundo, los colonizadores europeos blancos llegaron y se asentaron sin más ni más, con resultados drásticos. Los pueblos indígenas fueron apartados y marginados por los descendientes dominantes de los europeos. Algunos pueblos han desaparecido, o están a punto de desaparecer. A pesar de ello existen países en los que la población indígena es mayoritaria, pero hasta en esas zonas los pueblos indígenas suelen estar en desventaja. Los pueblos indígenas de América Latina siguen haciendo frente a los mismos obstáculos que los pueblos indígenas de otras partes del mundo; primordialmente, están separados de sus tierras. Y esa separación suele basarse en distinciones derivadas originalmente de la raza.

En 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías organismo subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, encargó al Relator Especial Martínez Cobo, del Ecuador, que realizara un estudio sobre "El problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas". Ese estudio monumental, que finalmente se completó en 1984, aportó documentación exhaustiva sobre la discriminación contra los pueblos indígenas en los tiempos modernos y su precaria situación. En el informe se catalogó una amplia variedad de leyes vigentes para proteger a los pueblos autóctonos: algunas eran discriminatorias en concepto y otras eran pasadas por alto constantemente por la comunidad dominante. El resultado era que la constante discriminación contra los pueblos indígenas ponía en peligro su existencia. El establecimiento del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones Indígenas en 1982 fue resultado

directo del estudio de Cobo. En sus conclusiones, el Relator Especial observó que los pueblos indígenas "ocupaban el escalón inferior de toda la estratificación socioeconómica. No tenían las mismas oportunidades de empleo ni igual acceso que los otros grupos a los servicios públicos y/o a la protección en las esferas de la salud, las condiciones de vivienda, la cultura, la religión y la administración de justicia. No podían participar significativamente en la vida política". El Relator Especial pidió a la comunidad internacional que "prestase atención a la dolorosa discriminación que se practicaba contra las poblaciones indígenas, uno de los sectores más grandes pero más débiles de la población mundial"<sup>9</sup>

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen indica que de hecho existen varios tipos de discriminación racial, de los cuales en Guatemala existen todos los tipos, algunos en mayor presencia que otros:

**1.3.1 Discriminación legal:** La legislación guatemalteca padece de grandes lagunas, y no se adecua precisamente a las necesidades de una sociedad multiétnica, la legislación vigente ha sido manoseada de acuerdo a las presiones políticas de momento. Esta omisión de leyes con enunciados favorables dificulta el pleno disfrute, por los pueblos indígenas de todos sus derechos humanos.

**1.3.2 Discriminación interpersonal:** Se manifiesta en actitudes de rechazo, exclusión hacia los indígenas por parte la población dominante. También los medios de comunicación masiva

---

<sup>9</sup> Martínez Cobo, José, **Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, volumen V: Conclusiones, propuestas y recomendaciones, introducción, párr. final.**

trasmiten estereotipos y prejuicios dañinos, que se repiten en conversaciones y actitudes personales dañinas para la población indígena.

**1.3.3 Discriminación institucional:** Se refleja en la asignación del gasto público y de bienes colectivos, que es evidentemente desfavorable para los pueblos indígenas. Se manifiesta también por ejemplos en la pobreza asociada a la condición de indígena, la poca participación en la administración pública. La población indígena es la menos beneficiada de la inversión del gasto público, las instituciones educativas y de salud, la administración de justicia y otros servicios son de poco acceso.

**1.3.4 Discriminación estructural:** esta discriminación se manifiesta por medio de mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas son y fueron excluidos históricamente del acceso a los recursos económicos, políticos e institucionales necesarios para convivir en condiciones de equidad con el resto de la población guatemalteca.<sup>10</sup>

De hecho, la discriminación y el racismo son las causas de los problemas que sufren los pueblos indígenas, discriminación que es igual de dañina indistintamente de que se exprese por la renuencia de muchos Estados a reconocer su derecho a la libre determinación o por el absurdo rechazo del uso de la expresión "pueblos indígenas", en contradicción de toda lógica y buen juicio y pretendiendo, de paso, hacer creer que los diferentes pueblos

---

<sup>10</sup> Stavenhagen, Rodolfo, **Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2003**, pág. 14.

indígenas del mundo carecen de un idioma, una historia o una cultura propios, o por la insistencia del mundo dominante en que los pueblos indígenas no poseen su propio sistema ancestral y dinámico de conocimientos y leyes.

#### **2.4. Doble discriminación**

Se conoce ya que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico por lo que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición.

Especialmente difícil se torna la lucha cuando la discriminación, dado que afecta a diferentes grupos minoritarios de la sociedad, y aun mas difícil es la protección de grupos de personas mas reducidos que por sus características personales, se encuentran en un plano de especial vulnerabilidad:

Una doble discriminación, que pueden ser por varios motivos, en Europa por ejemplo la violencia y rechazo que sufren personas homosexuales y enfermos de SIDA o/y extranjeros; o para mencionar un ejemplo en Guatemala (y también de otras partes del mundo) la discriminación por razón de género y racial, que se manifiestan en: menor remuneración por la realización de un trabajo de igual valor, índices elevados de analfabetismo y acceso limitado a la atención de la salud. Si bien la desigualdad basada en la raza es diferente de la basada en el género, estas formas de discriminación no se excluyen mutuamente. De hecho, con demasiada frecuencia se entrecruzan dando lugar a una discriminación agravada o discriminación por doble motivo. Para muchas mujeres, los factores relacionados con su identidad social, como la raza, el color, el origen étnico y el origen nacional se convierten en

diferencias que tienen una enorme importancia. Esos factores pueden crear problemas que afectan sólo a grupos particulares de mujeres o que afectan a algunas mujeres de manera desproporcionada en comparación con otras.<sup>11</sup> Este tipo de discriminación no se manifiesta únicamente frente a otros sectores de la sociedad no indígenas, sino en muchos casos la discriminación por género se da en el interior de sus comunidades.

Es especialmente alarmante la vulnerabilidad a la discriminación que sufren las mujeres indígenas guatemaltecas, existe una invisibilidad de este sector de la población quienes en muchos casos se ven triplemente discriminadas.

## **2.5.Discriminación indirecta**

Olivier De Schutter, Profesor de la Facultad de Derecho de la UCL, en un resumen informe preparado para el *Migration Policy Group* (Grupo de la Política de Migración) destaca que la cuestión de la prueba de la discriminación ocupa un lugar estratégico en la prohibición de ésta y que en efecto, desde el momento en que está prohibida la discriminación evidente, el autor de la misma tendrá la tentación de llevar a cabo la discriminación, pero sin que ésta sea descubierta con facilidad por parte de un observador. En especial, podrá querer ocultar la discriminación con procedimientos, prácticas o el recurso a criterios no discriminatorios en apariencia, pero no obstante previstos con el fin de producir una exclusión semejante a la que produciría una discriminación evidente. Las directivas del Consejo Económico y Social de las Naciones

---

<sup>11</sup> Conferencia Mundial Contra el Racismo Durban, **En la encrucijada de la doble discriminación, por motivo de género y racial**, carpeta de prensa.

Unidas<sup>12</sup> responden de dos formas al reto planteado por la eliminación de las discriminaciones de estas estrategias de ocultación. Por un lado, disponen la ampliación del ámbito de la prohibición de la discriminación desde la discriminación directa hasta la discriminación indirecta.

Para estos efectos se considera discriminación indirecta, el recurrir a una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros cuando éstos sean “susceptibles de implicar una desventaja particular” para personas que presenten una característica determinada, a menos que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica estén justificados objetivamente por un objetivo legítimo y los medios para cumplir dicho objetivo sean apropiados y necesarios<sup>13</sup>

La primera cuestión es la del vínculo entre la definición de la discriminación indirecta prohibida y el recurso a un método particular de la prueba de la discriminación, consistente en el recurso a datos estadísticos, que las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE admiten sin por ello imponerlo a los Estados Miembros. La segunda cuestión es la del recurso a los tests de situación con el fin de determinar la existencia de una discriminación prohibida.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo Económico, de 29 de junio de 2000, relativa a la **aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico**, pág. 22; y Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al **establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación**, pág. 16.

<sup>13</sup> Artículo 2, apartado 2, b), de la Directiva 2000/43/CE; Artículo 2, apartado 2, b), de la Directiva 2000/78/CE.

<sup>14</sup> Estas cuestiones son abordadas de forma más detallada en *O. De Schutter, “Discriminations et marché du travail”. “Liberté et égalité dans les rapports d’emploi”, Bern-Oxford-New York-Wien, P.I.E. Peter Lang, 2001.*

## 2.6. La xenofobia

Esta fundada en reacciones de odio y miedo ante lo desconocido o ante lo diferente, con bases psicológicas, la xenofobia es un fenómeno peligroso y feroz capaz de desatar guerras, como ha sucedido ya, en pleno siglo XX.

Reconocer que la xenofobia, en sus diferentes manifestaciones, es una de las principales fuentes y formas contemporáneas de discriminación y conflicto, y que para combatirla los Estados tienen que prestarle urgente atención y adoptar rápidamente medidas, como primeros pasos para afrontar esta problemática.

Existe un vacío bibliográfico y jurídico en Guatemala que defina y prohíba la xenofobia, lo que no significa que no existan o que no pueda presentarse en la sociedad guatemalteca, de hecho la ciudad de Quetzaltenango durante las gestiones de un alcalde de origen indígena se manifestaron actitudes xenofobias, cuando algunos sectores de la población pintarrajearon en las paredes de la ciudad consignas que incitaban al odio y la violencia contra parte de la población por razones raciales. Estos sectores que por conveniencia propia o pugnas de poder practican la discriminación hasta las últimas consecuencias, quienes al verse perdiendo el control del sistema de explotación a base de la discriminación, podrían desembocar su desesperanza en odio y violencia en contra de otros sectores.

La definición y tipificación de la xenofobia puede ayudar a prevenir males mayores en la sociedad, los enfrentamientos *etnonacionalistas*<sup>15</sup>, que consisten en pensar que la raza blanca o etnia son el motor principal de la

---

<sup>15</sup> El término fue mencionado en una conferencia, por la Dra. Marta Elena Casaús dentro de las actividades conmemorativas del día internacional de eliminación de la discriminación racial y la semana de la solidaridad con los pueblos que luchan contra el racismo y la discriminación racial del 18 al 26 de marzo del 2004.

nación, son evitables a través del reconocimiento de la problemática y la toma de medidas legales de prevención.

## **2.7.La inmigración y la discriminación racial en España y Alemania**

La discriminación racial no es un problema solo de Guatemala, de países integrados por pueblos indígenas o de países en vías de desarrollo, la discriminación lamentablemente es un fenómeno que padecen un gran número de sociedades del mundo; este fenómeno de gran antigüedad no solo persiste sino se agrava y aparecen nuevas manifestaciones de intolerancia y exclusión por motivos de raza, religión, origen nacional, etnia, cultura, idioma, religión, etcétera. Según la Organización Mundial para las Migraciones<sup>16</sup>, la mayor cantidad de inmigrantes internacionales se encuentran en Asia, Estados Unidos y Europa, debido a esto España y Alemania son países receptores de una gran cantidad de inmigrantes provenientes su mayoría de África, Latino América, India, Turquía, Países Árabes y de otros países europeos, estos inmigrantes, sus hijos nacidos en territorio extranjero ( en el que residen), los hijos de parejas internacionales, son objeto de discriminación en el trabajo, escuela, en el acceso a la salud, a raíz de su raza, idioma, etnia, origen nacional, o aspecto físico que los hace diferentes al resto de la población. Tienen problemas en el acceso a servicios médicos, o la negativa de prestar un servicio simplemente por el color de piel, son algunas de las manifestaciones de discriminación que independientemente de su situación legal viven a diario miles de extranjero residentes en Europa.

La preocupación de estos países (España y Alemania) por la discriminación de hecho, que es una realidad en sus sociedades, se ve reflejada

---

<sup>16</sup> En un documento presentado para la Conferencia Mundial Contra el Racismo.  
[www.un.org/spanisch/CMCR/](http://www.un.org/spanisch/CMCR/) (20 de febrero de 2005)

en la legislación penal de cada uno de ellos, ambos países tienen contemplados en su Código Penal, delitos que tipifican conductas discriminatorias y xenofóbicas, con sanciones severas que van desde inhabilitación para trabajar o ejercer cargo público hasta la privación de la libertad.

Erróneamente se ha pensado que los países desarrollados han superado el fenómeno social de discriminación, esa creencia es consecuencia del poco acceso que se tiene a la información, cultural, noticiosa y jurídica de Europa por la mayoría de la población en países en vías de desarrollo. Pero teniendo la oportunidad de visitar España y Alemania y vivir en ellos como extranjero, permite darse cuenta que los nazis no han desaparecido completamente y que de vez en cuando salen a las calles a manifestar sus ideas de superioridad racial.

El aumento de las manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y de trato inhumano y degradante contra los migrantes en diferentes partes del mundo fue uno de los factores que indujeron a la creación del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes y luego a nombrar un Relator Especial para los derechos humanos de los migrantes. Posteriormente, en la Declaración del Milenio los Estados resolvieron adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades<sup>17</sup>.

La Relatora Especial subrayó la necesidad de formular políticas encaminadas a combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia basadas en datos estadísticos fiables que permitieran la adopción de medidas eficaces. Como preparativos para la

---

<sup>17</sup> Resolución 55/2 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2000, párr. 25.

Conferencia Mundial contra el Racismo<sup>18</sup> presentó un informe sobre la discriminación contra los migrantes, que analizaba el fenómeno y señalaba la urgencia de diseñar y llevar a la práctica estrategias integrales que permitieran atacar el fenómeno desde múltiples ángulos, prestando particular atención a la situación de la mujer migrante.

Pero a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia ha señalado que, pese al compromiso contraído por la comunidad internacional las manifestaciones de esos fenómenos siguen siendo alarmantes y muestran dos fuertes tendencias: 1) El arraigo, resurgimiento y vitalidad de las formas tradicionales de discriminación racista basada en el color de la piel; 2) La aparición de nuevas formas de discriminación contra los no nacionales, los refugiados y los inmigrantes.

Por otro lado, el terrorismo internacional está creando en determinados países europeos un clima de desconfianza social y sospecha contra el extranjero, que afecta especialmente a los inmigrantes y, pese a los esfuerzos de muchos gobiernos, los ataques contra minorías van en aumento<sup>19</sup>.

En España por ejemplo han existido campañas de criminalización de la inmigración desde algunas fuerzas políticas y medios de comunicación en varios países europeos, en las que se vincula directamente la inmigración con los altos índices de delincuencia. El Ministerio de Interior atribuye a la inmigración el aumento de la criminalidad en más de 9.8%», decía un titular de

---

<sup>18</sup> Celebrada en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

<sup>19</sup> Por ejemplo, en su informe anual sobre racismo y xenofobia el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia cifra en miles los casos de agresiones y de violencia por motivos racistas ocurridos durante el año 2003 en los Estados miembros de la Unión Europea. Véase al respecto *Racism and Xenophobia in the EU Member States trends, developments and good practice EUMC – Annual Report 2003/2004, Part 2*, págs. 48 a 67. El texto del informe puede consultarse en: <http://eumc.eu.int/eumc/material/pub/ar03/AR0304p2-EN.pdf>.

El País, 3 de Enero, 2002. «El director de la policía achaca a la inmigración irregular la subida de la delincuencia en un 10.52%», decía otro en El País, 11 de Febrero, 2001

La Relatora Especial considera que a pesar de que los datos desmitifican muchas veces esa imagen, este tipo de mensajes políticos e informaciones fomentan estereotipos xenófobos y sentimientos racistas.

## CAPÍTULO II

### Derechos humanos y pueblos indígenas

#### 2.6 Pueblos indígenas como sujetos de derecho

Los derechos de los pueblos son derechos colectivos, cuando de habla de que los pueblos indígenas tienen sus derechos, no se está diciendo que tengan derechos individuales que el resto de la población no disfruta, sino que se les respeten los que les corresponden como miembros del Estado, conjuntamente con los que les son inherentes como pueblos indígenas, como distintos culturalmente, cultura que es la fuente de la que emanan tales derechos, y son los pueblos indígenas como tales los que tienen la potestad de reclamar tales derechos, por lo que es necesario aclarar que se entiende por pueblos indígenas.

##### 2.6.1 Pueblos Indígenas

Los pueblos indígenas de manera colectiva o a través de sus representantes se han preocupado por definir los rasgos que los caracterizan como tales.

En el Segundo Congreso Indígena Interamericano, celebrado en Cuzco, Perú en 1949 en su resolución número 10 se definió de la siguiente manera:

*“ El indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia social de su condición humana, asimismo considerado por propios y*

*extraños, en su sistema de trabajo, en su lenguaje, en su tradición, aunque estas hallan sufrido modificaciones por contactos extraños”<sup>20</sup>*

El Consejo Indio de Sudamérica por su parte hace la siguiente definición:

*“ Los pueblos indios somos los descendientes de los primeros pobladores del Continente: tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida, estamos nuevamente unidos para encabezar nuestra liberación total del colonialismo occidental”<sup>21</sup>*

En 1957 la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 107 Sobre la Protección de las Poblaciones Indígenas y Tribales, pero este Convenio tenía ideas integracionista y de asimilación de los pueblos indígenas y denominaba así, a los pueblos indígenas como poblaciones temporales en transición hacia su integración.

Como resultado se dieron críticas por parte de las organizaciones indígenas, quienes no habían participado en la creación de dicho Convenio y no estaban de acuerdo en varios aspectos de éste, de esa cuenta que se inició la revisión del Convenio 107 y dio posteriormente como fruto el nacimiento del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, éste nuevo Convenio presume la existencia permanente y perdurable de los pueblos indígenas si éstos así lo deciden, en el que se incluye con carácter esencial el término de *pueblos* en lugar de *poblaciones*.

Como pueblo entonces, reconoce a una colectividad con cultura, identidad, creencias y organizaciones propias, así como una relación especial con la tierra.

---

<sup>20</sup> Stavenhagen, Rodolfo, **Derecho indígena y derechos humanos en América Latina**. Citado por López Barcenás, Francisco, **El pueblo indígena como sujeto de derecho**. Pág. 16.

<sup>21</sup> **Ibid.**

Según el Convenio 169 son considerados pueblos indígenas: “...por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas... La utilización del termino *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferírsele a dicho término en el derecho internacional...” (Art. 1) El Convenio 169 está ratificado por Guatemala por lo que es ley vigente y para los efectos de la presente investigación se entenderá el término pueblos indígenas, según éste Convenio.

## **2.7 Derechos de los pueblos indígenas**

La preocupación por los Derechos universales individuales y derechos humanos colectivos a puesto los ojos de la comunidad internacional en los pueblos indígenas como sujetos de derecho, poseen derecho colectivos cuando se refiere a pueblos o grupos de personas, estos derechos son tan importantes como los derechos individuales, ya que protegen la forma de vida, formas de organización social, cultura, idiomas y las creencias religiosas propias de los pueblos indígenas.

Es decir que como miembros del Estado tienen derecho a la dignidad, igualdad, libertad y justicia, y como pueblos indígenas a la identidad cultural, protección como grupos étnicos; al reconocimiento de sus instituciones y autoridades, sistema jurídico, usos y costumbres; y a la autodeterminación.

### **2.7.1 Igualdad, libertad y dignidad**

“Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación desfavorable fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas.” Artículo 2 del Proyecto de declaración de derechos de los pueblos indígenas, el cual se encuentra en su etapa de revisión en las Naciones Unidas.

La igualdad, libertad y dignidad son principios inseparables que no se le pueden negar a ningún pueblo o persona por razón alguna, son la base del estado de derecho y garantizan la convivencia pacífica de los pueblos, la tolerancia, el respeto y la convivencia tienen que aprenderse, empezando desde la familia y la escuela, respetar las diferencias se traduce en igualdad, en la necesidad del reconocimiento de la misma dignidad, para vivir en libertad.

El principio de no discriminación es un principio fundamental, que asegura la plena vigencia del principio de igualdad de trato, dignidad humana, prohibiendo toda exclusión o menoscabo, fundado en criterios distintos de la capacidad o idoneidad o de superioridad, por razones raciales, étnicas, género, edad, discapacidad, enfermedad, etc.

Debe tenerse en consideración que el pleno reconocimiento y validez de estos principios en un sistema jurídico hace necesario que existan mecanismos legales, judiciales y administrativos eficaces, que garanticen cabalmente a aquellas personas que puedan verse afectadas por algún acto discriminatorio un resarcimiento en sentido amplio, esto es, que se establezcan claramente las acciones y procedimientos que puedan iniciarse para poner término a las consecuencias perjudiciales y reparar los daños que puedan resultar del acto discriminatorio.

Es necesario mencionar también la gran importancia de los valores de solidaridad, respeto, tolerancia y multiculturalismo, que constituyen el fundamento moral y la inspiración en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia.

### **2.7.2 Derechos culturales**

En primer plano se debe tratar de definir el concepto de cultura para lo que a continuación se copilan una serie de apreciaciones de diversas personas acerca de lo que es la Cultura:

"Básicamente la cultura consiste en contenidos de conocimiento y pautas de conducta que han sido socialmente aprendidos. La cultura pues, requiere un proceso de aprendizaje, el cual es social, lo que no sólo quiere decir que nace de la interacción humana, sino que la cultura consiste en patrones comunes a una colectividad. " Giner, S. ( 1988) Sociología.

" La cultura, que nosotros definimos como un sistema de signos y símbolos, un capital de conocimientos, una configuración de valores, contribuye a estimular la comunicación, a elaborar las identidades a suscitar los proyectos, a dar sentido a la dinámica y orientar la acción " Bassan, M. ( 1992) Cultura y regiones de Europa. Oikós-tau/Diputación de Barcelona.

Cultura 1. En sentido amplio, cultivo. 2. Conjunto de conocimientos no especializados, adquiridos por una persona mediante el estudio, las lecturas, los viajes, ... 3. Conjunto de los conocimientos, grado de desarrollo científico e industrial, estado social, ideas, arte de un país o una época. Diccionario de uso del español. María Moliner.

"...entenderemos la cultura como un conjunto de actividades y productos de carácter simbólico, realizadas en los ámbitos intelectual, artístico, social y recreativo, concebidos con carácter creativo" López de Aguilera, I. (2000) Cultura y ciudad. Manual de política cultural municipal. Ed. Trea

Como hemos visto el término cultura responde a diferentes conceptos y se presta a múltiples interpretaciones, usos y aplicaciones

La cultura es el desarrollo de las facultades humanas, y es el resultado o efecto de cultivar los conocimientos humanos y pulirlos por medio del ejercicio de las facultades intelectuales.

La cultura comprende todo aquello que el hombre aprende, diferenciándose así de todo lo que adquiere por herencia biológica.

El conjunto de la cultura o civilización incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y todos los hábitos y capacidades adquiridas por el hombre como miembro de la sociedad.

El término sociedad se respalda en el factor humano, en el conjunto de sus miembros y en sus relaciones, y el término cultura insiste en el componente de recursos acumulados, tanto materiales como inmateriales, que las personas heredan, utilizan y transforman, aumentan y transmiten.

La cultura también hace referencia al conjunto o sistema propio de un pueblo o nación, tanto de la alta cultura realizada por especialistas en diferentes campos y dirigida al sector social e intelectualmente dominante, como la cultura popular producida por los sectores rurales y urbanos. Todos estos elementos de la cultura deben ser debidamente protegidos por los Estados por medio de sus políticas legislativas.

### 2.7.3 El derecho a la autodeterminación cultural

Este derecho comprende, a su vez: El derecho a preservar, mantener y desarrollar su propia cultura, lengua, religión, folklore, etc. Así lo expresa el Artículo I.2. de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada el 4 de Noviembre de 1966 por la Conferencia General de la UNESCO: “Todo pueblo tiene el derecho...de desarrollar su cultura. El derecho a la cooperación cultural. Derecho reconocido en el artículo V de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural internacional: La cooperación cultural es un derecho...de todos los pueblos y de todas las naciones, los cuales deben compartir su saber y su conocimiento.

La cultura, obra de todos los seres humanos y patrimonio común de la humanidad, y la educación, en el sentido más amplio de la palabra, proporcionan a los hombres y a las mujeres medios cada vez más eficaces de adaptación, que no sólo les permiten afirmar que nacen iguales en dignidad y derechos, sino también reconocer que deben respetar el derecho de todos los grupos humanos a la identidad cultural y al desarrollo de su propia vida cultural en el marco nacional e internacional, en la inteligencia de que corresponde a cada grupo el decidir con toda libertad si desea mantener y, llegado el caso, adaptar o enriquecer los valores que considere esenciales para su identidad.(declaración sobre razas y prejuicios raciales Art. 5)

Hengel, Maine y Spencer grandes filósofos tienen una idea en común acerca de la evolución cultural y sus efectos sobre el derecho, indican que “ el

Derecho es el producto de la evolución cultural y comparte las fluctuaciones generales a que están sujetas las civilizaciones humanas”<sup>22</sup>

Reafirmando que la diversidad cultural es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general, y que debe valorarse, disfrutarse, aceptarse auténticamente y adoptarse como característica permanente que enriquece nuestras sociedades.

## 2.8 Derecho consuetudinario

Es derecho consuetudinario el que surge y persiste por medio de la costumbre con trascendencia jurídica. La Costumbre son hábitos adquiridos por la repetición de actos de la misma especie.<sup>23</sup> Según Du Pasquier “ *La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio, es el derecho nacido consuetudinariamente...*”<sup>24</sup>

La costumbre tiene dos elementos de acuerdo con la teoría llamada “romano-canónica”: El primero consiste, en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe por tanto aplicarse; el segundo, en la práctica suficientemente prolongada, de un determinado proceder.<sup>25</sup>

Jorge Jellinek<sup>26</sup> dice que: “Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir, en la conciencia de los individuos que lo practican la creencia de que es obligatoria. De esta suerte lo normal, lo acostumbrado, transformase en lo debido, y lo que en un principio fue simplemente uso, es visto más tarde como manifestación del respeto a un deber.”

A esta teoría se oponen los que a su criterio defienden la estabilidad del derecho, por ejemplo Kelsen considera que una regla de conducta asume

---

<sup>22</sup> Bodenheimer, Edgar, **Teoría del derecho**, pág. 299.

<sup>23</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. **Presentación CD.**

<sup>24</sup> García Maynez, Eduardo, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 61

<sup>25</sup> **Ibid**, pág. 62.

<sup>26</sup> Jorge Jellinek. Citado por García Maynez, **Ob. Cit.** Pág. 62.

carácter obligatorio solo cuando representa una manifestación de voluntad del Estado.<sup>27</sup> es decir únicamente cuando se le integra a la legislación nacional vigente, expresamente por medio de una ley o tácitamente cuando un juez por falta de legislación recurre a la costumbre (corriente monista).

La discusión de que posición ocupa en el derecho consuetudinario el sistema jurídico de un país se ha dividido en dos corrientes: la primera corriente monista o integracionista “Reconoce la existencia de *costumbres jurídicas, prácticas jurídicas, [...] pero para que no contravengan los derechos y obligaciones establecidos por los Estados tienen que ser reconocidas por éste. Significa que se necesita hacer reformas legislativas para integrar dichas costumbres o practicas a la legislación estatal. [...]. La segunda corriente pluralista reconoce las normas jurídicas [...] (costumbre jurídica) como sistemas jurídicos diferentes que coexisten con los sistemas jurídicos estatales en un mismo territorio para lo cual es necesario establecer normas de coordinación”*<sup>28</sup>

### 2.8.1 Derecho consuetudinario indígena - Derecho indígena

Son los usos y costumbres jurídicas de los pueblos indígenas. En este sentido el derecho consuetudinario indígena constituye una especie del derecho consuetudinario, visto de forma genérica. Las costumbres jurídicas indígenas son: “...el resultado de una visión global de la existencia donde todo esta relacionado...”<sup>29</sup> Algunos autores emplean indiferentemente los términos de Derecho Indígena y de Derecho Consuetudinario Indígena.

---

<sup>27</sup> García Maynez, **Ob. Cit.** pág. 63.

<sup>28</sup> González Galván, Jorge Alberto, **El derecho indígena contemporáneo**, pág. 52.

<sup>29</sup> **Ibid.**

Pero mas allá de ser simple costumbre, el derecho mesoamericano es instrumento en las relaciones sociales apoyándose en la escritura y la oralidad, y no solo para resolver conflictos entre seres humanos sino también de los hombres y la naturaleza, con autoridades, instituciones y procesos preestablecidos, se reconoce que dicha costumbre constituye derecho y un sistema jurídico.

En los resolutivos de 1994 la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas reconoció que las prácticas jurídicas de los pueblos indios del mundo, constituyen sistemas de derecho. Así también el Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos [...]”.( Art. 4). Nótese en este sentido dichos enunciados internacionales apoyan la *corriente pluralista*, que reconoce la existencia de sistemas jurídicos diferentes en coordinación en un mismo Estado.

El carácter consuetudinario constituye una particularidad del derecho indígena, dada su antigüedad y la tradición oral como medio de transmisión entre generaciones.

“El derecho indígena es la manifestación de un orden social, fundado en reglas no-escritas, concebidas en comunión con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas, reproducidas y abrogadas de manera oral.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> **Ibid.** pág. 53.

### 2.8.1.1 Sistema jurídico Maya

“Cada derecho constituye de hecho un sistema (jurídico): emplea su propio vocabulario, correspondiente a ciertos conceptos; agrupa reglas en ciertas categorías; comparte el empleo de ciertas técnicas para la formulación de las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; esta ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de aplicación y función misma del derecho.”<sup>31</sup>

Los sistemas jurídicos tienen su fundamento en principios filosóficos que cada cultura según su concepto de orden social, sus características sociales y sistemas de valor moral y éticos define y reconoce para si misma. De esa cuenta que existe un gran número de sistemas jurídicos, como diversidad cultural, ya que no es posible pretender someter a diferentes grupos culturales a un mismo sistema jurídico.

Específicamente hablando de derecho de los pueblos indígenas su concepción filosófica de orden social es diferente a los de derecho occidental, mientras el segundo (derecho occidental) parten de la justicia, la equidad o el bien común como fines del derecho, el derecho de los pueblos indígenas guatemaltecos parte de la armonía y el equilibrio.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> David René, **Ob. Cit.** Pág. 53

<sup>32</sup> Pop Ac, Amilcar de Jesús. **Orden Social Maya o Derecho Maya.** V Diplomado sobre “DERECHO INDÍGENA Y APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA VIGENTE” de junio a septiembre de 2004.

## **2.9 Estados multiétnicos y la protección a los derechos humanos**

En la actualidad, la definición del Estado nación tradicional, según la cual a una unidad territorial corresponde un grupo nacional definido, no es precisa. Con el reconocimiento de los derechos de los pueblos primigenios, la mundialización y la circulación cada vez mayor de personas entre países tornan completamente obsoleta a esta definición y los Estados multiétnicos son la norma. Sin embargo, las culturas mayoritarias o las culturas que sin ser mayoristas son dominantes en los países de todo el mundo, aún tratan de imponer su identidad a otros grupos con los que comparten un territorio.

Los intentos de imponer el uniculturalismo en entornos multiétnicos con frecuencia se llevan a cabo a base de la violación de los derechos de las minorías étnicas. Para evitar la marginación, las minorías a menudo intensifican sus esfuerzos para preservar y proteger su identidad. El endurecimiento de las posiciones -asimilación por una parte y preservación de la identidad de las minorías por la otra- pueden provocar una intolerancia acrecentada y, en el peor de los casos, conflictos armados interétnicos. En esos casos, y a fin de evitar el agravamiento de la situación, es esencial proteger y promover los derechos de las minorías étnicas.

La buena administración de los asuntos públicos desempeña un papel vital en la incorporación de las minorías en las sociedades y en la protección de sus derechos e intereses. Mediante el reconocimiento, el diálogo y la participación todos los ciudadanos de una sociedad diversa pueden llegar entre sí a una mayor comprensión de las preocupaciones de los demás. La educación y los medios de difusión tienen importantes

funciones que desempeñar al respecto, al igual que los representantes políticos y los líderes comunitarios.

Las medidas positivas que pueden adoptar los Estados comprenden: medidas legislativas que introduzcan penas mayores por delitos debidos a causas raciales; utilizar la supervisión étnica para determinar el número de personas de origen étnico o nacional determinado por tipo de empleo y establecer metas que aumenten los puestos de trabajo para las personas pertenecientes a las minorías en esferas en que están infrarrepresentados, y establecer instituciones de derechos humanos y defensores del pueblo para fomentar la igualdad étnica y racial.

Las autoridades estatales deben garantizar que las minorías disfruten del derecho fundamental a la igualdad, tanto en la legislación escrita como en la sociedad en general. A este respecto, hay que destacar que el gobierno local, las organizaciones cívicas y las organizaciones no gubernamentales desempeñan una función importante. La policía, los fiscales y los magistrados deben tener mayor conciencia de lo que constituye la discriminación racial y los delitos por motivos raciales, y en algunos casos puede resultar apropiado modificar la composición de las fuerzas de policía para reflejar mejor las comunidades multiétnicas a las que prestan servicios. Corresponde a las minorías integrarse en sus comunidades. Otras recomendaciones incluyen vigilar las expresiones orales y escritas que incitan al odio, promover la plena participación de las minorías mediante la educación y garantizar una vivienda adecuada y el acceso a la atención sanitaria.

Cuando los Estados carecen de cimientos para proteger los derechos de las minorías o cuando los gobiernos fomentan activamente

la intolerancia respecto de los grupos minoritarios desarrolla un ambiente caracterizado por los conflictos. A medida que se agravan las tensiones en que intervienen cuestiones relacionadas con las minorías nacionales, la desconfianza hacia el propio gobierno puede evolucionar en situaciones de conflicto. En los últimos diez años han estallado conflictos étnicos en un determinado número de países, como Rwanda y Burundi, la ex República de Yugoslavia y, más recientemente, en Indonesia, Timor Oriental y Fiji. Tragedias como éstas obligan a la comunidad internacional a alentar el diálogo entre las minorías y los gobiernos en todas las sociedades.<sup>33</sup>

Es importante destacar que Guatemala está conformado por 25 grupos lingüísticos que son el garífuna, el xinca, 22 comunidades lingüísticas mayas y el español. Es decir que si tomamos como base el factor lingüístico para determinar los grupos étnicos nos encontramos que en Guatemala coexisten 25 minorías étnicas, a pesar que de la suma de las etnias mayas, garífunas y xincas resulta que constituyen por lo menos más del 60% de la población, la cultura dominante es la accidental practicada por mestizos y blancos, muestra de eso es que a pesar de la diversidad lingüística existente el idioma oficial es el español. Como parte de las carencias del Estado en materia de multiculturalidad, la mayoría de las encuestas y censos no están diseñados técnicamente para entender el carácter multiétnico, multilingüe, pluricultural de la nación, por lo que generalmente los datos sobre los pueblos indígenas no son del todo objetivos o exactos.

---

<sup>33</sup> Conferencia mundial contra el racismo, Durban 2001. **Carpeta de prensa.**

En materia de multiculturalidad evidentemente han existido cambios en cuanto a la legislación, la garantía de derecho de igualdad y dignidad humana, los derechos culturales y el principio de no discriminación son de gran importancia en los Estados multiétnico, al respecto y a continuación la Constitución Política de la República de Guatemala y tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala.

### **2.9.1 Constitución Política de la República de Guatemala 1985**

La Constitución guatemalteca fue creada: “[...]con el fin ( como lo indica la misma Constitución a manera de preámbulo) de organizar jurídica y políticamente al Estado y afirmar la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social [...] y al Estado como responsable de la promoción del bien común de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; inspirados en el ideal de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural[...].

Nótese, que desde esta declaración que no es jurídicamente vinculante, pero que pone en evidencia los principios inspiradores de una Constitución de la era moderna, que coloca a la persona humana en general y no a un grupo étnico o racial específico, en una posición privilegiada ante los fines de la organización del Estado. Pero a pesar que menciona la inspiración en tradiciones y herencia cultural cabe preguntarse ¿ Antepasados, tradiciones y herencia cultural de quienes? de la cultura dominante quizás, se considera que los principios inspiradores de la Constitución son monoculturales, no contemplan a todas las culturas y tradiciones existentes en la nación, evidencia de esto es de que existen grandes deficiencias en la protección de los pueblos

indígenas a través de las garantías constitucionales, no obstante existen garantías, y de las que ya existen se tratará a continuación.

Pues bien, adentrándose entonces a los preceptos constitucionales, jurídicamente vinculantes, en los Artículos 1 y 2 que el bien común, es el fin supremo del Estado de Guatemala, que se organiza para proteger a la persona y a la familia, garantiza a los habitantes de la república la vida, libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral e la persona humana. No cabe duda que si estos enunciados están en la parte dogmática de la Constitución, en el sistema de valores considerados por la Asamblea Nacional Constituyente, la persona tiene superioridad con respecto a otros bienes protegidos por el constitucionalismo guatemalteco. Posteriormente en el extenso Título II el cual tiene como nombre Derechos Humanos y comprende de 139 Artículos divididos en cuatro capítulos dentro de los cuales están reconocidos derechos de gran importancia para la persona, desde, el derecho a la vida, pasando por los principios constitucionales de libertad e igualdad (Artículo 4) derecho de defensa (Artículo 12), así también contemplado de manera frívola como un derecho fundamental (a mi criterio fuera de lugar) la tenencia y portación de armas (Artículo 38) de lo que no se hará mas comentarios por no ser materia del presente trabajo.

En materia constitucional, ocupa tratar los derechos reconocidos constitucionalmente y que puedan ser objeto de lesión y violación por la discriminación: La igualdad de hombres y mujeres en cualquier estado civil, de todos los seres humanos libres e iguales en dignidad y derechos, oportunidades y responsabilidades son principios reconocidos y se exhorta a guardar conducta fraternal entre si (Art. 4). Dándole una interpretación extensiva reconoce que todas las personas independientemente de su edad, raza, etnia, condición social o económica, sexo o preferencia sexual, discapacidad, enfermedad o cualquier otro aspecto que nos diferencien unos

de otros, son de la misma calidad humana, son iguales y libres de ejercer los derechos reconocidos por la constitución y la ley.

El libre ejercicio de todas las religiones, el derecho a practicar religión o culto tanto en público como en privado, sin más límites que el orden público y el respeto a la jerarquía y fieles de otros credos. (Art. 36).

La identidad cultural (en el caso de Guatemala es múltiple) como derecho de las personas y de las comunidades de acuerdo con sus valores, su lengua y sus costumbres. (Art. 58). El Artículo 66 con el epígrafe: “*Protección a los grupos étnicos.*”, reconoce la diversidad étnica, diversidad cultural y la diversidad idiomática. “*El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres y tradiciones, forma de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos*” De la mano de estas dos últimas normas constitucionales (Art. 58 y 66) el Estado de Guatemala reconoce que es multilingüe, pluricultural y multiétnico.

Si a esto se suma que la misma Constitución abre una puerta en el Artículo 44 a nuevos derechos y garantías, estableciendo que “*Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen a otros que, aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana.[...]*”. Es por esta vía (Art. 44) y no por la vía del Artículo 46 que se integra el Convenio 169 de la OIT a la legislación interna, según la posición que la Corte de Constitucionalidad toma al respecto en la sentencia de 19 de octubre de 1990, en el expediente 280-90 argumentando “... el hecho que se la Constitución haya establecido la supremacía sobre el Derecho Interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas

de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por la vía del Artículo 46, sino .. por el primer párrafo del 44 constitucional...”<sup>34</sup>

No obstante, con el Artículo 46 las disposiciones anteriores se complementan cuando la Constitución establece el principio general de la preeminencia sobre el derecho interno de los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos, con lo que se constituye una reconocimiento amplio de los derechos fundamentales.

Lamentablemente la proclamación en si mismos de los derechos fundamentales no es suficiente para garantizar su respeto, son necesarias acciones concretas para su defensa. Según Luis López Guerra, catedrático de derecho constitucional en Valencia, existen dos tipos de garantías, en primer plano la reserva de ley que es el establecimiento de los requisitos a los poderes públicos para afectar el contenido de los derechos fundamentales en el desarrollo de esos derechos por medio de la ley y en segundo lugar, la previsión de medios de defensa de esos derechos como derechos de reacción cuando estimen que sus libertades han sido vulneradas.

Sería totalmente absurda la existencia de un derecho si no fuera posible su protección judicial, el derecho de acceso a los tribunales es un derecho eminentemente fundamental contemplado en la Constitución Guatemalteca en el Artículo 29. Además la misma Constitución contempla que la acción para enjuiciar a infractores de los derechos fundamentales consignados en la misma es publica y puede ejercerse por simple denuncia sin caución ni formalidad alguna. Y la legitimidad de la resistencia del pueblo en defensa de los derechos y garantías constitucionales. ( Art. 45)

Ahora bien frente a la historia y a la realidad social de nuestro país, en el cual conductas discriminatorias por parte de particulares que afectan negativamente a grupos sociales en el ejercicio de sus derechos reconocidos

---

<sup>34</sup> Corte de Constitucionalidad, **Gaceta Jurisdiprudencial No. 18**. Expediente 280-90.

constitucionalmente, ha obligado a que las leyes regulen la defensa y garantía de los derechos fundamentales frente a terceros particulares en la legislación laboral, civil y penal. Siendo así el caso de la tipificación como delito de la discriminación en sus diversas manifestaciones.

## **2.9.2 Declaraciones, convenios y tratados internacionales**

La importancia del principio de igualdad o de no discriminación escapa de las legislaciones internas de los Estados, adquiriendo un estatus de supranacionalidad, encontrándose ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales, destacando:

### **2.4.2.1 La Declaración Universal de Derechos Humanos**

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, en el Artículo uno y dos declara: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

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

Esta Declaración tenía un carácter genérico, por lo que fue complementada por otros documentos posteriores, entre ellos el:

#### **2.4.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Ambos del 16 de diciembre de 1966, establecen ampliamente una prohibición a la discriminación señala en el Artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que todos tienen derecho, sin diferencia alguna, a igual protección ante la ley y “ cualquier clase de discriminación en este sentido esta prohibida por la ley y la ley garantizará que todos gocen de igual y eficiente protección contra la discriminación fundadas en diferencias de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo.” Por su parte el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aunque no expresa directamente la prohibición de discriminación prohíbe realizar cualquier diferencia en su Artículo 2.

#### **2.4.3 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**

Adoptado 21 de diciembre de 1965 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el momento que Guatemala ratifica un tratado o convenio internacional este pasa a formar parte de la legislación interna vigente. El Convenio da luces y elementos a tener muy en cuenta para la tipificación de la discriminación como delito.

La discriminación positiva en uno de los primeros puntos regulados por la convención, indicando cuales son los fines de este tipo de discriminación a manera de alcanzar los fines de estas medidas. “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.” (Art. 1 numeral 4)

En el Artículo 2, Con el objeto de seguir de inmediato y por medios apropiados una política para eliminar la discriminación racial en todas sus formas los Estados se comprometen a través de el Convenio a que:

- “a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;
  
- b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;
  
- c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como

consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;

e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.”

La condena de la xenofobia y la determinación de sus elementos está incluida en el Artículo 4. “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación...” posteriormente en el mismo Artículo en el inciso “a” y siguientes se declara “como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; ... Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda

otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; ... No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.”

#### **2.4.4 Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes:**

Adoptado por la Conferencia General de la organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989, Ratificado por Guatemala el 5 de junio de 1996 por lo tanto es ley vigente en Guatemala. Dentro de la sistemática del Convenio encontramos en la parte I relativa a la política General, en su artículo 1.1.b define los pueblos a los que se les aplica, el Convenio señala que se aplica “ *A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de las poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones o parte de ellas.*” Nótese que la norma no exige que las instituciones de aquel entonces se conserven en su totalidad es suficiente con que parte de ellas se conserven. Quienes son indígenas ? el Convenio lo determina en el Artículo 1.2 enunciando “*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*”

Para la aplicación del Convenio se reconocen los valores y practicas sociales, culturales, religiosas y espirituales y de igual manera deberán de respetarse sus instituciones ( Art. 5) en base a estos primeros artículos será mas acertada la interpretación de los posteriores. En este sentido requiere

especial atención los Artículo 9 en cuanto indica que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados acuden tradicionalmente en la represión de los delitos que cometan sus miembros. Es decir que los tribunales competentes para el pronunciamiento en materia penal deberán respetar la costumbre de dichos pueblos en la solución de cuestiones en la materia (penal). En la medida que dicha costumbre sea compatible con el sistema jurídico nacional y el derecho internacional humanitario reconocido.

El Artículo 10 es específico en cuanto que las sanciones penales, cuando estas se impongan a miembros de dichos pueblos debe tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y darse preferencia a tipos de sanciones distintas al encarcelamiento.

De estas disposiciones normativas del Convenio se recoge el reconocimiento del Pluralismo Jurídico, que se traduce en el derecho de los pueblos indígenas de desarrollar y aplicar su sistema jurídico propio, basado en su propia visión filosófica.

## **2.10 Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas**

La comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en una resolución sobre Guatemala de marzo de 1990 se mostró “consternada por la grave situación que han enfrentado las poblaciones indígenas desde tiempo inmemorial, objeto de discriminación y explotación, así como serias violaciones a sus derechos humanos y libertades fundamentales”<sup>35</sup>

Permítanme observar que los pueblos indígenas de todo el mundo siguen sometidos en general a una situación de desventaja en todos los sectores de la vida. Tienen considerablemente menos acceso a la educación

---

<sup>35</sup> Gil Pérez y Orantes Lemus, **Sociología de Guatemala**, pág. 501.

en la mayoría de los países que otros grupos de la sociedad. En el período de sesiones de 1998 del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, en que se recalcó la educación indígena, señalamos el acceso persistentemente limitado de los pueblos indígenas a todas las formas de educación, la vulnerabilidad de muchos idiomas indígenas, y el carácter con frecuencia inapropiado y etnocéntrico de la educación ordinaria, que negaba o denigraba la historia y la cultura indígenas. las sociedades indígenas hacen frente a desventajas análogas en la esfera de la salud. Observamos que los pueblos indígenas no tenían igual acceso a los sistemas nacionales de atención de la salud, que algunas veces estaban expuestos a actividades industriales o militares nocivas para su salud, hacían frente a problemas de nutrición cuando se les negaba el acceso a sus tierras tradicionales, y se daba muy poco crédito a sus necesidades culturalmente específicas en materia de salud así como al conocimiento de la medicina tradicional. La Organización Mundial de la Salud, que organizó un primer cursillo sobre la salud indígena en noviembre de 1999, señaló que en general la esperanza de vida de los indígenas al nacer era de 10 a 20 años menor que para el resto de la población y que la mortalidad infantil era de 1,5 a 2 veces mayor que la media nacional. Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.

En septiembre de 2002 Guatemala recibió la visita oficial del Relator Especial sobre la situación de los derechos de los indígenas, visita de la cual posteriormente rinde un informe en el que nuevamente se destaca la situación de discriminación racial, y de violación de derechos humanos que sufren los pueblos indígenas en Guatemala.

Según el informe, los indicadores de desarrollo humano y social hablan de la situación extremadamente difícil encarada por los mayas, xincas y garifunas, demuestra que estos pueblos se enfrenta a la discriminación diaria y cotidiana ,

que se expresan en desprecio y rechazo incluso en los medios de comunicación, y un panorama generalizado de desventaja en el acceso a los beneficios del desarrollo y la participación política y social. Es preocupante la estrecha relación entre la pobreza y el origen étnico, los departamentos con mayor densidad indígena son los que tiene mayor incidencia a pobreza y extrema pobreza.

Además, indica como problemas fundamentales que aquejan a los pueblos indígenas, el relativo del derecho a la tierra y al acceso a la justicia, la violación del derecho de justicia en su propio idioma.

El Relator Especial sobre la tipificación de la discriminación como delito expreso que si bien se cumple con lo estrictamente hablado como una de las estipulaciones de los Acuerdos de Paz, de hecho no constituye en el sentido amplio una ley en contra de la discriminación ni tampoco especifica la discriminación étnica y racial en contra de los pueblos indígenas como la llaga social que debe ser eliminada.

De esta manera en el informe se expresa la necesidad imperante de regular de una mejor manera la discriminación racial en busca de su eliminación de la sociedad.

## CAPÍTULO III

### 3. Teoría general del tipo

#### 3.1 Definición y función del tipo

Introducido como una categoría más de la teoría general del delito por Beling en su obra *Die lehre vom verbrechen*, publicada en 1906, esta nueva categoría fue insertada entre los conceptos de “acción” y de “antijuridicidad”. Beling denominó “Tatbestand” (supuesto de hechos) al tipo, como un conjunto de elementos que permite reconocer que cualidades ha de tener una acción para estar amenazada de pena.

Según Claus Roxin, esencialmente para el derecho penal las funciones que debe cumplir el tipo se reducen a tres: Una función sistemática, función dogmática y una función políticocriminal, indicando que el significado políticocriminal del tipo radica en su función de garantía ya que solo en un derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente en los tipos se adecua al principio de “*nullum crimen sine lege*”, sugiere entonces la formación de una categoría que sistemáticamente indique cuales son las conductas prohibidas, pero su significado va más allá en cuanto que somete a esta necesidad de sistematización también a las causas de exclusión de la culpabilidad, de la punibilidad e incluso en ocasiones algunos presupuestos procesales. Su función de garantía es entonces la de precisar el ámbito de las actuaciones punibles penalmente para garantizar al ciudadano la seguridad jurídica.

La función dogmática del tipo que desvinculada de su función sistemática consiste en describir los elementos de cuyo desconocimiento excluye el dolo, la distinción entre error de tipo y el error de prohibición

según indica este penalista, pertenecen a los fundamentos básicos de la dogmática jurídicopenal.<sup>36</sup>

La función sistemática del tipo que consiste en agrupar el conjunto de elementos que caracterizan a cada una de las figuras delictivas. Antes de la introducción de esta nueva categoría las cualidades que debía tener una acción para estar amenazada por una pena no tenían un lugar fijo para su sistematización dentro de la teoría del delito. El tipo ofrece la posibilidad de describir por el legislador los elementos que integran la conducta prohibida y que hacen nacer la antijuridicidad penal. De manera más amplia se tratará posteriormente la función sistemática del tipo o tipo sistemático como algunos autores lo llaman y su relación con la antijuridicidad.

Además de las funciones descritas con anterioridad Muñoz Conde destaca otra importante “función motivadora general, por cuanto que la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.”<sup>37</sup>

### **3.2 Tipo sistemático y su evolución como tipo subjetivo y tipo de injusto**

Inicialmente el introductor del tipo como nueva categoría de la teoría del delito lo concibió como objetivo y no valorativo. La objetividad significaba la exclusión del tipo de todos los procesos subjetivos, intra anímicos que eran asignados en su totalidad a la culpabilidad. Y como no valorativo debía entenderse que el tipo no contemplaba ninguna valoración legal que apoye la antijuridicidad de la acción típica. Posteriormente esta

---

<sup>36</sup> Roxin, Claus, **Derecho penal, parte general, Tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría general del delito**, pág. 277.

<sup>37</sup> Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general del delito**, pág. 32

propuesta se vio criticada con el descubrimiento del tipo subjetivo dilucidando en muchos casos, que no solo la culpabilidad sino lo injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor es decir de momentos intra anímicos, momentos subjetivos. Inicialmente la discusión se dio en torno a las causas de justificación, para la que se exigieron determinados elementos subjetivos de justificación,<sup>38</sup> da el ejemplo de la voluntad defensiva de la legítima defensa. De tal manera quedó claro que no se pueden ignorar elementos subjetivos en el tipo, que son necesarios para conocer todos los elementos de los que se desprende “de que delito se trata típicamente”. De este modo la teoría de los elementos subjetivos del tipo ya se había impuesto hacia 1930,<sup>39</sup> actualmente esa línea ha sido tomada por la doctrina moderna.

Respecto al carácter no valorativo del tipo, la tesis de Belig fue igualmente criticada y posteriormente abandonada con el descubrimiento de la imposibilidad de excluir elementos normativos en la función sistemática del tipo, según Max Ernst Mayer, (citado por Roxin) la realización del tipo es ciertamente un indicio de la antijuridicidad, pero no es un componente de la misma, para él, el carácter no valorativo del tipo está asegurado con el hecho de que los elementos del tipo son “descriptivos” como por ejemplo “hombre” “cosa” y que su valoración se produce a través de la categoría de la antijuridicidad. En cuanto a los elementos normativos (valorativos) la situación es distinta, ya que por ejemplo la “ajenidad” de la cosa en el hurto, el concepto ajeno ya encierra una valoración que en parte prejuzga la antijuridicidad, según Roxin; es decir que cuando algo es ajeno es porque es propiedad de otra persona, y en la vulneración de la propiedad radica lo injusto del hecho, en cambio cuando la cosa no pertenece a nadie no es ajena

---

<sup>38</sup> Roxin, **Ob. Cit;** pág. 280

<sup>39</sup> **Ibid,** pág, 280

y no puede ser objeto de hurto. De esa cuenta el tipo sistemático de acuerdo con estas características se transforma en “tipo de injusto” fundamentándose en que los elementos normativos del tipo son inseparables del mismo por ser objetos del dolo, pero son al mismo tiempo auténticos elementos que fundamentan la antijuridicidad. Así los elementos normativos del tipo tienen una doble posición según Mayer: “son comparables a una grapa con una punta en el tipo legal y con la otra en la antijuridicidad”

El descubrimiento de los elementos normativos del tipo se impuso rápidamente, evidenciándose que tales elementos normativos eran aun más numerosos de lo que se había pensado inicialmente. Esta evolución llegó a su punto más alto cuando Erik Wolf probó que incluso los elementos que se pensaban puramente descriptivos como “hombre” o “cosa” son normativos en sus ámbitos fronterizos o dicho de otra manera requieren de una valoración judicial orientada a la antijuridicidad. Por tanto el tipo es una figura totalmente normativa, un “inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser”<sup>40</sup>. “El acto de declaración legislativa del tipo...contiene directamente la declaración de antijuridicidad, la formulación del injusto especialmente tipificada... convierte a la acción en una acción antijurídica, aunque es cierto que no por sí sola, sino que solo de una unión con la falta de causas concretas de exclusión de lo injusto.”<sup>41</sup> De esta manera las causas de justificación son elementos negativos del tipo. Esta teoría del tipo, como tipo de injusto o como injusto provisional sigue siendo dominante en la ciencia del derecho actualmente. Pero, debe hacerse la salvedad que es conveniente mantener las diferencias entre tipo y antijuridicidad, para aprovechar las funciones que tienen asignadas cada una de estas categorías desde una perspectiva político criminal como el mismo

---

<sup>40</sup> Wolf, **Ob. Cit;** pág. 282.

<sup>41</sup> Roxin, **Ob. Cit;** pág. 282.

Claus Roxin indica “ que corren el riesgo de echarse a perder si no se tiene en cuenta también a efectos sistemáticos”<sup>42</sup>

A pesar de que en la practica la tipicidad y la antijuridicidad suelen comprobarse conjuntamente no imposibilita que puedan y deban separarse conceptualmente.

### **3.3 Tipos abiertos**

Los tipos abiertos no describen exhaustivamente ni en todos sus aspectos el objeto de la prohibición. En contraposición los tipos cerrados que describen todos los elementos fundadores de lo injusto, de tal forma que en el marco de la antijuridicidad solo resta comprobar la ausencia de alguna causa de justificación, en los tipos abiertos aun no se da indicio de lo injusto, y el injusto solo puede comprobarse desde la perspectiva de la antijuridicidad mediante la verificación judicial positiva de “elementos Especiales de la antijuridicidad”.<sup>43</sup> Si se considera como ya se explicó anteriormente al tipo como tipo de injusto, como juicio provisional de desvalor, el tipo no puede tener una posición neutral frente a la valoración de injusto.

### **3.4 Estructura y composición del tipo**

En el tipo se describe una acción u omisión que constituye una unidad de factores internos y externos (subjetivos y objetivos), estos dos elementos son muy difíciles de diferenciar porque en ocasiones se entrelazan, poniendo de manifiesto que no existen únicamente elementos típicos puramente

---

<sup>42</sup> **Ibid;** pág. 286.

<sup>43</sup> **Ibid;** pág. 298.

objetivos como “matar” o “cosa” y subjetivos como “animo de enriquecimiento ilícito” sino que también elementos mixtos como la “simulación” que si bien es cierto es una conducta externa pero con una conciencia subjetiva de engañar. Estas circunstancias son importantes a tener presentes en el momento de la creación del tipo penal delictivo para no dejar de forma difusa ningún elemento que componen el mismo.

Para el desarrollo de los tipos de acuerdo a la concepción hoy dominante del tipo como tipo de injusto ha tenido gran importancia la división entre elementos descriptivos y normativos. Definiciones clásicas entienden por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez. Y son normativos los elementos cuya presencia presuponen una valoración, además se pueden hacer otras distinciones como elementos de valoración jurídica y elementos de valoración cultural.<sup>44</sup>

Algunos estudiosos del derecho, como es el caso de Francisco Muñoz Conde no aconsejan utilizar elementos normativos ya que para él implican un cierto grado de subjetividad y por el contrario cree que es más conveniente emplear sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda conocer su significado. Aunque también reconoce que es imposible desterrar los elementos normativos del tipo y que incluso los elementos que se creen puramente descriptivos necesitan de una valoración para ser aplicados en la práctica. Desde ese punto de vista “no importa tanto la (casi imposible) separación entre elementos descriptivos y normativos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Fuente: Roxin, **Ob. Cit**; pág. 303 – 307.

<sup>45</sup> **Ibid.**

### 3.5 Clases de tipos

Tipos básicos, cualificados, privilegiados y autónomos:

Constituyen tipo básico los elementos que describen y fundamentan la antijuridicidad, que describen el tipo delictivo, pero en ocasiones no es posible comprender en un solo tipo todas las posibles apariciones del mismo, debido a que algunos delitos se presentan acompañados de circunstancias que atenúan o agravan la culpabilidad, por lo que del tipo básico se derivan estas circunstancias. Cuando el legislador prevé que el tipo básico puede ir acompañado de una agravante específica de la pena, crea tipos cualificados. En otras ocasiones las circunstancias atenúan la pena, en esta caso se trata de tipos privilegiados.

Cuando al tipo básico se le añaden características y peculiaridades hasta el punto de que lo distinguen del tipo básico, el tipo se convierte en autónomo,<sup>46</sup> es decir que se transforma en un delito distinto.

Para distinguir entre tipos cualificados o privilegiados y un delito autónomo se debe tener en cuenta los elementos fundamentales del delito que lo hacen una estructura jurídica unitaria, con ámbito de aplicación propios.

De lo expuesto anteriormente se puede entender que cada tipo delictivo tiene sus propias características y elementos, por lo que es imposible delimitarlos de una forma generalizada, ejemplo de esto son el fracaso de los intentos de elaborar una parte general de la parte especial, en la que se constituyan todas las características comunes de los distintos tipos delictivos. Es tarea entonces de la parte especial precisar los elementos y características de cada una de los distintos tipos delictivos.

---

<sup>46</sup> Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general del delito**, pág. 37.

Ahora bien existen elementos que de forma constante están presentes en la composición de los tipos delictivos, por supuesto presentando diferentes variantes y se trata del: sujeto activo, acción y bien jurídico, de los que a continuación se presentara una clasificación.<sup>47</sup>

### 3.5.1 Sujeto activo

Es el que realiza la acción prohibida o dicho de otra manera es el autor del delito. Sin tomar en cuenta las particularidades del sujeto activo, los tipos que son redactados en forma general son los delitos comunes, en ellos se suele utilizar las expresiones “quien” o “el que” para denominar al sujeto activo, en estos delitos el autor puede ser cualquier persona, al margen de los límites que dan los principios de la culpabilidad.

El sujeto activo puede ser una o varias personas, en este sentido existen delitos plurisubjetivos en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas para la comisión del delito; delitos de convergencia como la asociación ilícita, en el que varias personas concurren uniformemente a la consecución de un mismo objetivo; delitos como el cohecho en los que se intervienen de forma autónoma el funcionario público y la persona que soborna como partes de una misma relación delictiva, pero ambos como sujetos activos son delitos de encuentro.

Distintos son los tipos que exigen ciertas cualidades del sujeto activo del delito, estos son los delitos especiales, se restringe así a un determinado grupo de personas que reúnen las cualidades típicas la aplicación de la ley penal, por ejemplo los funcionarios públicos siguiendo con el ejemplo del cohecho.

---

<sup>47</sup> Muñoz Conde. **Ob. Cit**; pág. 37-40.

Los delitos especiales se dividen a su vez en delitos especiales en sentido estricto, son aquellos que no tienen correspondencia con un delito común; y los delitos especiales en sentido amplio, son los que a pesar de tener relación con un delito común al ser realizado por determinadas personas se convierte en un tipo autónomo distinto.

Los tipos que exigen la realización de una acción determinada, y solo por el que se encuentra en posición de ejecutarla inmediata y corporalmente por sí mismo, son distintos a los tipos especiales, éstos son delitos de propia mano, y se clasifican también por razón de autor.

### **3.5.2 Acción**

Entendida como comportamiento humano, puede ser una acción positiva o una omisión, se encuentra en cada uno de los tipos penales y constituye su núcleo, su elemento más importante. La acción se describe generalmente por un verbo al cual se le denomina verbo rector. Cuando el tipo exige la realización sin más circunstancias de una acción, se está ante un delito de mera actividad o en su caso de mera inactividad (omisión pura).

En otros casos son delitos de resultado, cuando el tipo exige frente a la actividad finalista la producción de un resultado en conexión causal con la acción y distinta a la misma, generalmente posterior, pero en algunas ocasiones simultáneo a la acción. Cuando se habla de resultado se alude como resultado a la modificación producida en el mundo exterior distinta a la acción.

Si del tipo se desprende una acción se habla de delitos simples o varias acciones se trata de delitos compuestos estos últimos se dividen a su vez en delitos complejos que se caracterizan por la concurrencia de más de una acción, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero que de su unión

nace un tipo delictivo autónomo distinto; y en delitos mixtos, estos son los que bajo el mismo tipo penal concurren diversas modalidades de conductas, bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo.

Los delitos dolosos e imprudentes son los que se derivan de la relación psicológica entre el autor, su acción y su resultado.

### **3.5.3 Bien jurídico**

El bien jurídico es el sentido y fundamento al tipo y es la clave que permite descubrir su naturaleza. La norma penal para cumplir con su función protectora eleva a la categoría de delito por medio de la tipificación penal, aquellas conductas que lesionan gravemente o ponen en peligro el bien jurídico tutelado. El legislador de acuerdo al principio de intervención mínima debe proteger solo los bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipificar únicamente aquellas acciones que ponen en peligro o lesionan el bien jurídico. Dentro del bien jurídico se distingue entre individuales y comunitarios o colectivos siendo tan importantes los unos como los otros para ser protegidos penalmente.

Distinto al bien jurídico es el “objeto de la acción”, que es la cosa u objeto del mundo exterior sobre la que recae la acción típica, en algunas casos coincide el sujeto pasivo con el objeto de la acción, como en el homicidio. Pero aun en este caso se puede diferenciar entre el objeto como objeto material físico sobre el que recae la acción y el objeto jurídico como bien o valor del que la ley reconoce su tutela.

Como otro elemento del tipo se presenta el sujeto pasivo, él es el titular del bien jurídico. La distinción entre sujeto pasivo y el titular del bien jurídico es de importancia para en algunos casos saber quien está legitimado para consentir y disponer sobre el bien jurídico.

## **CAPÍTULO IV**

### **El delito de discriminación en la legislación penal y en el derecho comparado**

#### **4.1 El delito de discriminación en el Código Penal**

Por medio del Decreto número 57-2002, declarado de urgencia nacional, aprobado en un solo debate con el voto favorable de más de dos terceras partes del total de diputados que integraban el Congreso de la República, el 11 de septiembre de 2002, se tipificó la discriminación como delito, en cumplimiento del compromiso adquirido por el Estado de Guatemala en los Acuerdos de Paz y a otros compromisos adquiridos ante la comunidad internacional.

Con la tipificación de la Discriminación se afirma que los actos de violación de derechos humanos, motivados por la intolerancia y el racismo, no constituyen expresiones de opinión sino delitos; pero la impunidad respecto de delitos motivados por actitudes racistas y xenófobas contribuye a debilitar el imperio de la ley y tiende a alentar la reiteración de tales delitos.

Es verdad que la tipificación de la discriminación constituyó un gran avance en la defensa de los derechos humanos y especialmente en los derechos de los pueblos indígenas pero a casi tres años de la vigencia del Artículo 202 bis del Código Penal guatemalteco solo dos casos han llegado a sentencia de primera instancia en toda la República, se evidencia de esta manera que existen problemas por la aplicación de dicha norma penal, y como ya se demostró en capítulos anteriores los índices de discriminación en Guatemala son alarmantes.

Se critica entonces no el hecho de la tipificación, que como se dijo anteriormente constituye una gran avance, sino la forma en que se hizo.

Partiendo del hecho que la discriminación es un fenómeno de alta complejidad debe ponerse especial atención a su descripción en el tipo penal; sin embargo, su actual redacción deja mucho que desear y en el plano de la realidad nacional no es aplicable.

El delito de discriminación está ubicado dentro del Código Penal en el Título IV de los delitos contra la libertad y seguridad de la persona, Capítulo I de los delitos contra la libertad individual, Artículo 202 bis, y está redactado así:

Discriminación: “Se entenderá como discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualquier otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere o dificultare a una persona, grupo de personas o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el derecho consuetudinario o costumbre, de conformidad con la constitución Política de la República y los Tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Quien por acción u omisión incurra en la conducta descrita en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de una a tres años y multa de quinientos a tres mil quetzales.

La pena se agravará en una tercera parte:

- a) Cuando la discriminación sea por razón idiomática, cultural o étnica.
- b) Para quien de cualquier forma y por cualquiera medio difunda, apoye o incite ideas discriminatorias.
- c) Cuando el hecho sea cometido por funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo.
- d) Cuando el hecho sea cometido por un particular en la prestación de un servicio público.”

Este tipo penal no describe todos los elementos del objeto de prohibición, por lo que estamos ante un tipo “abierto” que no constituye un tipo de injusto. Se debe recordar que el tipo como tipo de injusto es indicio de la antijuridicidad, el Artículo 202 bis, no describe todos los elementos fundamentadores de lo injusto, ya que los tipos abiertos como éste tienen consecuencias negativas en el ámbito procesal penal, porque el juez debe verificar los elementos especiales que fundamenten la antijuridicidad y la responsabilidad, de tal manera que los delitos que se desprenden de estos tipos abiertos son difíciles de probar, cosa que dificulta su aplicación.

Los tipos penales abiertos han sido duramente criticados y abandonados en las legislaciones de países, que van a la cabeza del desarrollo de la ciencia del derecho, por las dificultades que presentan en la práctica, tal es el caso de Alemania que actualmente en su código penal únicamente contempla un tipo abierto, el de la coacción (§ 240 I.StGB) y que su reforma ha sido ampliamente discutida.

En cuanto a las funciones que le son asignadas al tipo, los tipos abiertos no cumplen en primer lugar con su función de garantía, porque al no estar descritas claramente las características de la acción que se encuentra amenazada de pena o tipificar la acción de una forma general, abre la posibilidad a interpretaciones analógicas o extensivas, en consecuencia no existe certeza jurídica. Además no cumple con su función de motivador general, ya que de los tipos abiertos no puede el ciudadano conocer con exactitud cuales son las acciones de las que se debe abstener de realizar.

El Artículo 202 bis, que contiene una cláusula general, al indicar “...o en cualquier otro motivo, razón o circunstancia...” en un acto de valoración global del hecho antijurídico, viola claramente el principio de legalidad (Art. 17 constitucional y Art. 1 Código Penal) la violación radica en lo amplia que puede ser la interpretación de esa cláusula general, por medio de la cual el

juez tiene la posibilidad de crear nuevos delitos a partir de la comisión de una conducta que “puede ser” típica o discriminatoria, realizando así el juez una función legislativa que no le corresponde. Piénsese también en la infinidad de acciones que pueden castigarse penalmente a través de esta cláusula general, queda entonces al arbitrio del juzgador graduar la aplicación de esta cláusula: unos serian severos otros benévolos y mientras tanto los ciudadanos se encuentran ante una inseguridad jurídica.

Los límites del empleo de la potestad punitiva del Estado se ven quebrantados por preceptos legales no precisos.

No se debe encerrar dentro de la tipicidad una conducta evocando el enunciado “o en cualquier otro motivo, razón o circunstancia” porque precisamente el principio constitucional de legalidad protege al ciudadano de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes de que se cometa.

Por el contrario los tipos con claros contornos son exigencia axiológica para un derecho penal ajustado al Estado de Derecho. Y aquí es oportuno citar nuevamente a Claus Roxin quien más de una vez ha expuesto que “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”

Es evidente que en la elaboración del tipo de la discriminación no se tomaron en cuenta la teoría general del tipo, ni las recomendaciones de importantes estudiosos de la ciencia del derecho hacen en aras de una efectiva tutela del bien jurídico y para que al momento de la protección de un bien jurídico no se vulneren otros.

Es necesaria la eliminación de las tipos penales abiertos y de las cláusulas generales, para que el tipo cumpla con sus importantes funciones. Pero con la simple eliminación de la cláusula general surgen otros problemas, ya que el tipo penal pasaría a ser demasiado limitado y dejaría fuera de la posibilidad de

sancionar conductas discriminatorias particulares importantes. En consecuencia se deben crear tipos adecuados a la complejidad de este fenómeno, y a las necesidades de una sociedad multicultural.

## 4.2 Derecho comparado

No es posible medir la evolución jurídica o desarrollar un pensamiento jurídico evolucionista de un país, sin comparar su legislación con la de otros. Muestra de la importancia de esta clase de estudios es que desde 1831 Francia creó la primera cátedra de legislación comparada en el Colegio de Francia, en 1838 el encargado de la cátedra de derecho comparado Ortolán proclamó “la necesidad de una comunicación científica general” afirmando que el progreso de las instituciones penales se lograría gracias al empleo de los métodos de derecho penal comparado. Posteriormente en Alemania F. Berthoect, G. Cohn y J. Kohler se reunieron alrededor de la *Comparative Jurisprudence*<sup>48</sup> (Jurisprudencia Comparada). No es de asombrarse pues que tanto Francia como los Estados alemanes durante el curso del siglo XIX, hayan despertado un interés comparativo con respecto al derecho penal

Si bien es cierto todo sistema nacional de prevención y represión del crimen tiene como cimiento principios y elementos éticos fundamentales de cada país, también es cierto que todos llevan a cabo una lucha contra el mal social universalmente reconocido como la criminalidad, por eso los procedimientos de cada uno y las experiencias seguidas aquí y allá son de gran utilidad para todos.

---

<sup>48</sup> González Galván, Gorge Alberto. **Derecho Indígena. Panorama del Derecho Mexicano**: MacGraw Hill Serie Jurídica. Pág. 15.

En una era de tecnología en el cual el mundo está cada vez mas cerca, es posible desarrollar e intensificar las relaciones entre países y lograr un libre intercambio científico de ideas y conocimientos, para el enriquecimiento cultural y cognoscitivo beneficiándonos del progreso de la ciencia en otras partes del mundo.

Por ejemplo en Francia, para las recientes legislaciones especiales tratan de tener en consideración los grandes sistemas de derecho penal encarados a su propia legislación, o Estados que al no tener experiencia en algunas regulaciones acuden a la legislación de otros que si la tienen, como el caso de Suiza que tomó la regulación de medidas contra delincuentes habituales de la ley francesa de 1885.

### **4.3 La discriminación y la xenofobia en la legislación española y alemana**

Antes de ir directamente a las legislaciones penales es importante conocer el constitucionalismo de cada uno de estos países europeos, para verificar en que medida se encuentran garantizados los derechos humanos y libertades fundamentales y posteriormente como se elevan estos valores a bienes jurídicos tutelados por la legislación penal.

#### **4.3.1 Constitución española de 1978**

Aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, y ratificada por el pueblo Español el 6 de diciembre de 1978, creada con el ánimo de proteger a todos los pueblos de España y sus pobladores, en el ejercicio de sus derechos humanos, su cultura y tradiciones, lenguas e instituciones.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Preámbulo constitucional, Constitución española 1978.

En un título preliminar, como enunciados de organización estatal y principios fundamentales para la organización jurídico-política del Estado, propugna como valores supremos del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (Art. 1.1). Como forma política del Estado español la Monarquía Parlamentaria (Art. 1.2), al castellano como lengua oficial del Estado y demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos (Art. 2.1- 2.2) reconociendo así las distintas modalidades lingüísticas, como patrimonio cultural. (Art. 2.3).

En el Artículo 9 numeral 1, dispone que tanto ciudadanos como los poderes públicos están sujetos al respeto de la Constitución y el ordenamiento jurídico. Particularmente el numeral 2 de este artículo por medio del cual vincula al poder público expresamente a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y que las oportunidades de los grupos que se integran a la sociedad sean reales y efectivas; y en caso de la existencia de obstáculos a esta integración removerlos para que no impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

El constitucionalismo español, se preocupa por la efectiva garantía de los derechos fundamentales de libertad e igualdad, que son la base del respeto y dignificación del ser humano, ejemplo de esto: con el epígrafe “ *De los derechos y deberes fundamentales*” el Título I comprendido del Artículo 10 al 55, reconoce como fundamento para el orden público y la paz social: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la ley y los derechos de los demás (Art. 10.1), además la igualdad ante la ley de los españoles y que no puede prevalecer

discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, ni por cualquier otra circunstancia o condición personal o social (Art. 14).

La interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales se debe hacer de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que en la misma materia España ha ratificado (Art. 10.2)

Para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, y para que en ningún caso pueda producirse indefensión, la constitución reconoce el derecho de todas las personas de acudir ante los jueces y tribunales ( Art. 24.1).Pero a los extranjeros en España, el goce de las libertades publicas se limita, a los términos que la ley y tratados establezcan. (Art.13.1).

#### **4.3.2 GRUNDGESETZ für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental para la República de Alemania)**

La ley Fundamental reglamenta la vida estatal y social en la República Federal de Alemania<sup>50</sup>, aunque inicialmente no fue pensada como una Carta Magna definitiva actualmente rige en la totalidad del territorio alemán, incluyendo a los Länder (Estados) que pertenecieron a la Exrepública Democrática Alemana que a partir de la caída del Muro el 9 de noviembre de 1,989 y la reunificación oficial de Alemania el 3 de octubre de 1,990 pasaron a ser parte de la República Federal Alemana.

---

<sup>50</sup> Ley fundamental de la Republica Federal de Alemania. **Introducción, constitución y estructura.** Traducción publicada por el Departamento de Prensa e Información de Gobierno Federal, Bonn.

Los derechos fundamentales encabezan el ordenamiento de valor de la Ley Fundamental, en el Artículo 1 se consagra como obligación de todo poder publico el respeto y protección de la dignidad intangible del hombre, por lo tanto el pueblo alemán se identifica, según indica literalmente: “[...] *con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia del mundo.*

3) *Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.*” (Art. 1). Este enunciado seguido del derecho de libertad, (Art. 2) pero la norma constitucional limita este derecho a la condición de no vulnerar derechos de otro y de no atentar al orden constitucional o a la ley moral.

Así bien están garantizados constitucionalmente el derecho y principio general de igualdad el Artículo 3°. (igualdad ante la ley). *“Todos los hombres son iguales ante la ley. El hombre y la mujer gozan e los mismos derechos. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria, y origen, su credo y sus opiniones religiosas o políticas.*

Llama particularmente la atención la regulación constitucional que se hace en el Artículo 7 (sistema escolar) en cuanto a uno de los requisitos que deben llenar las escuelas particulares para conseguir la autorización para su funcionamiento, y es el que no se fomente entre los alumnos la distinción derivada de la situación económica de los padres. De esta manera se está velando porque las nuevas generaciones sean educadas bajo los principios de igualdad.

Como garantías para el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución, está la prohibición de asociaciones cuya actividad sea contraria a las leyes penales o que vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea de entendimiento de los pueblos (Art. 9) y el

derecho de petición ante las autoridades competentes y a la representación popular (Art. 17).

Sobre las personas jurídicas, el Artículo 19 hace extensivos los derechos fundamentales a las personas jurídicas nacionales en tanto o en cuanto a su naturaleza sean aplicables a las mismas, abriendo así una puerta para la protección de los derechos fundamentales en todas las esferas socio jurídicas. Artículo 25 integra el derecho internacional público al derecho federal, constituyendo fuente directa de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.

### **4.3.3 Código Penal español de 1995**

Título XXI Delitos contra la Constitución

Capítulo IV De los delitos relativos al ejercicio de los derechos humanos y libertades públicas

Sección 1ª De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades publicas garantizados por la constitución

Art. 510.

1. los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia en contra de grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia a raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad, difundiere información injuriosa sobre grupos o asociaciones en relación a si ideología, religión

o creencia, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Art. 511.

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses o inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.
2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencia, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad a minusvalía.
3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este Artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

Art. 512.

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a un persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencia, su pertenencia a una etnia, raza a nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en una pena de inhabilitación especial para el

ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio, por un período de una a cuatro años.

Los criterios en los que se inspira el nuevo código penal español con 10 años de vigencia, son la adopción positiva de los valores constitucionales. Entre los cambios que introduce en esa dirección, en primer plano, el especial relieve a la tutela de los derechos humanos, por lo que ha avanzado al proteger la igualdad real y efectiva, eliminando regulaciones que son un obstáculo para la igualdad e introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Pero va mas allá, debe mencionarse la nueva regulación de delitos contra la libertad sexual, un gran avance en la lucha de la igualdad de la mujer.

#### **4.3.4 Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)**

El Código Penal que rige en la República Federal de Alemania tiene una historia un poco complicada, se puede decir que tiene unos 150 años de antigüedad, porque aparece en su redacción original en 1871, no obstante éste se inspira en el Código Penal prusiano de 1851.

A finales del siglo XIX la escuela sociológica de Franz von Liszts ganaba influencias y el Código Penal se veía necesitado de reformas ya que éste se fundamentaba en la *teoría de restitución*, no contemplaba ninguna medida de seguridad ni diferencias entre distintas clases de penas privativas de libertad.

Desde 1909 hasta 1930 y en la posguerra de 1958 a 1962 fueron publicados varios borradores del nuevo Código Penal de los que no resultó ninguna ley.

Por décadas el Código Penal había sido moldeado por más de 150 reformas, hasta que en 1962 se produjo un cambio, una iniciativa gubernamental presentó un borrador, esencialmente conservador, pero en

1966 fue presentada una contrapropuesta, realizada inicialmente como un proyecto privado elaborado por 14 catedráticos de derecho penal, este borrador alternativo que determinaba fundamentalmente diferentes límites y consecuencias del castigo estatal, era en verdad una propuesta innovadora. En los Consejos parlamentarios el borrador alternativo se impuso, y produjo la Primera y Segunda leyes de reforma. Desde 1975 rige en Alemania un Código Penal con una Parte General nueva y una Parte Especial que está siendo reformada gradualmente.

El Código Penal alemán ha sido considerado como una de las más brillantes construcciones dogmáticas del derecho y ha servido de modelo para la elaboración de múltiples Códigos alrededor del mundo. Resulta desde ya sumamente instructivo conocer de qué forma tipifica cada delito.

En la sección séptima, contempla los delitos contra el orden público.

Y dentro de estos delitos se encuentra la agitación xenófoba, protegiendo así a la población de acciones de intolerancia y discriminación, que vulneran la dignidad de las personas y ponen en peligro la convivencia pacífica de los pueblos.

Véase a continuación de qué forma se encuentra tipificada:

### Agitación Xenófoba

Art. 130

#### I. Quien de modo apropiado para perturbar la paz pública

1. incite al odio contra parte de la población o la violencia u ordene medidas arbitrarias contra ella, o
2. ataque a la dignidad de otro insultando a parte de la población la desprecie con malicia o calumnia, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.

II. Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa el que:

- a) difunda
- b) públicamente exhiba, anuncie, presente o haga accesibles,
- c) ofrezca, deje o haga accesibles a una persona menor de dieciocho años o
- d) produzca, compre, provea, mantenga disponible ofrezca, anuncie, ponga precio, se responsabilice de importar o exportar escritos (§ 11 apartado III)<sup>51</sup> que inciten al odio contra parte e la población o contra un determinado grupo nacional, racial, religioso, ordene violencia o medidas arbitrarias contra ella o ataquen a la dignidad de otra parte de la población o un grupo destacado sea insultado, despreciado con malicia o calumniados, para utilizar los ejemplares en el sentido de las letras a) hasta c) o facilitar a otro tal uso, o

3. difunda través de la radio un ofrecimiento del contenido indicado en el numeral 1.

III. Será castigado con pena privativa de libertad hasta de cinco años o con multa quien públicamente o en una reunión apruebe, alabe o minimice una actuación del tipo señalado en el §220a. apartado I, (Genocidio) cometida bajo el dominio del nacional-socialismo de un modo apropiado para perturbar la paz publica.

---

<sup>51</sup> Equivaldrán a las publicaciones escritas los aparatos registradores sonidos e imagen, ilustraciones y representaciones cuyos preceptos se refieran a este apartado.

- IV. El apartado II procede también para escritos (§ 11 apartado III) de contenido señalado en apartado III.
- V. En los casos del apartado II, también en conexión con el apartado IV y en los casos del apartado III, procede aplicar el §86, apartado III.

Se está ante un tipo penal cerrado que determina detalladamente cada una de las conductas que están amenazadas de sanción, contiene numerosos elementos subjetivos que son de suma importancia para fundamentar el dolo y la entijuridicidad estos tipos son mucho mas aplicables, cumplen con la función de garantizar al ciudadano que solo las conductas que se encuentran claramente estipuladas como delito serán penadas, además funcionan a manera de prevención porque se puede conocer con facilidad cuales son las conductas que el ciudadano debe abstener de realizar.

Contiene más de diez verbos rectores, pero es suficiente la realización de cualquiera de ellos para que se constituya el tipo, por lo que se trata de un delito compuesto-mixto; por medio de estos tipos es posible enmarcar todo el círculo delictivo, desde el que produce o importa hasta el que difunde, de manera que todos los participan en la realización de ilícito, pueden ser sancionados penalmente.

#### **4.4 Propuesta de reforma al Código Penal guatemalteco**

La propuesta que a continuación se presenta esta apoyada en los resultados de la investigación dogmática y de campo realizadas. En primer lugar se conocieron las características socioculturales de Guatemala, la situación de discriminación que históricamente han padecido y siguen padeciendo los pueblos indígenas y la actual situación de los derechos humanos en el país, posteriormente se estudió la teoría general y las

recomendaciones que estudiosos del derecho hacen para la elaboración del tipo penal.

Esta propuesta pretende una mejor tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de una tipificación más adecuada de las conductas discriminatorias, racistas y de intolerancia.

En la propuesta que se presenta a continuación no se hace ninguna consideración en cuanto al *quantum* de la pena, ya que ese aspecto político criminal no es objeto del estudio.

Los tipos penales propuestos quedarían así:

### **Delitos contra los derechos humanos y libertades fundamentales**

#### **Discriminación:**

Se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, orientación sexual, religión, ideología, situación económica, enfermedad, discapacidad o minusvalía, edad, estado de gestación, estado civil, opinión política, ocupación u oficio, que tenga por objeto o resultado, impedir, dificultar o menoscabar a una persona, grupo de personas, asociación, sociedad, corporación o fundación o a alguno de sus miembros el reconocimiento, goce o ejercicio de derecho legalmente establecido.

Quien incurra por acción u omisión en la conducta descrita en el párrafo anterior, comete delito de discriminación.

## **Discriminación agravada**

La pena se agravará en una tercera parte cuando el hecho sea cometido por profesional en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales, empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Quien planifique, organice, ordene o ponga en práctica, políticas o disposiciones estructurales, institucionales o empresariales de corte discriminatorio comete también el delito de discriminación en forma agravada.

## **Racismo**

Comete delito de racismo, quien por motivo de raza, etnia, origen nacional, color, idioma, cultura o quien fundándose en teorías de superioridad racial mediante acción u omisión, de exclusión, restricción o preferencia, tenga por objeto o resultado, impedir, dificultar o menoscabar a una persona, grupo de personas, asociación, sociedad, corporación o fundación o a alguno de sus miembros el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el derecho consuetudinario o costumbre de conformidad con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.

## **Racismo agravado**

La pena se agravará en una tercera parte cuando el hecho sea cometido por profesional en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales, empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Quien planifique, organice, ordene o ponga en práctica, políticas o disposiciones estructurales, institucionales o empresariales de corte racista comete también el delito de racismo en forma agravada.

## **Discriminación positiva**

No serán sancionadas las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

## **Agitación xenófoba**

I. Cometan delito de agitación xenófoba, los que inciten a la discriminación o al racismo, al odio o a la violencia, ordenen medidas arbitrarias o ataque con insultos o calumnias la dignidad de parte de la población por motivos de género, orientación sexual, religión, ideología, situación económica, enfermedad, discapacidad o minusvalía, edad, estado de gestación, estado

civil, opinión política, ocupación u oficio, raza, etnia, origen nacional, color, idioma, cultura.

II. El que difunda, públicamente exhiba, anuncie, presente o haga accesible, ofrezca, produzca, compre, provea, ponga precio, se encargue de importar o exportar, de escritos, registradores de sonidos y /o imágenes, ilustraciones o representaciones que contengan propaganda racista o discriminatoria, que inciten al odio o violencia contra parte de la población o grupo determinado de personas o que la insulte o desprecie por motivos de genero, orientación sexual, religión, ideología, situación económica, enfermedad, discapacidad o minusvalía, edad, estado de gestación, estado civil, opinión política, ocupación u oficio, raza, etnia, origen nacional, color, idioma, cultura; comete delito de agitación xenófoba.

## CONCLUSIONES

1. En cuanto a la comprobación de la hipótesis que se formuló en el diseño de la presente investigación: “La regulación en la legislación penal guatemalteca del delito de discriminación, es ambigua y no tipifica todas las formas de intolerancia y discriminación dejando margen a que ciertas conductas discriminatorias racistas no puedan ser tipificadas como delitos, por lo que es necesaria la creación de un capítulo especial que contemple delitos contra los derechos humanos y libertades fundamentales.” La validez de la hipótesis ha quedado comprobada en el desarrollo de la investigación, por medio de los resultados arrojados por la investigación de campo, especialmente de los resultados obtenidos de la pregunta uno de las entrevistas en la que el 61% de los entrevistados consideran que la regulación vigente del delito de discriminación no es clara ni precisa, y de la pregunta cuatro en la que un 83% cree que es necesaria al creación de varios Artículos en el Código penal que tipifiquen en forma clara y precisa las conductas discriminatorias y de intolerancia para una mejor tutela de los derechos humanos.
2. La discriminación es un fenómeno social de gran antigüedad que persiste y se transforma constantemente, está disperso en todos los ámbitos de la vida social, y ha servido para justificar sistemas de explotación capitalistas y de dominación política en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría de la población guatemalteca.
3. Los pueblos indígenas han sido históricamente objeto de discriminación en el ámbito legal, institucional, estructural e interpersonal, y son pocas o casi nulas las medidas que ha tomado el Estado de Guatemala para proteger a la población indígena de este tipo de agresiones a los derechos humanos.

4. La población indígena en Guatemala es la menos favorecida de los progresos sociales y es la que tiene menos acceso a los servicios públicos, por lo que se concluye que la discriminación y racismo son la causa principal de la situación de pobreza y extrema pobreza, del poco acceso a la tierra y de los grandes problemas que sufre la población indígena en Guatemala.
5. Las mujeres indígenas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad ante la doble discriminación de la que son objeto por razones étnicas o raciales y por razones de género, a esto se le suma que las mujeres indígenas son portadores en su mayoría de una importante manifestación de su cultura a través del traje típico y por el uso del mismo han sido en innumerables ocasiones, objeto de violación a sus derechos.
6. El hecho de no combatir y no denunciar la discriminación y el racismo, que es tarea de todos, especialmente de las autoridades públicas y los políticos a todos los niveles, es un factor que alienta su perpetuación.
7. A pesar de que se han tomado algunas medidas legislativas para combatir la discriminación y el racismo no existe voluntad política para implementar estos cambios por lo que en la realidad nacional no hay progresos.
8. La tipificación de la discriminación ha constituido un instrumento político utilizado por el Gobierno únicamente para evidenciar ante la Comunidad Internacional que en Guatemala existen mecanismos para la garantía y defensa de los derechos humanos aunque en lo interno del aparato estatal dicha protección no sea efectiva y socialmente no existan progresos.
9. El Artículo 202 bis, del Código Penal no cumple con la función de sistematizar claramente todos los elementos del objeto de sanción, en si

mismo no constituye una verdadera protección de los derechos humanos, su aplicación después de mas de dos años de vigencia es casi nula.

10. La causa de la impunidad de los delitos por discriminación son:

- a. Una regulación penal imprecisa e inadecuada a las necesidades socioculturales de una Guatemala multicultural, multiétnico y plurilingüe.
- b. La apatía y el desconocimiento de los operadores de justicia del tema de discriminación y racismo.
- c. La desconfianza y la falta de credibilidad que tienen del sistema de justicia, los ciudadanos guatemaltecos y el desconocimiento de los mecanismos legales a los que tienen derecho para la búsqueda de justicia.

11. Las cláusulas generales en los tipos penales son una clara violación al principio constitucional de legalidad.

## RECOMENDACIONES

1. Se deben redoblar los esfuerzos tanto gubernamentales como de la sociedad civil para promover el multiculturalismo y el respeto a la dignidad de los pueblos indígenas, en vías de la eliminación del monoculturalismo y la discriminación.
2. Se recomienda al Gobierno que preste especial atención a la situación de los derechos humanos de las mujeres y niños indígenas, quienes son un sector altamente vulnerable ante la múltiple discriminación de la que son objeto y que se implemente un programa realista para la efectiva protección de sus derechos.
3. Es de urgente necesidad la revisión de toda la legislación nacional vigente, con el objeto de eliminar sus aspectos discriminatorios.
4. Un Código Penal que se ajuste a las necesidades de una sociedad moderna y que contemple delitos en contra de los derechos humanos y libertades fundamentales es de urgente necesidad, por lo que se recomienda una reforma a dicha legislación para que se incluya una mejor tipificación del delito de discriminación y la creación de nuevas figuras delictivas como el racismo, la xenofobia.
5. Se hace un llamado a la comunidad universitaria para apoyar la enseñanza e investigaciones futuras en materia de discriminación, así mismo a realizar estudios mas profundos sobre la discriminación por estado de gestación y del acoso sexual como otra manifestación de discriminación contra la mujer.
6. Se recomienda así mismo la capacitación de jueces y operadores de justicia en materia de género, multiculturalidad, discriminación y derecho consuetudinario.

## ANEXO

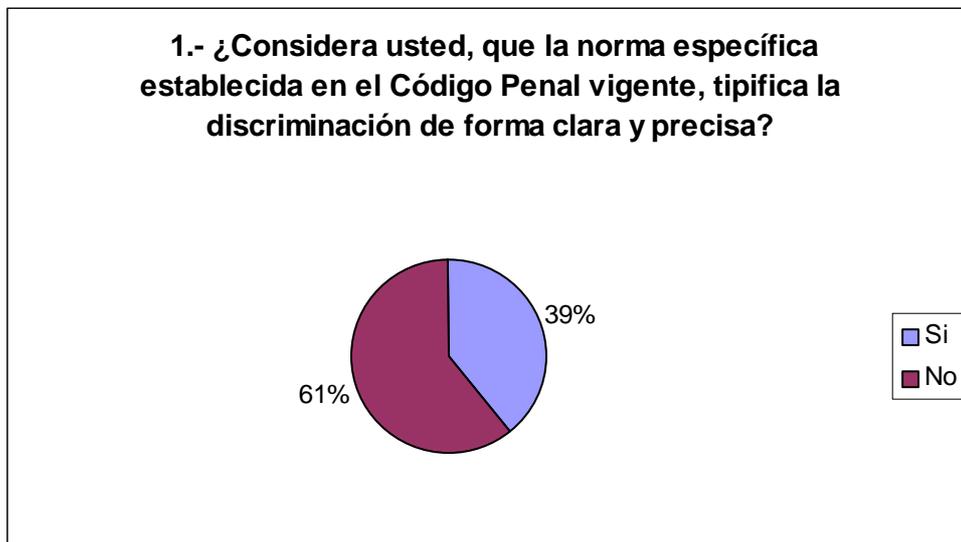
### Resultados de la investigación de campo

Fueron encuestados Jueces de Primera Instancia Penal, Jueces de Tribunales de Sentencia y Fiscales del Ministerio Público de siete cabeceras departamentales (Antigua Guatemala, Ciudad de Guatemala, Chimaltenango, Huehuetenango, Quetzaltenango, Sololá y Totonicapán.)

Para llevar a cabo la investigación de campo se elaboró una boleta de entrevistas la que contiene ocho preguntas , de la una a la cuatro y la seis son de carácter cerrado pero dejan abierta la posibilidad de justificar la respuesta y las preguntas cinco, siete y ocho son preguntas abiertas.

Del total de boletas entregada el 43 % no fueron contestadas por los encuestados.

Corresponde una grafica por cada pregunta respectivamente, de la siguiente manera:

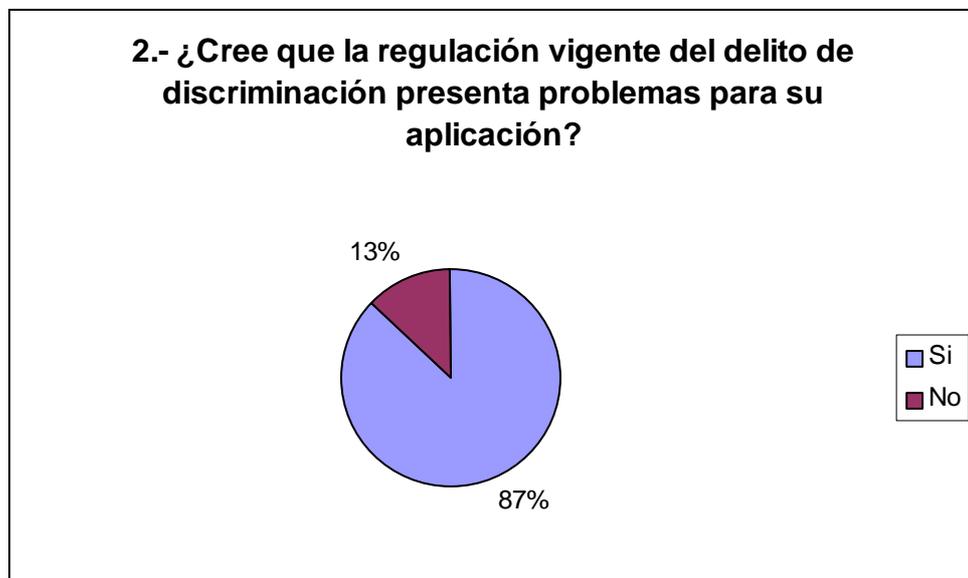


*Grafica # 1.*

Del total de encuestados que respondieron *no* a la pregunta numero uno, explican el:

- 38 % que es necesario que se desarrolle de manera mas clara y precisa, la tipificación de la discriminación.
- 31 % que es un tipo penal muy abierto, por lo que se presta a interpretaciones extensivas o analógicas.

- 19 % que la norma no es taxativa.
- 6 % viola el principio de legalidad.
- Y otro 6 % que presenta dificultades probatorias.

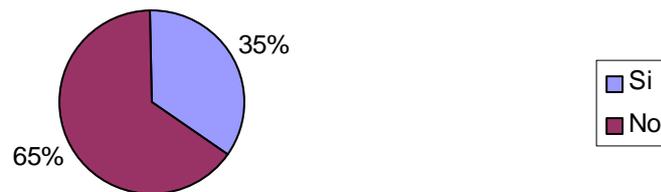


Grafica # 2.

De1 total que respondió *si* a la pregunta numero dos, un:

- 60 % indicó que es muy general la redacción de la norma y no es clara.
- 20% que presenta dificultades para investigar y probar.
- 15 % por desconocimiento en la materia de la población y operadores de justicia.
- 5 % a una sociedad excluyente por raíces históricas.

**3.- ¿Considera que a través de la regulación penal vigente del delito de discriminación existe una efectiva tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales?**



*Grafica # 3.*

De los que contestaron *no* a la pregunta numero tres un:

- 34 % opina que, la norma es muy general.
- 33 % que, los derechos humanos y libertades fundamentales necesitan una tutela mas efectiva.
- 25 % , cree que viola garantías constitucionales
- y un 8 % no explico su respuesta.

**4.-¿ Considera que es necesaria la creación de varios Art. en el Código Penal guatemalteco que tipifiquen de forma clara y precisa las conductas discriminatorias y de intolerancia, para una mejor tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales?**

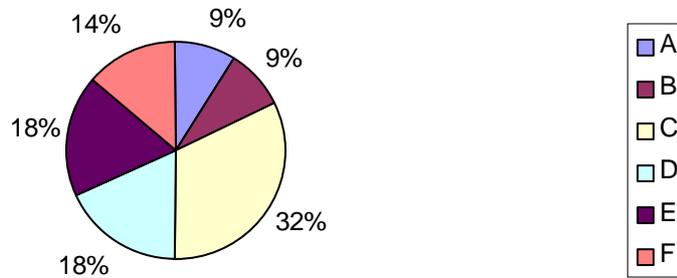


*Grafica # 4.*

Del total que contestaron *si* a la pregunta numero cuatro el:

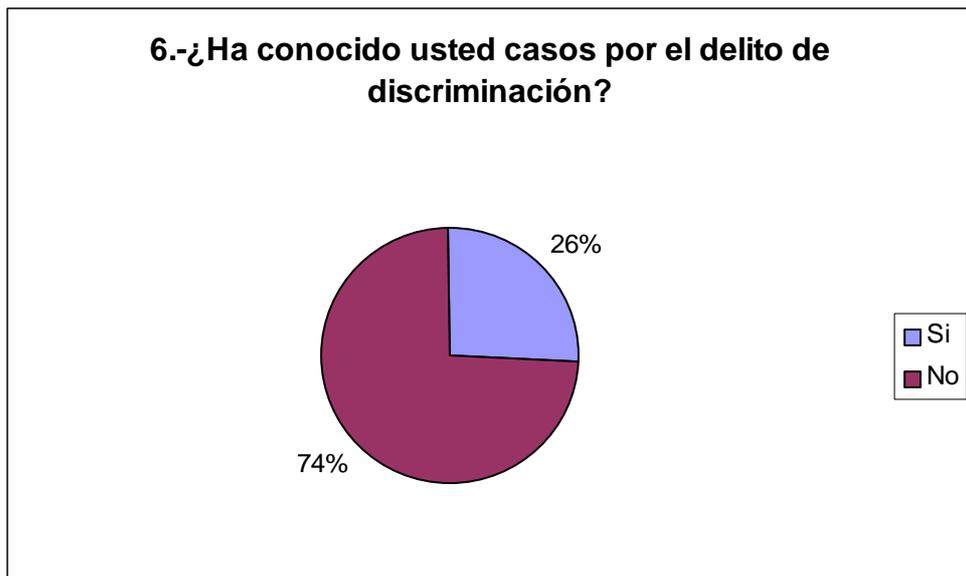
- 41% cree que existen formas particulares de discriminación que quedan fuera de la norma penal vigente,
- 35 % indica que es necesario que se especifique todas la clases y elementos que componen la discriminación,
- 12 % que deben encuadrarse taxativamente las conductas que resultan necesarias penar
- 6 % que se operativice el principio de legalidad
- y un ultimo 6 % cree que es necesaria una ley especial.

**5.- ¿Que cambios aconsejaría usted en la descripción de las conductas prohibidas en el Artículo 202bis, Código Penal guatemalteco ?**



*Grafica # 5.*

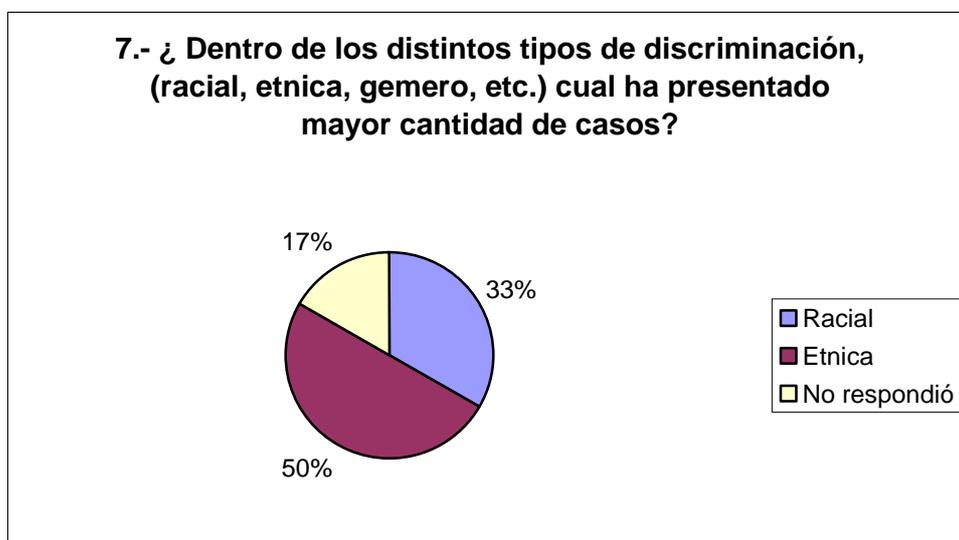
- A.- Definir racismo, clases de discriminación y cual es la aplicación del derechos consuetudinario.
- B.- Que se señale en forma concreta y taxativa cada una de las acciones u omisiones que van a ser objeto de sanción.
- C.- Que se describan en varios tipos penales, con mayor claridad y precisión las conductas discriminatorias.
- D.- Desarrollar una ley especial en materia de discriminación.
- E.- No aconseja ningún cambio.
- F.- No contestó.



*Grafica # 6.*

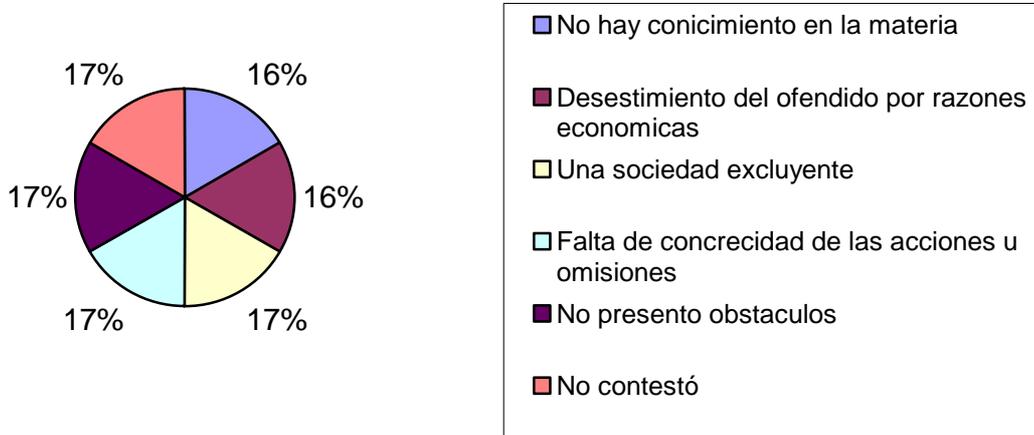
En el resultado de esta pregunta se refleja que existe poca aplicación de la ley en cuanto al juzgamiento de delitos por discriminación.

Las dos siguientes preguntas debieron ser contestados únicamente por los que respondieron positivamente a la pregunta numero seis.



*Grafica # 7.*

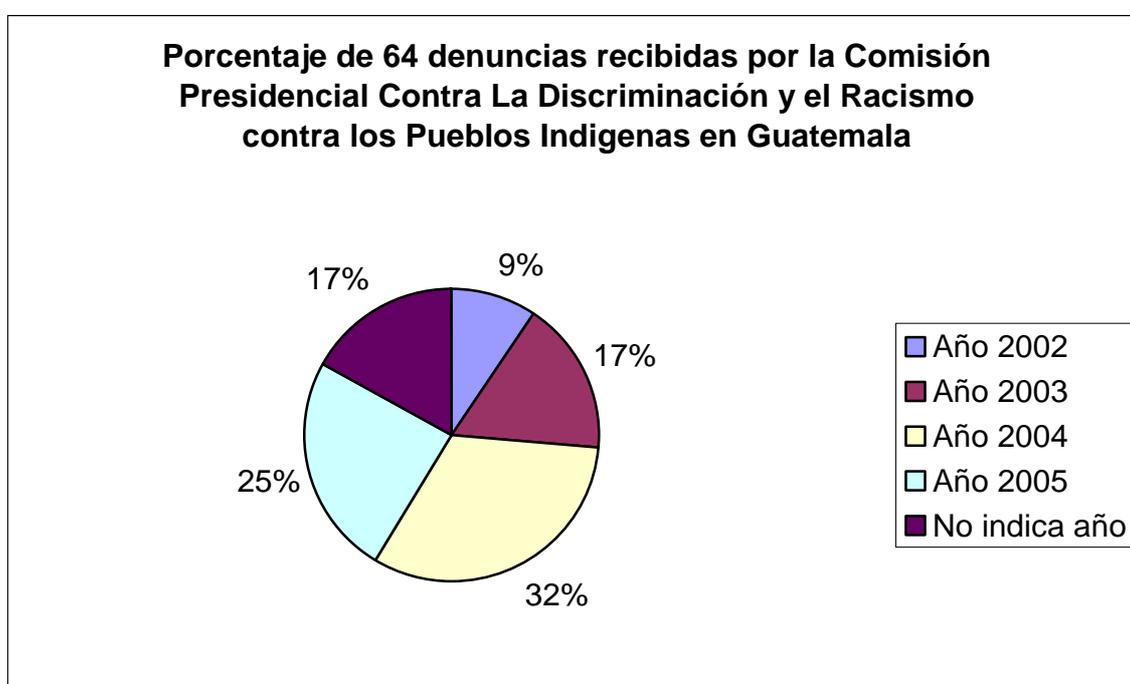
**8.- Con la actual legislación ¿cuál ha sido el mayor obstáculo en la investigación y búsqueda de la tipicidad en los delitos por discriminación?**



*Grafica # 8.*

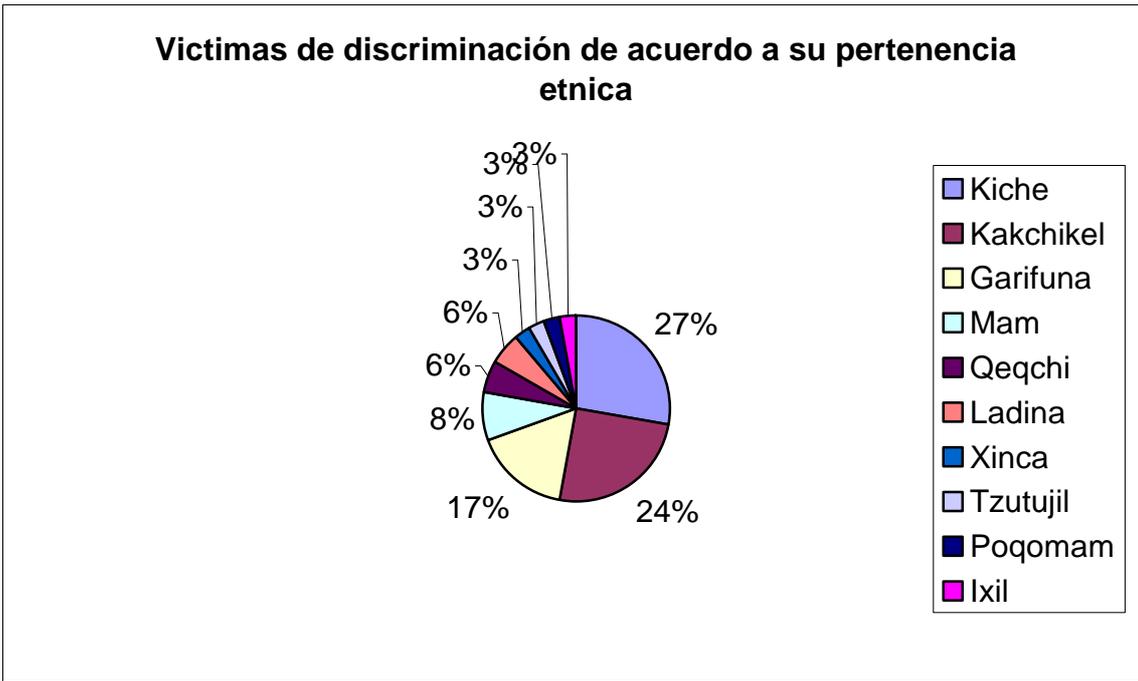
**Denuncias recibidas por la Comisión Presidencial Contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas en Guatemala, (CODISRA) desde el año 2002 a abril del 2005.**

El registro general de denuncias de la CODISRA fue proporcionado por el departamento jurídico de esa Comisión.<sup>52</sup> De cuyo registro posible obtener los siguientes datos estadísticos:

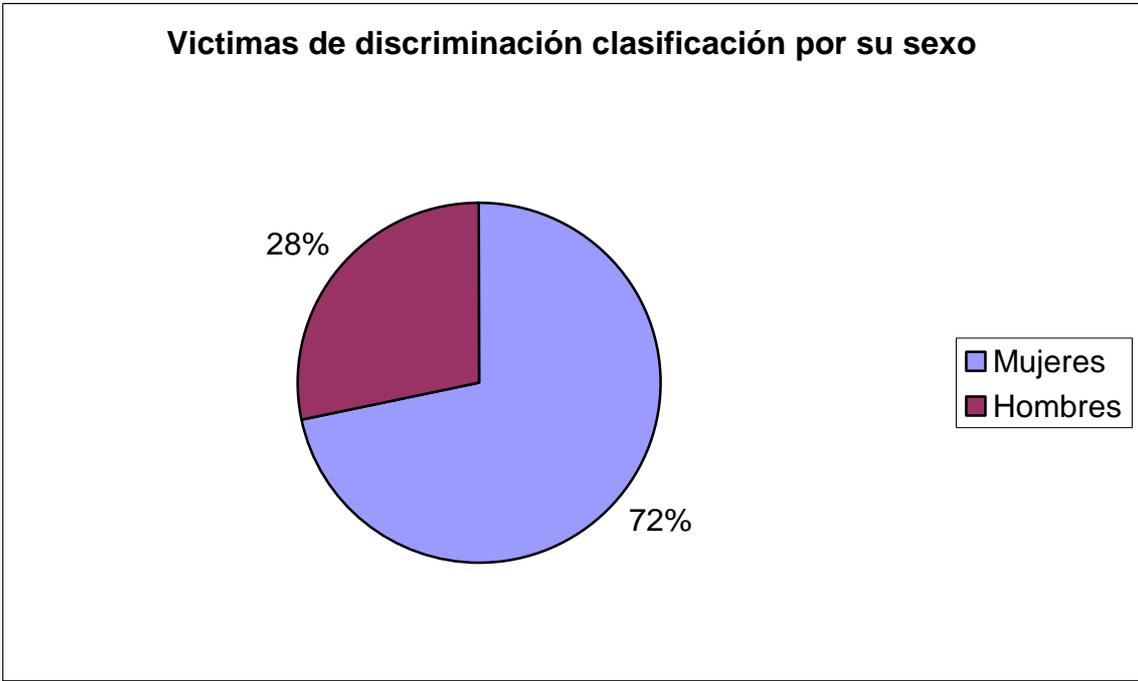


*Grafica # 9.*

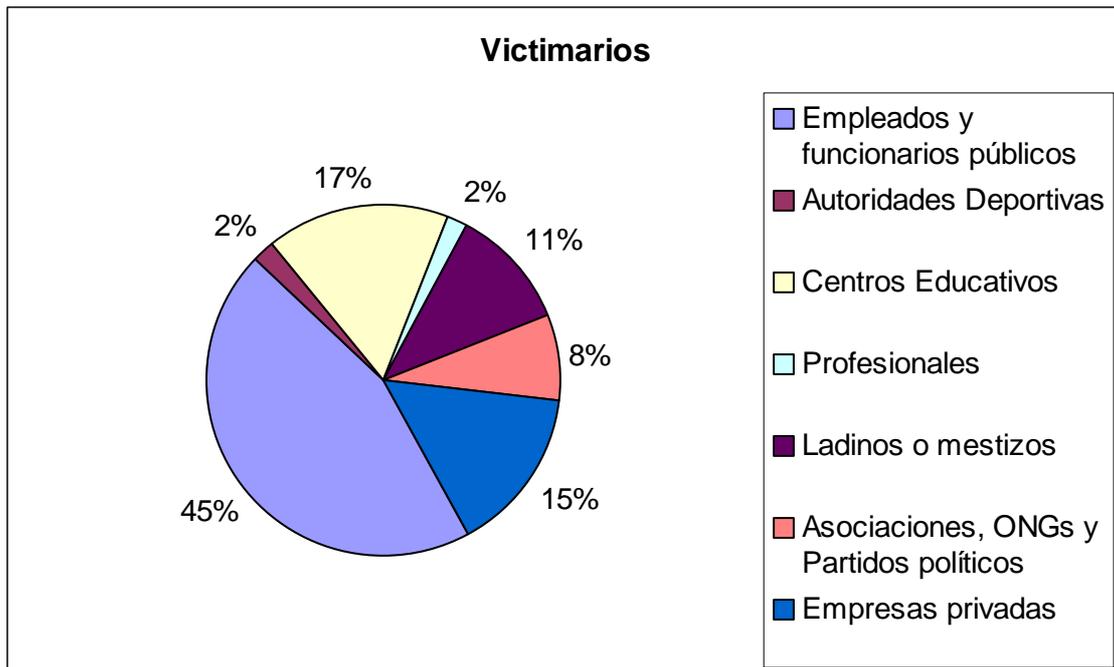
<sup>52</sup> Se registraron 64 denuncias desde el año 2002 al 2005, dichas denuncias fueron tabuladas y posteriormente graficadas por la autora.



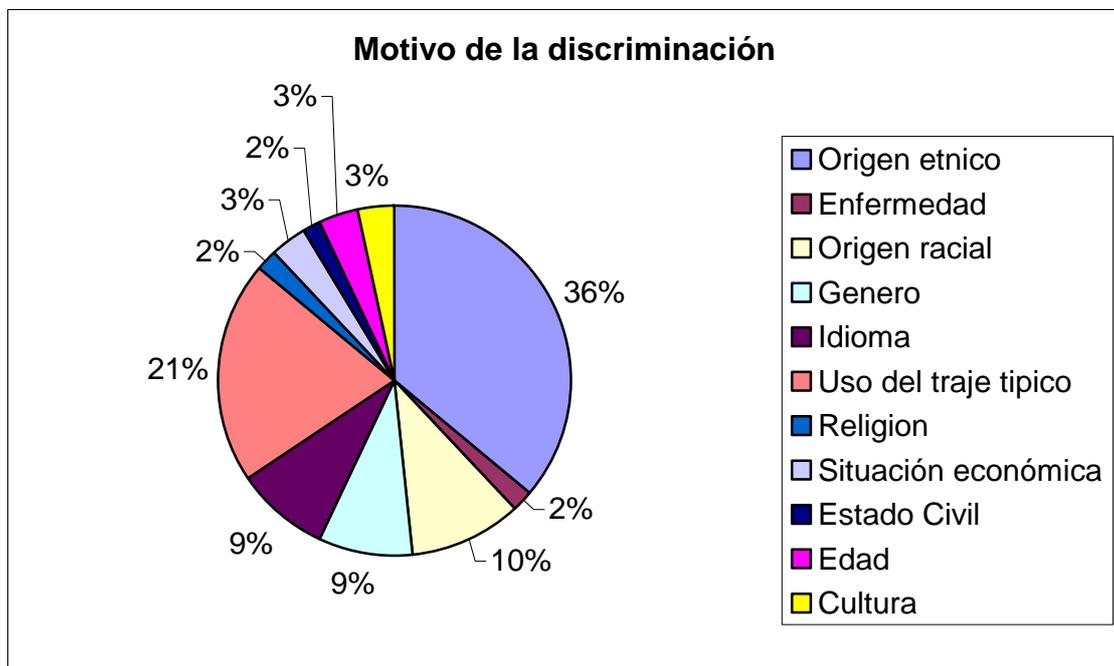
Grafica # 10.



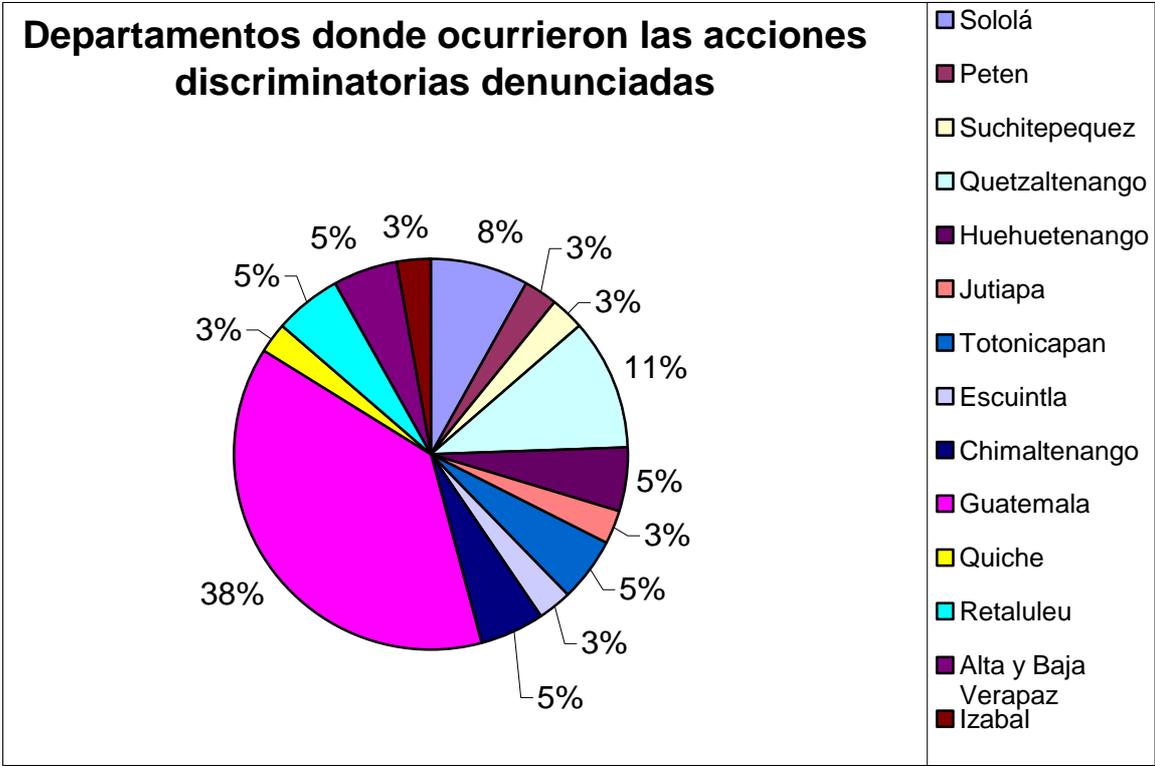
Grafica # 11.



Grafica # 12.

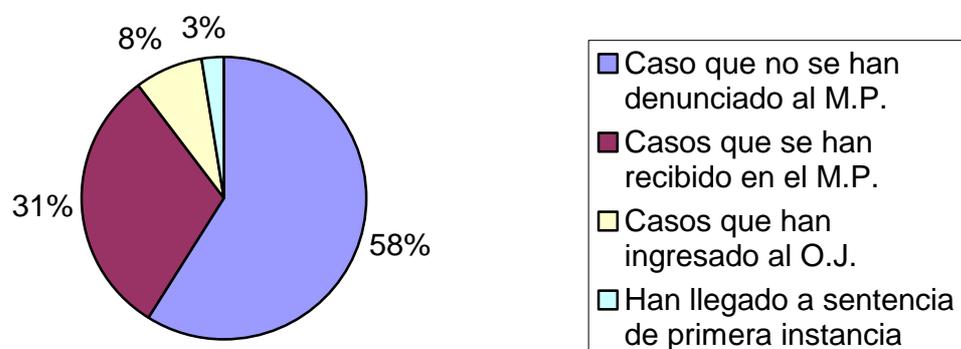


Grafica # 13.



Grafica # 14.

**Evolución de los procesos jurídicos por delito de discriminación desde octubre de 2002 hasta abril de 2005**



*Grafica # 15.*

## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO Z., Enrique. **Manual de derecho penal, parte general**, Santa Fé de Bogotá- Colombia: Ed. Temis, 1996.
- BARAHONA MUÑOZ, Olga Violeta. **Manual para la elaborar seminarios y tesis de graduación**, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria 2002.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1992.
- CASAÚS ARZÚ, Marta Elena. **La metamorfosis del racismo en Guatemala**. Guatemala: Ed. Cholsamaj, 2004.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis. Gimenez-Salinas i Colomer. Coordinadores. **Manual de derecho penal guatemalteco**, Parte General. Guatemala: Ed. Artemis Edinter S.A. 2001.
- FLORESCANO, Enrique. **Etnia, estado y nación**. México: Ed. Taurus 2000.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. México: Ed. Porrúa. S.A. 1978.
- GIL PÉREZ, Rosario y Orantes Lemus, Estuardo. **Sociología de Guatemala**. Guatemala: Ed. Universitaria, 6ª. ed. 1996.
- LÓPEZ BARCENAS, Francisco. **El pueblo indígena como sujeto de derecho**. Huehuetenango: Programa de Educación a Distancia. Paquete Pedagógico, 2004.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. **Introducción al derecho constitucional**. Valencia: Ed. Tirant lo balnch, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general de delito**. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Ed. Temis. S.A. 1999.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. México: Ed. Temis, 1994.

POP AC, Amílcar de Jesús. **Orden social maya o derecho maya.** V Diplomado sobre “Derecho indígena y aplicación del Convenio 169 de la OIT en el marco de la legislación guatemalteca vigente” de junio a septiembre de 2004.

Real Academia de la Lengua Española, **Diccionario** Ed. Océano, Presentación CD.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito,** Tomo I. Madrid: Ed. Civitas S.A. 1997.

SOSA ELÍZAGA, Raquel. Coordinadora. **Sujetos, víctimas y territorio de la violencia en América Latina.** Universidad de la Ciudad de México. 2004.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Guatemala del uno al 11 de Septiembre del 2002.** Guatemala: Ed. Ediciones Superiores, 2003.

WITKER, Jorge. **La investigación jurídica.** México: Ed. McGraw-Hill. 1985.

## **Legislación**

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

**Constitución Española.** Referéndum Nacional, 1978.

**Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.** Consejo Parlamentario, 1949.

**Declaración Universal de Derechos Humanos.** Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

**Declaración Sobre Razas y Prejuicios Raciales.** Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura, 1978.

**Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.** Asamblea General de las Naciones Unidas, 1983.

**Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.** Organización Internacional del Trabajo, 1996.

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Asamblea General de las Naciones Unidas , 1992.

**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Asamblea General de las Naciones Unidas, 1988.

**Código Penal Guatemalteco.** Congreso de la República, Decreto 17-73, 1973.

**Código Penal Español.** Cortes Generales, Ley Orgánica 10/1995, 1995.

**Strafgesetzbuch.** Bundestag, 1871 . ( Código Penal Alemán).