

Comisión Presidencial contra el Racismo y la Discriminación contra los Pueblos Indígenas de Guatemala (CODISRA); Defensoría de la Mujer Indígena (DEMI); Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).

APORTES PARA EL LITIGIO EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, ÉTNICA Y DE GÉNERO. PONENCIAS DICTADAS EN EL MARCO DE LA CAPACITACIÓN TÉCNICA SOBRE LITIGIO ESTRATÉGICO EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN. ---Guatemala, 2010.

137 p.; cm.

ISBN:

TEMAS (DESCRIBIR)

Guatemala, diciembre 2010

“Proyecto Contribuyendo a la erradicación del racismo y la discriminación étnica y de género, particularmente hacia mujeres indígenas”

Financiado por la República Federal de Alemania



con el apoyo de:



PRESENTACIÓN

La Defensoría de la Mujer Indígena –DEMI– y la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo Contra los Pueblos Indígenas en Guatemala –CODISRA– con el acompañamiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala –OACNUDH–, ejecutaron entre 2008 y 2010 el Proyecto “Contribuyendo a la erradicación del racismo y la discriminación étnica y de género, particularmente hacia mujeres indígenas” con el apoyo financiero del Gobierno de la República Federal de Alemania. Los objetivos de este Proyecto fueron definidos en dos grandes líneas, la primera de ellas, sensibilizar a la sociedad y contribuir al cambio de actitudes hacia el respeto de la diversidad cultural, a través de la visibilización de la situación de discriminación hacia las mujeres indígenas; y la segunda, contribuir al fortalecimiento de los mecanismos para prevenir y sancionar la discriminación étnica y de género.

Para dar cumplimiento al segundo objetivo, las instituciones socias DEMI y CODISRA desarrollaron entre noviembre 2009 y diciembre 2010 un proceso de capacitación técnica en materia de litigio estratégico en casos de discriminación dirigida a su personal jurídico de DEMI y CODISRA. Este proceso se diseñó para lograr tres objetivos: A) Generar un proceso de facilitación de información para los equipos jurídicos de CODISRA y DEMI sobre el racismo y la discriminación, particularmente contra la mujer indígena, para consolidar sus conocimientos y práctica jurídica frente a los casos de discriminación que atienden. B) Dotar a los equipos del conocimiento de las herramientas o acciones propias del litigio estratégico. C) Consolidar criterios institucionales para el abordaje jurídico de los casos de discriminación.

El proceso de capacitación se desarrolló mediante ocho módulos que sobrepasaron las 100 horas de trabajo. La mayoría de estos módulos se impartieron en la ciudad capital y en el occidente del país y lograron llegar a más de 50 funcionarios y funcionarias de CODISRA y DEMI. Para el desarrollo de las sesiones de capacitación se contó con la participación de 21 expertos y expertas nacionales, incluyendo abogados y abogadas litigantes, funcionarios del sistema de justicia, antropólogos, lingüistas, expertas en género, comunicadores y psicólogos, quienes compartieron sus conocimientos y experiencias, abordando una gran variedad de tópicos relacionados con el litigio estratégico en casos de discriminación.

Dada la riqueza de los insumos provistos por los docentes en las sesiones de trabajo, las instituciones socias del Proyecto acordaron la publicación de algunas de las ponencias presentadas en el marco de la capacitación para contribuir a proveer insumos relevantes a quienes en el día a día trabajan haciendo oír su voz para combatir la discriminación. Se espera que este documento constituya un elemento para contribuir a la discusión constructiva sobre el litigio en casos de discriminación, particularmente entre organizaciones sociales, sector académico y sistema de justicia.

“Proyecto contribuyendo a la erradicación del racismo y la discriminación étnica y de género, particularmente hacia mujeres indígenas”

Cleotilde Cu Caal
Defensora de la Mujer Indígena
DEMI

Jacobo Bolvito
Comisionado Coordinador
CODISRA

Alberto Brunori
Representante
OACNUDH

INDICE

Abordaje teórico de la discriminación y el racismo M. Guisela Mayén	5
El delito de discriminación en la legislación guatemalteca frente a los estándares internacionales sobre la materia Miguel Angel Urbina Martínez	9
La discriminación y el racismo desde la perspectiva jurídica Pedro Ixchiu García	27
El peritaje antropológico M. Guisela Mayén	43
El peritaje lingüístico como prueba en casos de discriminación Guillermina Herrera Peña	53
El debate y la sentencia en casos penales de discriminación Benito Morales	75
La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en casos de discriminación Carolina Reyes de Barahona y Aylin Ordóñez Nájera	81
La utilidad y viabilidad de los procesos administrativos disciplinarios en casos de discriminación Carlos Paz	103
Enfoque de género y su aplicación al litigio, particularmente en casos de discriminación Hilda Morales Trujillo	113
Litigio en casos de discriminación de género en Guatemala Carmen López de Cáceres	125

Abordaje teórico de la discriminación y el racismo

M. Guisela Mayén¹

Disciplinas como la antropología, la sociología y principalmente la biología han planteado que no existen las razas, que existe un solo un género humano, por lo que se afirma que el concepto raza es una construcción social subjetiva. El término sin embargo, no solo se continúa utilizando sino que, ha pasado por una serie de transformaciones semánticas. Conviene por lo tanto, para entender su significado actual hacer un breve recuento de su desenvolvimiento.

Conviene aclarar, que el concepto "raza" siempre ha estado asociado a características biológicas como el fenotipo, tales como color de la piel y textura del pelo. Lo que ha variado en la historia es el significado social y cultural que se le asigna. Algunos autores como Wade (1997) identifican tres momentos históricos, el primero el de la "naturalización de las diferencias", el segundo "el racismo científico y el tercero "la construcción social de la raza".

La primera etapa se sitúa partir del s. XVI hasta el s. XVIII, periodo durante el que se realizó una clasificación de las razas humanas basadas en características físicas y diferencias biológicas asociados a determinados atributos sociales que vienen dados naturalmente por dichas diferencias, es decir que se entendía que ciertas características sociales y culturales están condicionadas por naturaleza. Se crearon tipologías raciales, basadas en las medidas de la cabeza y de la anatomía corporal. Las medidas anatómicas, el tamaño de la cabeza y el color de piel se asociaron con diferentes niveles del desarrollo de la civilización. Se planteó la superioridad racial de los europeos asociada a su desarrollo civilizatorio frente a la supuesta inferioridad de otros grupos humanos cuya formas de cultura fueron consideradas como salvajismo.

Esta fue la época de los descubrimientos y posterior colonización de territorios fuera de Europa. La justificación del colonialismo con todas sus consecuencias constituye la principal razón para justificar la superioridad racial europea frente a la supuesta inferioridad de los colonizados.

La segunda etapa se sitúa a lo largo del s. XIX, se basa en teorías evolucionistas entre las cuales la que mayor incidencia tuvo en el desarrollo de las concepciones de raza superiores e inferiores fue la evolución de las especies de Darwin, la que fundamenta el llamado darwinismo social, que afianza más las concepciones de la inferioridad racial asociados a distintos grados de evolución o desarrollo social. En la primera mitad del s XX, el darwinismo social planteó que los individuos y colectividades con mayor capacidad serían los más aptos para sobrevivir, mientras que los que los que tenía menor capacidad estarían bajo la dirección de los más civilizados. El darwinismo social desembocó directamente en el racismo y la xenofobia.

A partir de los años 40 del s. XX, la antropología y la sociología empiezan a cuestionar las teorías vigentes hasta entonces, plantean lo dicho al inicio, y entonces, cuando ya no fue posible aducir diferencias biológicas para justificar la desigualdad, se recurrió a las culturales (Informe Nacional de Desarrollo Humano, 2005). Se institucionalizó la exclusión por medio de políticas segregacionistas y xenofóbicas, las que han tenido graves consecuencias como el exterminio de judíos, gitanos y otros pueblos en Europa, o el genocidio sufrido por políticas de tierra arrasada que hizo desaparecer aldeas completas en Guatemala.

¹ Antropóloga, especialista en Derecho Indígena y Peritaje antropológico

Racismo, Discriminación y Prejuicio

Según Casaús (2006), existen dos posturas,

“Por una parte están aquellos autores que consideran que la discriminación es algo más amplio que abarca el racismo y que creen que éste y el etnocentrismo son expresiones concretas de la discriminación. Por otra parte están quienes sostienen, nosotros, que el racismo es un sistema global, una unidad de acción que abarca todas las otras manifestaciones y que afecta al conjunto de las sociedades postcoloniales” (Casaús, 2006).

Interpretando la postura de Casaús, se diría que la discriminación es una forma concreta de expresar racismo.

“La discriminación consiste en ofrecer oportunidades y tratamiento negativamente diferenciados a las personas...lo que acaba por restringir su acceso al pleno usufructo de recursos, servicios y derechos” (Segato, 2006).

En tanto que el prejuicio se refiere a opiniones o actitudes mantenidas por los miembros de un grupo respecto a los de otros. El prejuicio consiste en tener una opinión o idea acerca de un miembro de un grupo sin realmente conocer al individuo. Es decir sostener puntos de vista preconcebidos o estereotipados. El estereotipo es un conjunto de valoraciones o atributos negativos que se le adjudican a los miembros de un grupo.

La discriminación racial es una manifestación concreta del racismo. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD), de las Naciones Unidas (adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1965 y vigente desde 1969), define la discriminación racial como “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en raza, color, descendencia u origen nacional o étnica que tenga el propósito o el efecto de anular o perjudicar el reconocimiento, gozo o ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

Esta definición es jurídica y posibilita la identificación de actos de racismo en términos del derecho para llevar a cabo procesos, tanto dentro del sistema de justicia del país como en el sistema internacional. Sin embargo es indispensable la comprensión del racismo y la discriminación racial en sus distintas manifestaciones.

Según Cunningham (2001), actualmente existen diversas manifestaciones de racismo y discriminación racial,

“Entre los problemas contemporáneos del racismo y la discriminación racial, podemos señalar los siguientes:

Las limitaciones, restricciones y deformaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades étnicas, incluyendo nuestro derecho a la vida y nuestra continua existencia como pueblos.

La extinción de derechos aborígenes sobre nuestras tierras, territorios y recursos, incluyendo nuestros medios de subsistencia, así como los derechos confirmados por

tratados y acuerdos firmados con los Estados. Ha de señalarse que el concepto de extinción se aplica solamente a los pueblos indígenas y sus derechos.

Las prácticas de desposesión, expropiación, confiscación, usurpación y dominación de nuestras tierras, territorios y recursos.

La falta de aceptación de, y los ataques a, las prácticas culturales y espirituales, las economías y formas de vida tradicionales, a nuestro patrimonio cultural e intelectual, así como a nuestros lugares sagrados y de significación histórica, de los que hacen parte nuestras prácticas de salud y conocimientos farmacológicos, combinados con continuos intentos de apropiación de estos, incluyendo códigos genéticos humanos, animales y vegetales.

Los desplazamientos y la renuncia forzados de pueblos indígenas y afrodescendientes fuera de nuestros territorios debido a conflictos armados o para implementar proyectos de desarrollo ajenos a nuestros pueblos.

La falta de respeto a las normas y principios de equidad en la prestación de servicios de salud, el acceso a la vivienda, a la formación, capacitación y educación en todos los niveles, así como al empleo, lo que resulta en la frustración de nuestros planes integrales de vida y en nuestra mayor exclusión y empobrecimiento.

La imposición de la hegemonía de sistemas jurídicos coloniales que buscan desconocer y anular los sistemas jurídicos propios de nuestros pueblos, agravados por la falta de acceso adecuado a los tribunales y la negación del principio de debido proceso.

Víctimas de la discriminación racial

De acuerdo a Segato (2006), existen tres tipos de personas que son los "destinatarios del prejuicio y de la discriminación racista" que presiona a las personas a permanecer en las tareas menos prestigiosas y en los estratos sociales más pobres.

- Grupos étnico-raciales: son aquellas personas o grupos humanos que "conjugan una diferencia racial, un signo fenotípico, con un patrimonio cultural idiosincrático" (por ejemplo, de las poblaciones negras de los palenques en Colombia o de los quilombos en Brasil);
- Grupos raciales o personas que "exhiben trazos raciales como color de piel, tipo de cabello, formato de los labios y de la nariz, etc., pero sin necesariamente ser portadoras de un patrimonio cultural diferenciado" (ejemplo la mayoría de población negra en Brasil); y
- Personas pertenecientes a pueblos "marcados por el cultivo y la transmisión de un patrimonio cultural idiosincrático y conductores de una trama histórica que reconocen como propia pero que, debido a un antiguo proceso de mestizaje, no necesariamente exhiben trazos raciales que las distinguen de la población de su región o nación". Esto puede ocurrir, por ejemplo, con miembros de la mayoría de las naciones indígenas del continente, y podemos hablar en ese caso de etnicidad sin raza. La misma autora (Segato, 2006) plantea que existe cuatro tipos de actitud racista que son los más comunes:

- Un racismo de convicción, axiológico: que se expresa a través de un conjunto de valores y creencias explícitas que atribuyen predicados negativos (o positivos) en función del color, trazos físicos o grupo étnico al que la persona pertenece.
- Un racismo político-partidario-programático: que sirve de base para la formación de agrupaciones políticas que votan mancomunadamente y abogan por un antagonismo abierto contra sectores de la población racialmente marcados. (Ej. el Ku-Klux-Klan en los EEUU)
- Un racismo emotivo: que se expresa a través del miedo, rencor o resentimiento con relación a personas de otra raza o grupo étnico.
- Un racismo “de costumbre”, automático o “acostumbrado”: irreflexivo, naturalizado, culturalmente establecido, que no llega a ser reconocido como atribución explícita de valor diferenciado a personas de grupos raciales y étnicos. Se opone a los racismos fundamentados en una consciencia discursiva. Este tipo de racismo hace parte del universo de las creencias más profundas y arraigadas. El último de estos cuatro tipos es el más frecuente en América. Es la forma que hace más víctimas en la convivencia diaria. Es también aquella de la que es más difícil defenderse, pues opera sin nombrar.

Finalmente, como se ha dicho la raza no es hecho objetivo de la biología, sino una categoría históricamente formada. Es por eso que, en cada país, la percepción y clasificación racial cambia de manera a veces dramática. Para algunos, la raza es una cuestión de apariencia física; mientras que en otros países (los anglosajones por ejemplo) es una condición dada por el origen, es decir la descendencia y el grupo familiar.

Bibliografía

Casaús, Martha (2006), La verdadera magnitud del racismo en Guatemala: Ensayo para una definición y premisas para la elaboración de un mapa conceptual. En Diagnóstico del Racismo en Guatemala, s.e.

Cunningham Myrna (2001) “Manifestaciones Contemporáneas de Racismo y Discriminación Racial” <http://alainet.org/publica/cmrx/>

Segato, Rita (2006) Racismo, Discriminación y Acciones Afirmativas, Serie Antropología No. 404 <http://www.pathwaystohighereducation.com/resources/pdf/0017.df#page=64>

Wade, Peter (1997), Race and ethnicity in Latin America, Pluto Press, Chicago.

El delito de discriminación en la legislación guatemalteca frente a los estándares internacionales sobre la materia

Miguel Angel Urbina Martínez²

La declaración y el plan de acción de Durban (2001) así como la Conferencia de Examen Durban (2009) constituyen el eje de articulación en torno al cual giran los estándares internacionales orientados a la prevención, erradicación y sanción de actos de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia.

En el párrafo 51. de la Conferencia de Examen Durban se “(...) Destaca la necesidad de que se adopte un enfoque amplio y universal para prevenir, combatir, sancionar y erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todas sus formas y manifestaciones en todas partes del mundo;”, y reafirma en el párrafo 33 que “(...) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es el principal instrumento internacional para prevenir, combatir y erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;” cuya aplicación es fundamental en la lucha contra todas las manifestaciones de racismo y discriminación racial (Examen Durban 34).

Desde la perspectiva de la Conferencia de Examen Durban “(...) la interpretación que hace el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial del concepto de la discriminación racial según figura en la Convención, [constituye] una interpretación que permite afrontar las formas múltiples o agravadas de discriminación;” (Examen Durban 35).

Lo anterior concuerda con lo expresado en la Recomendación General XXXI (2005) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –CERD-, relativa a la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, en la que se expresa la disposición a “(...) combatir todas las formas de discriminación en la administración y el funcionamiento de la justicia penal que puedan sufrir en todos los países del mundo las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos, en particular los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas), los romaníes/gitanos, los pueblos autóctonos, las poblaciones desplazadas, las personas discriminadas a causa de su ascendencia, así como los demás grupos vulnerables especialmente expuestos a la exclusión, la marginación y la falta de integración en la sociedad, y prestando especial atención a la situación de las mujeres y los niños de los grupos mencionados, que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y su sexo o su edad,(...).

Respecto del estado situacional, a partir del examen de los informes nacionales efectuados en 2009 y 2010 por el CERD, se advierte que a pesar de los avances destacados, son diversos los desafíos que aún tienen los Estados para prevenir, combatir, sancionar y erradicar las diversas manifestaciones de racismo, xenofobia y formas conexas de intolerancia.

2 Abogado y notario guatemalteco. Experto en derecho penal y derecho procesal penal. Con amplia experiencia en las reformas de sistema de justicia de Guatemala, Paraguay, República Dominicana y otros países de América Latina.

Los desafíos que se presentan van desde la falta de incorporación a las legislaciones nacionales de las disposiciones de la Convención (Chad-2009 y Dinamarca-2010) hasta la falta de operativización de las mismas, aspecto que en diversos estadios se encuentran los demás países.

En materia penal, del examen de los informes nacionales presentados en 2009 y 2010 se advierte que diversos países aún no cuentan con una regulación penal del delito de discriminación, o bien, la misma no contempla todos los supuestos establecidos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –ICERD–.

Igualmente, puede advertirse que la respuesta de los sistemas jurídicos para procesar y sancionar a los actos discriminatorios no corresponde con la magnitud del fenómeno social que representa la discriminación, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.

CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS PUNIBLES O DELICTIVAS

En el derecho convencional el ICERD es el que caracteriza con mayor precisión las conductas discriminatorias, los demás instrumentos hacen referencia genérica a la obligación de los estados, así por ejemplo, se establece en la CEDAW, el deber de "(...) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer" (CEDAW, Art. 2.b); en el CRC, "(...) [Adoptar] todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares." (CRC, Art. 2.2); y, el ICRPD "(...) [prohibir] toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo." (ICRPD, Art. 5).

Según lo dispuesto en el ICERD, *prima ratio*, existe la obligación de prohibir y sancionar penalmente ciertas conductas, principalmente, las establecidas en el artículo 4. que en estricto sentido regula las siguientes:

- Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial (CERD, Art. 4.a);
- Toda incitación a la discriminación racial (ICERD, Art. 4.a);
- Todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico (ICERD, Art. 4.a);
- Toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación (ICERD, Art. 4.a);
- La participación en las organizaciones que promuevan la discriminación racial e inciten a ella (ICERD, Art. 4.b);
- La participación en actividades organizadas de propaganda que promuevan la discriminación racial e inciten a ella (ICERD, Art. 4.b);
- La participación en actividades que promuevan la discriminación racial e inciten a ella (ICERD, Art. 4.b);

El cumplimiento de dicha obligación ha sido reiterado por el CERD en sus recomendaciones generales I (1972), relativa a las obligaciones de los Estados Partes (artículo 4 de la

Convención), VII (1985) relativa a la aplicación del artículo 4 de la Convención; XV (1993) relativa al artículo 4 de la Convención, en esta última precisa que el apartado a) del artículo 4 "(...) exige que los Estados Partes sancionen cuatro categorías de comportamiento indebido: i) la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial; ii) la incitación al odio racial; iii) los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico; y iv) la incitación a cometer tales actos." (Párrafo 3); así también en el apartado b), del mismo párrafo (...) la financiación de actividades racistas, que, en opinión del Comité, incluyen todas las actividades (...) del apartado a).

En la Observación General XXXI (2005) se reitera nuevamente en el párrafo 4.a) el deber de los Estados para ajustar sus marcos legales "(...) plenamente a los imperativos del artículo 4 de la Convención y enjuiciar por la vía penal todos los actos de racismo contemplados en ese artículo, que deberían tipificarse como delitos punibles, particularmente la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio raciales, la incitación al odio racial, la violencia o la incitación a la violencia racial, así como las actividades de propaganda racista y las organizaciones racistas.(...)"

De esta última observación, aún y cuando no es del todo clara, se puede advertir la penalización de las organizaciones racistas, y ya no solamente sus actividades, la pertenencia o la participación en las mismas; lo cual es trascendente dado que la tendencia sostenida había estado referida a la determinación de la responsabilidad penal individual y no de personas jurídicas legalmente constituidas o de hecho. Lo anterior se refuerza por lo expuesto en el párrafo 6 de la Observación General XV en la cual el comité considera que "(...) Esas organizaciones, así como las actividades organizadas y otro tipo de propaganda, tienen que declararse ilegales y prohibirse. (...) conforme a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 4 del ICERD.

En el artículo 3 de la ICERD los Estados partes condenan la segregación racial y el apartheid, comprometiéndose a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción dichas prácticas, sobre este aspecto "Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza. El CERD en la Recomendación General XIX (1995), relativa al artículo 3 expresa, en el párrafo 1, que "(...) La referencia al apartheid puede haber estado destinada exclusivamente a Sudáfrica, pero el artículo aprobado prohíbe todas las formas de segregación racial en todos los países."; dicha obligación, conforme a la Recomendación General XXIX (2002) Relativa a la discriminación basada en la ascendencia, apartado 3.o) comprende "(...) las prácticas de segregación dirigidas contra los miembros de las comunidades cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia, incluso en materia de vivienda, educación y empleo;"

Conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la ICERD, el CERD ha considerado en las observaciones generales XX (1996), relativa al artículo 5 de la Convención, XXII (1996) relativa al artículo 5 de la Convención y a los refugiados y las personas desplazadas y XXX (2005) sobre la discriminación contra los no ciudadanos el compromiso de los Estados para "(...) prohibir y eliminar la discriminación racial en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.(...)" en igualdad de condiciones entre los ciudadanos y no ciudadanos, en la medida reconocida en el derecho internacional (OG XXX, CERD, párrafo 3.).La regulación penal para considerar como agravante los motivos

o fines racistas en la comisión de hechos delictivos, constituye un aspecto relevante que deriva de las recomendaciones generales XXX (2005) sobre la discriminación contra los no ciudadanos; y, XXXI (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.

En la erradicación de la discriminación, es importante considerar lo establecido en las recomendaciones generales XXIX y XXX que hacen especial referencia a la difusión de declaraciones de incitación al odio, incluso por conducto de los medios de información e Internet (RG XXIX, párrafo 4), y en especial se pide a los Estados "(...) Tomar medidas decididas para combatir toda tendencia a atacar, estigmatizar, estereotipar o caracterizar sobre la base de la raza, el color, la ascendencia y el origen nacional o étnico a los miembros de grupos de la población "no ciudadanos", especialmente por parte de los políticos, los funcionarios, los educadores y los medios de comunicación, en Internet y otras redes de comunicaciones electrónicas y en la sociedad en general;" (RG XXX, párrafo 12.)

Por otra parte, en cuanto a las conductas reguladas en el artículo 4 de la ICERD, es importante destacar que en opinión del CERD vertida en la Observación General XV, "(...) la prohibición de la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad de opinión y de expresión."

Finalmente, respecto a los instrumentos del Sistema de Naciones Unidas, producto de la Conferencia de Examen Durban, en el párrafo 13 se "(...) Reafirma que las leyes deben prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia; reafirma además que la difusión de ideas basadas en la superioridad racial o el odio racial, la incitación a la discriminación racial y todos los actos de violencia y la incitación a tales actos deben ser tipificados como delitos punibles por ley, de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados, y que esas prohibiciones son compatibles con la libertad de opinión y de expresión;"

En relación a los instrumentos regionales es de destacar que los mismos han mantenido la tendencia de establecer genéricamente el deber de prohibir conductas de carácter discriminatorio, sin especificar las mismas, lo cual requiere de una construcción interpretativa. Así puede advertirse en: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) que las medidas legislativas, incluso de carácter penal que deben adoptar los Estados surge de considerar los actos discriminatorios como actos relacionados con actos de violencia contra la mujer (CIPSyEVCM, Arts. 6.a y 7.c); y, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, no dispone ninguna obligación sancionadora sino genérica para prevenir y eliminar las acciones discriminatorias.

Regionalmente, el Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda Forma de Discriminación e Intolerancia (CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 13, 23abril 2010) podría constituir un instrumento que precise conductas que deben ser consideradas como delictivas por los Estados, según se desprende de las propuestas efectuadas por los Estados a los artículos 5 y 6. La última versión, comentada y anotada por los Estados (CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 13, 23abril 2010) contempla las siguientes acciones:

- El apoyo privado o público a actividades discriminatorias y racistas que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento;
- La publicación, circulación o diseminación, por cualquier medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material [racista o discriminatorio], entendido como cualquier imagen o representación de ideas o teorías que defiendan, promuevan o inciten al odio y a la violencia contra individuos o grupos por motivos basados en alguno/os de los factores enunciados en el [inciso "1" del artículo 1];
- La publicación, circulación o diseminación, por cualquier medio de comunicación, incluida la Internet, de material que, apruebe o justifique actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes contra la humanidad, así definidos por el derecho internacional;
- La violencia motivada por cualquiera de los factores enunciados en el [inciso "1" del artículo 1];
- La acción criminal instigada por el odio, en la que la víctima o la propiedad de la víctima se selecciona intencionalmente sobre la base de alguno/os de los criterios enunciados en el [inciso "1" del artículo 1];
- La acción represiva fundamentada en cualquiera de los factores enunciados en el [inciso "1" del artículo 1], en vez de basarse en el comportamiento de un individuo o en la información objetiva que le identifique como una persona involucrada en actividades delictivas;
- La restricción indebida o no razonable del ejercicio de los derechos individuales de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier tipo en función de alguno/os de los factores enunciados en el [inciso "1" del artículo 1];
- La distinción, exclusión, restricción o preferencia con base en la condición múltiple o agravada de la víctima que tengan el objetivo o resultado de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales, así como su protección, en igualdad de condiciones con los demás;]
- La restricción discriminatoria al goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y la jurisprudencia de los tribunales internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en estado de vulnerabilidad y susceptibles de discriminación;
- La restricción o la limitación del empleo del idioma, usos, costumbres y cultura de personas o grupos pertenecientes a minorías o grupos en situación de vulnerabilidad, en actividades públicas o privadas;
- La elaboración y la implementación de contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos que reproduzcan estereotipos o preconceptos en función de alguno de los factores enunciados en el [inciso "1" del artículo 1] de esta Convención;
- La denegación al acceso a la educación pública o privada, así como a becas de estudio o programas de financiamiento de la educación, en función de alguno de los factores enunciados en el [inciso "1" del artículo 1] de esta Convención;

- La denegación al acceso a todos los derechos sociales, económicos y culturales, entre ellos, el derecho al trabajo, a la vivienda, a la seguridad social y a la salud, [CR: en función de alguno de los factores enunciados en el [inciso “1” del artículo 1] de esta Convención;].
- La realización de investigaciones o la aplicación de los resultados de investigaciones sobre el genoma humano, en particular en los campos de la biología, la genética y la medicina, que apunte a la selección de personas, la clonación de seres humanos y toda otra forma de irrespeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad de los individuos o grupos de individuos;
- Cualquier otra conducta discriminatoria que se enmarque en la definición del artículo 1 de la presente Convención.

Necesariamente el desarrollo de las conductas también seguiría la lógica de conectar de resultado, mera actividad, o bien, la disposición genérica como agravante para todos los hechos delictivos.

OTRAS OBLIGACIONES VINCULADAS AL SISTEMA PENAL

Derivado del artículo 6 de la ICERD los Estados tiene la obligación de de asegurar a todas las personas bajo su jurisdicción protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales y otras instituciones competentes, contra todo acto de discriminación racial, así como el derecho de pedir satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño que les hubieren causado los actos de discriminación. El alcance de esta dicha disposición ha sido fijado en las observaciones generales XXX, párrafo 18; XXXI, párrafos 6 y 19.d); y, XXXIII, párrafo 1.a)

En referencia a tales derechos la conferencia de examen Durban, en los párrafos 100 y 101, respectivamente, “(...) Insta a los Estados a que velen por que todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, en particular las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia tengan acceso a la justicia, así como acceso a las instituciones y mecanismos apropiados del Estado para pedir el reconocimiento del acto ilícito y una reparación o satisfacción justa, equitativa y adecuada por todo daño sufrido, y subraya la importancia de proporcionar a las víctimas una asistencia especializada, incluida asistencia médica y psicológica, así como el asesoramiento necesario, y señala a la atención la necesidad de dar a conocer mejor los recursos judiciales y otros recursos legales existentes y de que éstos sean de fácil acceso; [y,] (...) Exhorta a los Estados a que velen por que las investigaciones de todos los actos de racismo y discriminación racial, en particular los cometidos por agentes del orden público, se lleven a cabo de forma imparcial, oportuna y exhaustiva, por que los responsables sean enjuiciados conforme a la ley y por que las víctimas reciban sin demora una reparación o satisfacción pronta, justa y adecuada por todo daño sufrido;”

Respecto de los derechos de la mujer la CEDAW hace referencia a estos derechos en las recomendaciones generales 19, 21 y 25, fijando en ellos en general los deberes de los Estados parte.

En el desarrollo de los derechos relacionados con las obligaciones de los Estados en relación a actos discriminatorios es de especial importancia la Recomendación General XXXI del CERD, sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, que desarrolla una serie de estándares que debieran observarse a fin de "(...) combatir todas las formas de discriminación en la administración y el funcionamiento de la justicia penal que puedan sufrir en todos los países del mundo las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos, en particular los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas), los romaníes/gitanos, los pueblos autóctonos, las poblaciones desplazadas, las personas discriminadas a causa de su ascendencia, así como los demás grupos vulnerables especialmente expuestos a la exclusión, la marginación y la falta de integración en la sociedad, y prestando especial atención a la situación de las mujeres y los niños de los grupos mencionados, que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y su sexo o su edad,"

ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Uno de los aspectos que se observan en la legislación penal guatemalteca es su carácter fragmentario derivado de las reformas al código penal y, acentuado en el último decenio por la incorporación de leyes penales especiales, las cuales aún con nominaciones específicas reforman tipos penales contenidos en el decreto 17-73 del Congreso de la República (Código Penal), como es el caso de la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (Decreto 9-2009 del Congreso de la República)

Dicha situación ha generado una serie de inconvenientes a los operadores del sistema pues no solamente se ha generado una dispersión normativa, sino a la vez, la falta de técnica legislativa ha generado superposición de normas (concurso aparente de leyes) que pudieran ser aplicables a hechos que se materializan en la realidad como el caso del concurso que podría materializarse entre el delito de Violencia contra la Mujer, en los supuestos que regulan la violencia física y psicológica contenido en la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer (Decreto 22-2008 del Congreso de la República) y el delito de discriminación incorporado al código penal mediante el decreto 57-2002 del Congreso de la República.

Por otra parte, es importante destacar que la inflación punitiva cuyo máximo de privación de libertad fue ampliado a 50 años por el decreto 20-96 del Congreso de la República ha roto la coherencia sancionadora en la tutela de diversos hechos delictivos.

En general es de destacar que los órganos de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en sus informes sobre Guatemala han señalado que los delitos derivados de los instrumentos internacionales no se ajustan a los estándares de los mismos, como es el caso del delito de tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada y el delito de discriminación.

Respecto al delito de discriminación las observaciones y recomendaciones de la CEDAW y del CERD con relación a los informes presentados por Guatemala en sus últimos informes han hecho mérito de la regulación normativa, indicando que la legislación interna no se

ajusta al estándar dispuesto en las convenciones y, consecuentemente se recomienda la adecuación del sistema jurídico.

En ese sentido derivado de la CEDAW y el ICERD se puede advertir que las conductas a ser prohibidas estarían vinculadas con lo siguiente:

- La anulación o menoscabo de derechos basada en actos discriminatorios, la cual deriva de la obligación genérica de evitar la limitación de todos los derechos y operativizar el goce y disfrute de las garantías establecidas en los instrumentos internacionales, para el CERD esta obligación es compatible con lo dispuesto en el artículo 5 del ICERD;
- La 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 (ICERD, Art. 4.a);
- Las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, así como la participación en tales organizaciones o en tales actividades (ICERD, Art. 4.b).

La primera para su materialización requeriría un resultado vinculado con la anulación o menoscabo de derechos, mientras que las otras son conductas que se agotarían al momento de ejecutarlas.

Todas las conductas, necesariamente debiesen contemplar la responsabilidad penal de las personas individuales como jurídicas, así como los actos de los funcionarios y empleados públicos.

Por otra parte derivado de las recomendaciones, aún cuando no es claro, el estado tendría el deber de considerar como agravante genérica los motivos discriminatorios en la comisión de cualquier hecho delictivo, lo cual es perfectamente compatible con la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y erradicar los actos discriminatorios.

El desarrollo de estas obligaciones en las legislaciones nacionales es diverso, lo cual, tiene implicaciones importantes al momento de aplicar la norma a casos concretos y su adecuación a los estándares internacionales.

En el caso de la adecuación legislativa en Guatemala, bajo el nomen iuris de discriminación se desarrolla básicamente la obligación referida a la anulación o menoscabo de derechos basada en actos discriminatorios, la cual deriva de la obligación genérica de evitar la limitación de todos los derechos y operativizar el goce y disfrute de las garantías establecidas en los instrumentos internacionales, dejando de regular en toda su dimensión los otros supuestos, aún y cuando, puedan ser aplicables otras disposiciones como la injuria contenida en el artículo 161 del Código Penal, o las disposiciones de la Ley de Emisión del Pensamiento, Decreto 9 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1966. Finalmente en cuanto a la consideración de actos discriminatorios como agravante, la legislación nacional contempla en el artículo 27 numeral 18., el menosprecio al ofendido

que consiste en (...) Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho."

EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La regulación del delito de discriminación contenida en el decreto 57-2002, si bien representa un avance en la adecuación de la legislación al marco jurídico, presenta deficiencias en diferentes aspectos.

En primer lugar el tipo penal, aún y cuando irrelevante en la aplicación concreta, los legisladores regulan esta conducta dentro de los delitos contra la Libertad Individual (Capítulo I, Título IV del Libro Segundo que regula las conductas típicas en particular), dicho posicionamiento cuyo impacto es meramente simbólico para determinar en abstracto la escala de bienes jurídicos y el sistema de sanciones, advierte la falta de claridad respecto de los alcances del Estado con relación a los compromisos internacionales en esta materia.

Dicha ubicación podría suponer erróneamente que la conducta típica prohibida está orientada solamente a tutelar derechos de carácter individual, cuando, de la misma norma considera como sujetos pasivos de la conducta a una persona, grupo de personas o asociaciones, siempre que por motivos discriminatorios se impida o dificulte un derecho. El alcance del tipo penal en consecuencia abarca incluso a las personas jurídicas cuyos derechos se impida o dificulte mediante una acción u omisión que distinga, excluya, restrinja o prefiera basada en cualquier motivo discriminatorio.

Si bien, pareciera que la discriminación está orientada a tutelar la igualdad y/o la dignidad como bienes jurídicos, la tendencia que surge de la Declaración Durban parece estar dirigida a considerar el carácter pluriofensivo de estas conductas al afirmar: "(...) que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, cuando 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,"

De esa cuenta, y al margen de la regulación existente es conveniente que el sistema jurídico guatemalteco, en el desarrollo de la legislación que derive de los compromisos internacionales en materia de discriminación, incorpore la característica pluriofensiva de las conductas que comportan los distintos actos discriminatorios y de intolerancia.

CONDUCTAS SANCIONADAS POR EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN

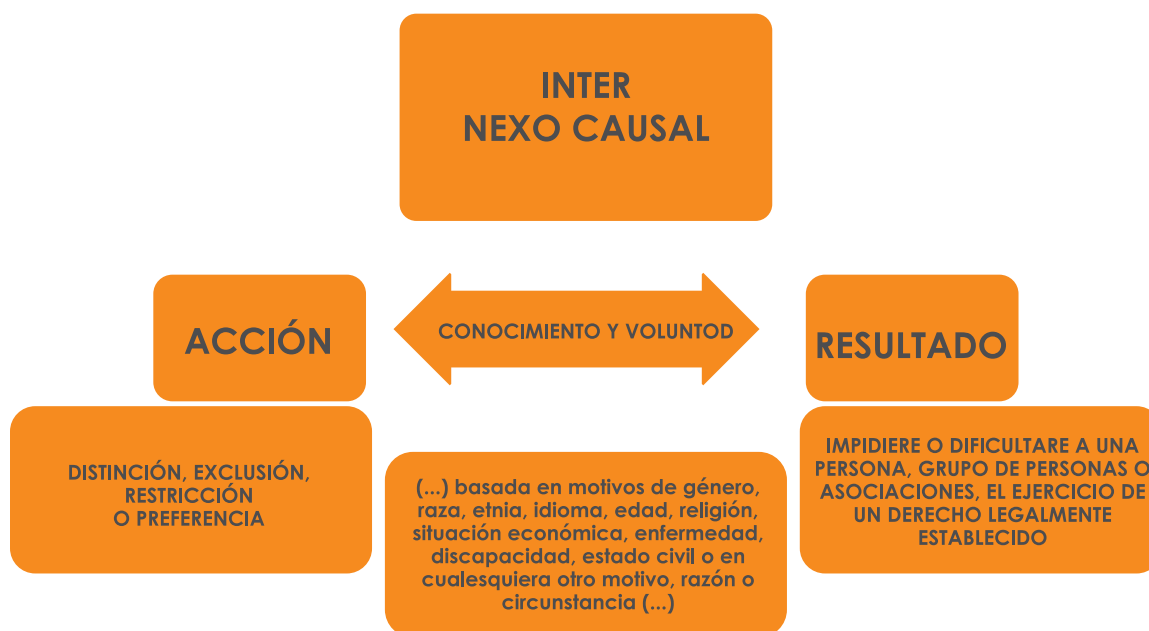
La estructura típica del delito de discriminación regulado por el decreto 57-2002, parte de definir la discriminación en lugar de la determinación del sujeto que ejecuta la acción o de la conducta prohibida rompiendo así la tendencia general de la regulación normativa que sigue el código penal y las leyes penales al regular figuras delictivas.

Es hasta en el segundo párrafo en el cual define al sujeto activo de la conducta determina los supuestos de la conducta típica refiriendo la misma a la descrita en la definición, la complejidad es mayor, cuando se refiere a que estos hechos pueden ser cometidos por acción u omisión, siendo innecesario pues en el artículo 18 del Código Penal se regula con claridad los casos en que puede cometerse un hecho delictivo por omisión.

Como se puede advertir la conducta típica regulada en la legislación penal guatemalteca es una copia casi literal que incluye todas las acciones discriminatorias reguladas en las definiciones del ICERD y la CEDAW, sin embargo, al establecer el resultado sustituye las consecuencias descritas en tales instrumentos, por "(...) impidiere o dificultare (...) el ejercicio de un derecho (...)".

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Código Penal de Guatemala
Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965	Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979	
Artículo 1	Artículo 1	202. BIS
1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio , en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.	A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.	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 cualesquiera 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.

El cambio efectuado por el legislador guatemalteco implica que los alcances de la norma penal guatemalteca no cubren los supuestos relacionados con la anulación o menoscabo del reconocimiento o goce, "(...) en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.", Como lo dispone el artículo 1.1 del ICERD; ni el menoscabo o anulación del reconocimiento o goce "(...) por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.", como lo establece el artículo 1 de la CEDAW.



La estructura típica en consecuencia no alcanza a cubrir todos los supuestos contenidos en la definición establecida en los instrumentos internacionales, y de alguna manera es imposible cubrirlos con esta norma dado que las conductas reguladas en el artículo 4 del ICERD son en esencia de mera actividad, es decir, se consuman al momento de ejecutar el acto sin que requiera la materialización de un resultado, como si lo exige en cierta medida la definición, aún y cuando siempre sea necesaria la concurrencia del objeto orientado a la anulación o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de derechos basado en motivos discriminatorios.

Como se puede advertir la norma penal está orientada a tutelar 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.", lo que no implica la tutela del reconocimiento o goce de los mismos. Como consecuencia de lo anterior, más allá del nomen iuris, el delito de discriminación regulado por el decreto 57-2002 del congreso de la República regula solamente las conductas siguientes:

- La distinción basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que 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.

- La exclusión basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere 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.
- La restricción basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere 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.
- La preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere 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.

Respecto de los derechos tutelados debe considerarse lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República que establece la cláusula de derecho natural por la cual se consideran legalmente establecidos todos los derechos que son inherentes a la persona humana. De la misma forma debe entenderse como legalmente reconocidos todos aquéllos derechos que puedan estar contenidos en disposiciones legales de rango inferior (reglamentos, circulares) que hubieren sido emitidos por autoridad legalmente facultada para establecerlos.

AGRAVANTES CONTENIDAS EN EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN

Las agravantes específicas dentro de un tipo penal tienen por objeto la cualificación de la conducta prohibida y sancionada, en función de lo cual al materializarse la conducta delictiva con las circunstancias que la cualifican dan como resultado un nuevo marco penal.

De esa forma el artículo 29 del Código Penal dispone que: "(...) No se apreciarán como circunstancias agravantes, las que por sí mismas constituyen un delito especialmente previsto por la ley, ni las que ésta haya expresado al tipificarlo, o sean de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiese cometerse."

Sobre ese marco de referencia deben considerarse las agravantes reguladas en el delito de discriminación por el decreto 57-2002 del Congreso de la República, el cual dispone que: "(...) 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 cualesquiera 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."

En el supuesto contenido en la literal a) del artículo 252 BIS que regula el delito de discriminación es importante hacer ver que dado que la definición que contiene los motivos de discriminación y constituye la base de las acciones u omisiones prohibidas ya contiene como motivos de discriminación la etnia y el idioma, sería contrario al principio de legalidad la aplicación de las mismas como una circunstancia que agrave la conducta típica.

Respecto de la agravante regulada en la literal d) es importante destacar que tal y como se encuentra redactada pareciera que comporta una conducta típica distinta, sin embargo por la forma en que ha sido regulada para que se materialice es necesario que concurra con la conducta típica base.

Por último es de advertir que la agravante contenida en la literal e) podría concurrir con la agravante genérica especial contenida en el artículo 28 del código penal que establece: "(...) Los Jefes o Agentes encargados del orden público, que cometieren cualquier delito contra las personas o sus bienes, siempre que se pruebe que en la realización del mismo, se produjo grave abuso de autoridad y de la confianza que el Estado les ha otorgado, se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido aumentada en una cuarta parte.", pues un jefe o agente encargado del orden público del Estado a su vez tiene la calidad de funcionario o empleado público.

OTRAS DISPOSICIONES PENALES APLICABLES EN MATERIA DEDISCRIMINACIÓN

La falta de adecuación del marco jurídico internacional en materia de discriminación admitiría que figuras delictivas de orden común podrían ser aplicables a diversos actos de discriminación.

De esa forma, el delito de injuria acoge los supuestos relacionados con las expresiones discriminatorias, conducta que se consuma al momento de expresarse las mismas sin necesidad de resultado tangible, dado que el artículo 161 del código penal regula esta conducta como "(...) toda expresión o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona."

Precisamente, las expresiones discriminatorias están orientadas entre otros aspectos a menospreciar a otra persona, independientemente de que se encuentre basada en un motivo de carácter discriminatorio conforme al marco jurídico internacional y nacional.

La injuria leve, según el artículo 484.1 del Código Penal constituye una falta que amerita una sanción de arresto de 10 a 30 días.

Cuando la injuria, por menosprecio, según lo expresado anteriormente se efectúe en "(...) forma o por medios de divulgación que pueda provocar odio o descrédito, o que menoscaben el honor la dignidad o el decoro del ofendido, ante la sociedad.", configura el delito de difamación.

Conforme al artículo 167 del Código penal la injuria y la difamación, se comete: "(...) no sólo manifiestamente, sino también por alegorías, dibujos, caricaturas, fotografías, emblemas, alusiones o cualquier otro medio similar a los anteriores."

Bajo el nomen iuris de publicación de ofensas el artículo 165 del Código Penal regula la responsabilidad de la persona que: "(...) a sabiendas reprodujere por cualquier medio las injurias inferidas por otro (...)".

El alcance de la legislación penal en cuanto a la difamación e injuria abarcaría incluso a los difuntos, puesto que en el artículo 171 del Código Penal se regula la titularidad de la acción cuando los actos de menosprecio están dirigidos a una persona ya fallecida.

Tanto la injuria como la difamación basada en actos de menosprecio no requieren prueba de verdad al acusado según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Penal, la cual sí es exigida para la calumnia.

Un aspecto relevante vinculado a la ponderación de bienes jurídicos entre los delitos de difamación y publicación de ofensas con el de discriminación se da en la determinación de los marcos jurídicos.

Mientras para el delito de discriminación se regula una pena de prisión de entre 1 y 3 años como máximo y multa de 500 a Q3,000; para la difamación y publicación de ofensas se prevé un marco penal de 2 a 5 años de prisión, sanción a la cual tampoco se equipara la pena de prisión del delito de discriminación pues en ese caso el marco penal sería de 1 año 4 meses a 4 años de prisión como máximo.

De esta forma aunque sea insuficiente quedarían cubiertas algunos actos relacionados con la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial contenidos en el artículo 4.a) del ICERD.

Otro hecho delictivo que podría aplicarse frente a la falta de adecuación típica a los estándares internacionales, en materia de discriminación religiosa es el que se encuentra regulado en el artículo 224 del Código Penal bajo el epígrafe de Turbación de actos de culto, en el cual se dispone que comete este delito "(...) Quien interrumpa la celebración de una ceremonia religiosa o ejecute actos en menosprecio o con ofensa del culto o de los objetos destinados al mismo (...)".

En el anterior supuesto entendiendo que los actos de menosprecio u ofensa del culto o de los objetos destinados al mismo constituyen actos discriminatorios, aún y cuando, el tipo penal no exija tal motivación.

Especial atención en el ajuste de la legislación a los estándares internacionales merecen las conductas reguladas en la Ley de Emisión del Pensamiento, decreto 9 de la Asamblea Constituyente de 1966, la cual en atención a la jerarquía normativa requiere de una mayoría y un procedimiento especial para su reforma según lo dispuesto por la Constitución Política de la República (CPR, Art. 175).

Constitucionalmente, la emisión del pensamiento es libre por cualquier medio de difusión, sin censura ni licencia previa; sin perjuicio de la responsabilidad, conforme a la ley, derivada por faltas al respeto a la vida privada o a la moral (CPR, Art. 35). Como límites punitivos por faltas o delitos en la emisión del pensamiento, en el artículo 35 de la Constitución Política de la República, se establece que: no podrán ser expropiados ni "(...)

clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados, ni interrumpidos en su funcionamiento las empresas, los talleres, equipo, maquinarias y enseres de los medios de comunicación social.”.

A los efectos de sanción por actos discriminatorios, en la Ley de Emisión del Pensamiento, se establece como conducta prohibida las publicaciones injuriosas, considerando como tales las que “(...) ataquen la honra o la reputación de las personas o las que atraen sobre ellas menosprecio de la sociedad.”, disponiendo una sanción de “(...) cuatro meses de arresto menor conmutables conforme al Código penal.” (LEP, Art. 34).

Otra prohibición relevante en materia de discriminación es la relacionada con publicaciones clandestinas, en las cuales el autor y editor son “(...) solidariamente responsables y podrá imponérseles una pena hasta de dos meses de arresto menor, conmutable, en la forma y cuantía prescrita por el Código Penal, sin perjuicio de cualquier responsabilidad legal a que diere lugar el contenido de la publicación. La pena por clandestinidad será impuesta por un juez de paz.” (LEP, Art. 8).

El procesamiento por delitos en la emisión del pensamiento es competencia de un jurado que declara previamente la existencia del hecho a fin de que, posteriormente, un juez penal del orden común determine la sanción a imponer. La integración y atribuciones del jurado se desarrollan en la Ley de Emisión del Pensamiento (LEP, Arts. 48 y ss). Como agravante genérica se establece en el numeral 18 del artículo 27 del Código Penal la ejecución del “(...) hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.”. Es de advertir que esta agravante no afecta en abstracto los marcos legales, sino constituye un elemento que debe valorar el juez en concreto para la determinación de la pena (CP, Art. 65).

Para adecuar esta agravante a los estándares internacionales sería conveniente incorporar todos los aspectos en los que se encuentran basados los actos de discriminación, fundamentalmente los relacionados a factores de pertenencia cultural.

PROPUESTA PARA LA ARMONIZACIÓN DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA

En estricto sentido, los estándares internacionales relativos a la discriminación plantean DOS obligaciones en materia penal que consisten en:

- Prohibir y sancionar penalmente conductas discriminatorias;
- Incorporar como agravante para todos los hechos delictivos la motivación basada en actos discriminatorios.

Respecto a la obligación de sancionar conductas discriminatorias, solamente en el artículo 4 del ICERD se establecen taxativamente las conductas que deben ser consideradas delictivas y de la interpretación del artículo 5 surge la recomendación de prohibir y sancionar penalmente la restricción de derechos basada en actos discriminatorios.

- La anulación o menoscabo de derechos basada en actos discriminatorios, la cual deriva de la obligación genérica de evitar la limitación de todos los derechos y operativizar el goce y disfrute de las garantías establecidas en los instrumentos internacionales, para el CERD esta obligación es compatible con lo dispuesto en el artículo 5 del ICERD;
- La 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 (ICERD, Art. 4.a);
- Las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, así como la participación en tales organizaciones o en tales actividades (ICERD, Art. 4.b).

Dichas conductas como se puede advertir requieren de diferentes normas para que, conforme a su naturaleza, puedan ser congruentes con los estándares internacionales relativos al principio de legalidad penal.

La primera de ellas constituye en principio una conducta que requiere de la materialización de un resultado concreto, el cual admite todas las formas de participación, incluida la incitación conforme al artículo 36 del Código Penal Guatemalteco. De la misma forma esta conducta admitiría la tentativa.

Las otras conductas reguladas en el artículo 4 de la ICERD no requieren de un resultado. Para ellas es irrelevante si existe una víctima concreta del delito basta con que las conductas se ejecuten para considerarlas delictivas por sí mismas.

En atención a lo anterior, para adecuar la legislación a los estándares internacionales es recomendable que se regulen las conductas en forma separada de manera que cada tipo penal pueda ser congruente con las disposiciones convencionales y evitar inconvenientes a la hora de aplicar la norma, de esa manera podría adecuarse el tipo penal actual a fin de clarificar la conducta típica, e incorporar uno o varios tipos penales que en forma diferenciada contemplen las conductas establecidas en el artículo 4 del ICERD.

Cada una de las disposiciones podría contener una sanción diferenciada atendiendo a diversas circunstancias de comisión o bien del motivo que sustenta la discriminación, en este sentido la legislación brasileña hace un importante aporte al derecho comparado.

Precisamente, es de hacer notar que cada país de acuerdo a sus propias características puede establecer sanciones diferenciadas como en el caso de Costa Rica que establece sanciones exclusivas de multa.

Estas situaciones podrían permitir que todo el ordenamiento jurídico opere en los planos, y así, estratificar las conductas que podrían formar parte del sistema penal disciplinario,

del sistema penal administrativo, del sistema penal de faltas y del sistema penal propiamente dicho.

La sugerencia vertida implicaría la transversalización en todo el sistema jurídico de los actos discriminatorios y la reserva para el derecho penal propiamente dicho de aquellas conductas que se consideren más graves.

En relación a la agravante discriminatoria para todos los delitos, sería conveniente incorporar en las disposiciones generales una norma penal especial que agrave en abstracto la pena y no dejarla a la determinación en concreto como las reguladas en el artículo 27 del código penal.

Dicha agravante, como ya se indicó operaría siempre que los elementos propios de la figura delictiva no contemple ninguno de los supuestos de discriminación o sean necesarios para la comisión del mismo.

La discriminación y el racismo desde la perspectiva jurídica

Pedro Ixchiu García³

“Toda doctrina de diferenciación o superioridad racial, es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y nada permite justificarla ni en la teoría ni en la práctica”⁴

Un breve repaso por la historia nos muestra que en Europa el racismo adoptó las formas más violentas agresivas y sutiles. Se elaboró toda una construcción ideológica basada en teorías aparentemente científicas para justificar etnocidios, genocidios, matanzas, linchamientos, robo, pillaje, explotación, opresión, dominación, alienación, etc⁵. El racismo no puede existir fuera de la conformación del Estado guatemalteco, que a lo largo de su historia ha desarrollado relaciones de subordinación, ha justificado y ocultado el racismo en contra de los pueblos indígenas⁶.

El Estado y las oligarquías guatemaltecas han justificado de diversas formas la inferiorización de los pueblos indígenas para convertir el racismo en algo natural porque tiene un fuerte componente psicológico, por esa razón no es fácil sacar de la mente del discriminador los prejuicios raciales. Eduardo Galeano respecto del racismo y del machismo indica “Los subordinados deben obediencia eterna a sus superiores, como las mujeres deben obediencia al hombre. Unos nacen para mandones, y otros para mandados. El racismo se justifica, como el machismo, por la herencia genética: los pobres no están jodidos por culpa de la historia, sino por obra de la biología. En la sangre llevan su destino, y para peor, los cromosomas de la inferioridad suelen mezclarse con las semillas del crimen. Cuando se acerca un pobre de piel oscura, el peligrosímetro enciende la luz roja y suena la alarma”⁷.

a. EL RACISMO

Se conoce como racismo a aquella doctrina que exalta la superioridad de la propia raza frente a las demás, basándose en características biológicas; también se llama racismo a aquel sentimiento de rechazo hacia formas de vida distintas de la propia.

3 Maya K'iche. Abogado y notario. Se ha desempeñado como facilitador Intercultural del Proyecto de Defensorías Indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal. Fue Coordinador del Proyecto de Capacitación y Sensibilización Cultural a Operadores de Justicia y Pueblos Indígenas del Organismo Judicial. Es Miembro del Consejo de Autoridades Tradicionales de la zona Independencia del municipio de Totonicapán. Fue Presidente de Junta Directiva de Alcaldes Comunales de los 48 cantones de Totonicapán.

4 Preámbulo de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

5 <http://html.rincondel vago.com/discriminación-y-racismo.html> pagina 1.

6 Pueblos Indígenas son los que habitaban en este territorio antes de la denominada conquista o invasión.

7 Galeano, Eduardo. Patas arriba. La Escuela del mundo al revés. Imprenta Rosgal Tercera Edición. Ediciones del Chanchito. Uruguay Marzo 1999. página 45.

* Indígena K'iche', Ex Presidente de 48 cantones de Totonicapán, año 2000. Abogado y Notario. Penum cerrado en Maestría de Derecho Penal, Universidad de San Carlos de Guatemala. Autor de algunos documentos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Coordinador Nacional Defensorías Indígenas, Instituto de la Defensa Pública Penal.

El fin u objetivo principal del racismo será la anulación de los derechos humanos de quienes se discrimina. La mencionada doctrina comenzó en Europa en el siglo XIX, con el fin de justificar la supremacía de una supuesta raza blanca sobre el resto de la humanidad. Por otra parte, el racismo, ya sea abierto o encubierto, propone un orden jerárquico entre los grupos étnicos, se utiliza para justificar los privilegios o ventajas de las que goza el grupo dominante⁸.

El racismo no puede entenderse de manera aislada, ni fragmentada, sino como un todo, como un sistema global que funcionó perfectamente en los procesos de conquista y colonización porque todo proceso colonial es racista y constituye el mejor argumento para justificar una invasión o el sometimiento de unos pueblos por otros⁹. La construcción del otro como salvaje o idólatra, como un ser sin cultura ni civilización, es el mejor argumento para su sometimiento, de manera que no son las diferencias las que generan las desigualdades, sino el racismo y las prácticas racistas las que inventan y recrean las diferencias, las convierten en desigualdades y las justifican para imponer un sistema de explotación, de opresión y sobre todo un sistema global de dominación¹⁰.

El concepto de racismo es relativamente moderno, ya que empezó a tener las primeras manifestaciones, tanto en Europa como en las colonias españolas en América. Tradicionalmente, el racismo ha estado estrechamente vinculado a los peores crímenes que se han perpetrado contra la humanidad, como el genocidio, la servidumbre, la esclavitud, el colonialismo, entre otros, y por tal situación es que hoy en día se lo considera como una de las más despreciables afrentas que puede haber contra la dignidad humana y una clarísima violación a los derechos humanos de las personas. Existe ya la condena a este hecho por parte de organismos internacionales como la ONU y algunas legislaciones penalizan al racismo con severos castigos.

Con el objetivo de combatir cualquier proliferación racista, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), adoptó en el año 1965, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y estipuló desde ese entonces al 21 de Marzo como el Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial.

“Cuando grupos culturalmente diferentes se enfrentan, éstos desarrollan mecanismos conceptuales destinados a mantener y justificar su dominación sobre el otro grupo. El grupo dominador necesita desacreditar al grupo dominado para justificar la imposición de sus propios valores y defender de esta manera sus intereses económicos. El racismo es un mecanismo conceptual que nace de la necesidad de justificar la dominación y la desigualdad.

Según Memmi, el racismo es, la valoración generalizada y definitiva de las diferencias, reales o imaginarias, en provecho del acusador y en detrimento de su víctima, para justificar una agresión. Por eso se le define como la ideología de la dominación étnica, que está basada en diferencias que pueden originarse en criterios de poder, de raza, de clase, o de cultura¹¹. Para el caso de Guatemala, los invasores españoles practicaron un racismo de base religiosa y biológica, se basaron en la supuesta superioridad propia e inferioridad de los pueblos indígenas, para justificar la explotación y opresión, para su

8 La Discriminación. De la inefable realidad a su punibilidad en Guatemala. Fundación Mirna Mack. Primera Edición. 2006.

9 Franz Fanon, Sociología de una Revolución; México: ERA; 1973.

10 Diagnóstico del Racismo en Guatemala. Investigación interdisciplinaria, y participativa para y una política integral por la convivencia y la eliminación del racismo. Informe general y costos de la discriminación. Volumen. I. Editora Educativa. Tercera edición. CODISRA. Guatemala 2009. página 44.

11 La discriminación. De la inefable realidad a su punibilidad en Guatemala. Fundación Mirna Mack. Primera Edición. 2006.

colonización ideológica, económica, religiosa y social, esta pauta de conducta fue seguida por los criollos y luego por los ladinos, en su lucha por el poder en dos bandos definidos claramente liberales y conservadores.

Adolfo Hitler postuló la superioridad de la raza aria. Propugnaba que la raza aria fuera la única que dominara el mundo; persiguió a todas aquellas personas que se oponían al modelo de hombre considerado perfecto, la raza aria. Judíos, gitanos y homosexuales fueron trasladados a campos de concentración para trabajos forzados y exterminio, lo cual produjo uno de los peores sufrimientos para la humanidad. Por esas razones el racismo sigue siendo uno de los graves crímenes contra la humanidad.

El racismo justifica ideológicamente las diversas formas de discriminación al hacer creer que la dominación sobre ciertas personas y grupos considerados inferiores es algo natural, necesario y casi incuestionable¹².

El apartheid, dividió a la población en negros y blancos. Se legalizó en Sudáfrica en 1948, y consistió en un sistema social, político y económico, segregacionista que institucionalizó el control de la raza blanca minoritaria sobre la mayoría negra, otorgando privilegios por el solo hecho de ser blanco, base de la hegemonía económica y política, y limitó el ejercicio de sus derechos a todas las personas de color negro, por el solo hecho de ser diferentes en lo físico y lo cultural.

En Guatemala el racismo y la discriminación lo han padecido los pueblos indígenas desde la denominada conquista, como consecuencia de la dominación bélica, que genera la imposición política durante la colonización, manifestada en el esclavismo y la segregación. En la transición del Estado Liberal Republicano al Estado Democrático, los pueblos indígenas han sido discriminados por la población mestiza y los criollos en el Estado, lo que se evidencia en la falta de políticas públicas.

b. LOS ESPACIOS DEL RACISMO Y SU CONTEXTO HISTÓRICO EN GUATEMALA (Generalidades)

Para el caso guatemalteco, según Marta Casaús Arzú, es básico analizar el hilo conductor del racismo, sus mutaciones y su metamorfosis gradual según las diferentes etapas históricas, los espacios en donde se recrea y se reproduce, y los diferentes actores que lo constituyen y recrean: desde las elites de poder, la iglesia, pasando por el Estado, hasta llegar a naturalizarse de modo tal que incluso las clases subalternas lo utilizan como un elemento de recreación de su propia identidad¹³.

En la sociedad colonial el espacio del racismo representa un pilar importante. Se entrecruzan dos lógicas, la segregación y la discriminación. La segregación se aplica en la definición del espacio geográfico y político y delimita las fronteras de los diferentes grupos étnicos, la demarcación se da más por factores culturales, sociales y económicos que a diferencias raciales.

12 Ibidem

13 Diagnostico del Racismo en Guatemala. Investigación interdisciplinaria, y participativa para y una política integral por la convivencia y la eliminación del racismo. Informe general y costos de la discriminación. Volumen. I. Editora Educativa Tercera edición. CODISRA. Guatemala 2009.página 44

La segregación étnica o cultural supone una política de no integración. La discriminación estaría más vinculada al rechazo biológico o cultural de un grupo étnico por otro cuando se trata de ocupar espacios comunes. La política de segregación residencial de la Corona española, dividió el territorio en Repúblicas de Indios y Repúblicas de Españoles, marco las fronteras y delimitó los espacios en que los grupos sociales podían y debían moverse. Un ejemplo de la pervivencia de segregación territorial, es que en la ciudad capital los pueblos indígenas tienen un espacio de recreación: el parque central los días domingos; un espacio de comercio: la terminal de la zona 4, y un espacio de residencia: los asentamientos, los barrancos, cinturones de miseria alrededor del centro de la capital. Esta segregación residencial provocó fuertes cambios en la estructura económica, social y política de los indígenas, quienes se vieron obligados a modificar sustancialmente su forma de vida y sus costumbres.

Otra forma de segregación fue la división del territorio en tierras realengas, repartimientos, composiciones y tierras comunales y la distribución geográfica en centro y periferia, así como el sistema de tributación y el trabajo forzoso en sus distintas modalidades. Esta política tenía como modalidad la explotación del Nuevo Mundo y el ejercicio de la justicia entre los distintos cuerpos. Esta política de no integración basada en principios de segregación tenía enormes desventajas: creó una sociedad dual y de castas; también tenía algunas ventajas: permitió un cierto grado de autonomía a los pueblos indígenas, a su interior abrió espacios para la reconstitución de las identidades étnicas a partir del siglo XVII¹⁴.

Severo Martínez, en su análisis del indio colonial, afirma que los tres prejuicios básicos del criollo para con el indio son: haragán, conformista y borracho. Según Memmi, el rasgo de la pereza es el que mejor legitima el privilegio de la clase dominante y es uno de los prejuicios más comunes en todo proceso colonizador. El hecho más negativo de todo prejuicio es cuando se eleva a términos absolutos y las generaliza a toda una población. Así el indio es un haragán por naturaleza y son una raza indolente. No se refiere a un indio, sino a todos y cada uno de los indios¹⁵. Este estereotipo del indio tiene hondas raíces históricas, se genera en la época de la colonia y pervive en la actualidad.

A partir de la Independencia, con la llegada de los regímenes liberales, el espacio del racismo no se redujo, como era de esperar, por el cambio de denominación, sino que la irrupción de nuevos actores sociales, la modificación del agro guatemalteco y las reformas liberales produjeron en el racismo una nueva metamorfosis que se manifestó polifacéticamente. El ejercicio del racismo provino directamente del Estado y se expresó en las constituciones, ordenanzas laborales, en la reestructuración político administrativa, en el imaginario de las élites, etc. Brading, Quijada y Hale, coinciden en que las élites criollas constituyen una recreación de la nación como un elemento que les confiere identidad colectiva; que la apropiación y adaptación de símbolos de identidad constituyen los elementos diferenciadores de la identidad criolla.

La inclusión o exclusión del indio en la nueva imagen de nación y el papel que debe jugar como ciudadano, súbdito o bárbaro con estatuto restringido, continuará siendo una de las preocupaciones constantes de las élites criollas, como lo había sido durante

14 *Ibidem.*

15 *Ibidem.*

toda la colonia. Este imaginario del indio se verá reflejado en el modelo de nación cívica, nación civilizada y en menor medida en la nación homogénea a lo largo del siglo XIX. Son constantes las expresiones racistas de los jefes políticos y militares de las distintas regiones, un jefe de las milicias de Sija se expresó así: "son bestias, rugosos, haraganes, mentirosos y torpes. La imagen reiterativa, de un indio con aspecto degradante y embrutecido... que permanece en la más crasa ignorancia" y su repetición mecánica operó tanto para excluir al indígena de la nascente nación como al mismo tiempo para culparle de la falta de progreso y engrandecimiento de la misma; la involución del indígena es histórica y progresiva; así ha ido de degradación en degradación, de descenso en descenso, bajando hasta el último peldaño, llegó a ser un conjunto etnográfico formado por parias".

En el nuevo Estado liberal el indígena que gozaba de cierta autonomía para garantizar la buena marcha del Estado corporativo – perdió todos sus derechos y pasó a ser invisibilizado. Se convirtió en un ciudadano imaginario por la homogeneidad e igualdad que conformaba la ley, pero profundamente diferenciado económica, cultural y políticamente. Mientras las élites intelectuales de México, Brasil y Perú están pensando en un proyecto de nación homogénea o apuestan por el mestizaje como un elemento forjador de la identidad nacional, las élites intelectuales guatemaltecas lo hacen por un modelo de nación eugenésica de mejora de la raza y blanqueamiento de la nación.

En discursos como el de Miguel Ángel Asturias, Premio Nobel de Literatura, se puede leer que la única solución posible es la eugenesia: "Hágase con el indio lo que con otras especies animales cuando presentan síntomas de degeneración. El ganado vacuno importado la primera vez a la isla de Santo domingo por colón, en su segundo viaje experimentó grandes decaimientos. Para mejorar el ganado, hubo necesidad de traer nuevos ejemplares... ¿Cabe preguntar, por qué no se traen elementos de otra raza vigorosa y más apta para mejorar a nuestros hijos? La conversión de la blancura en autoritarismo político fue la ruta que los liberales guatemaltecos adoptaron, incluso con criterios de inmigración selectiva de alemanes, anglosajones y nórdicos para mantener el estado racista y excluyente¹⁶.

El Estado autoritario nace a partir de 1963 con el reforzamiento de la dominación militar, pero sobre todo en las décadas de 1970 a mediados de 1980 el racismo de Estado alcanzó su máxima expresión porque la oligarquía no fue capaz de legitimar su dominio a través de un Estado de derecho y recurrió al ejército, al fraude electoral y a la militarización del Estado para mantenerse en el poder. La culminación del racismo de Estado coincidió con la crisis de dominación militar oligárquica y con la irrupción del movimiento popular revolucionario. De 1978 a 1984 se produjo una crisis orgánica, un vacío de poder y una pugna interoligárquica por la hegemonía, acompañado todo ello por la incorporación masiva de los Pueblos mayas a distintas formas de lucha política y de reivindicación social, a lo que se sumó una fuerte crisis económica por agotamiento del modelo agroexportador que dio lugar a reacciones agresivas y virulentas de la élite.

Fue entonces cuando operó el racismo como ideología de Estado, porque se proporcionó una estrategia política para la acción. La élite de poder proyectó una estrategia de represión selectiva e indiscriminada, empleó la tortura, la guerra psicológica y de todo tipo de métodos represivos contra la población civil y especialmente contra la población

16 Ibidem.

indígena, provocando un auténtico etnocidio, especialmente durante la época de Ríos Mont. Ello explica el porqué de la alianza militar-oligárquica con la tendencia neopentecostal, basada en la doctrina calvinista del más rancio puritanismo que justifica el exterminio de los indios por qué no son sujetos de gracia, porque son idólatras, pecadores y representan las fuerzas del mal.

A juicio de Cantón, a finales del siglo XX, el etnocidio ya no se planteaba desde el discurso político oficial, sino desde un influyente neopentecostalismo estrechamente vinculado a los círculos de poder cuya cabeza visible es el Presidente de la República.

Resulta interesante analizar el fortalecimiento del racismo con la ideología neopentecostal. Podríamos preguntarnos ¿por qué se produce una alianza militar-oligárquica neopentecostal durante dos mandatos presidenciales con el sector católico más tradicional de la élite, como sucedió durante los gobiernos de Ríos Mont y de Serrano Elías? A nuestro juicio, se explica porque el concepto de Estado coercitivo, represivo y discriminator es el mismo. Durante esta fase los niveles de racismo se manifestaron en todas las instituciones del Estado: las fuerzas armadas, la Administración Pública, la educación; en instituciones de la sociedad civil, las iglesias neopentecostales, los medios de comunicación, los partidos políticos, las asociaciones gremiales.

En la estructura social se reforzaron las divisiones étnicas y se polarizaron los antagonismos entre los grupos sociorraciales, especialmente en el campo, y se consideró que los indios eran la causa de la guerra y la represión. En el ámbito ideológico, el prejuicio contra el indio se incrementó y mitificó; se unieron nuevos estereotipos: comunistas, infieles y no conversos, en pocas palabras de volvió a satanizar al indio. Los partidarios de la teoría del exterminio entre la élite encontraron nuevas justificaciones ideológicas, políticas o religiosas para llevar a cabo el etnocidio.

Tras la firma de los Acuerdos de Paz en 1996 se abrió una nueva etapa en la vida política y social de Guatemala. Por primera vez en la historia del país se dialoga y se negocian aspectos fundamentales como el derecho a la vida, la condición multiétnica, plurilingüe y pluricultural de la nación, el derecho al reconocimiento de los Pueblos Indígenas y la discriminación como delito, y se abre una serie de espacios sociales y culturales que permiten sentar las bases de un proceso de negociación de derechos comunes y diferenciados¹⁷.

Luego del enfrentamiento armado interno, “La Comisión para el Esclarecimiento Histórico concluyó y recomendó que: Habida cuenta que las relaciones entre el Estado y los indígenas de Guatemala, especialmente el pueblo maya, se han dado en condiciones de racismo, desigualdad y exclusión, y que estas condiciones constituyeron una de las causas históricas del enfrentamiento armado, se hacen necesarias medidas para garantizar la protección de los derechos individuales y colectivos de los indígenas, respetar la multiculturalidad y promover las relaciones interculturales”¹⁸.

En Guatemala, el racismo es una construcción ideológica, basada en prejuicios raciales y culturales para justificar la permanencia y recreación de estructuras y mecanismos de dominación social que generan condiciones de desigualdad, explotación y exclusión del

17 ibidem

pueblo indígena. Justifica la organización jerárquica, legítima y hace parecer natural la dominación que ejerce el grupo dominante sobre el grupo objeto de racismo. El racismo puede resumirse como un sistema de opresión aplicado por el grupo dominante en una sociedad, ya que es el único que cuenta con los medios para ejercer la opresión. El racismo va acompañado de la idea de que existen razas superiores y razas inferiores¹⁹. En Guatemala el concepto de raza, muchas veces se vincula a la identidad cultural, étnica o racial y la apariencia física, vestimenta y forma de hablar de las personas, con sus atributos genéticos o heredables y sus características intelectuales y morales. Es decir, a los rasgos negativos (atrasados, resentidos, tontos, salvajes, etc.)²⁰. Concretando la idea se afirma, no existen razas, sino diferencias físicas entre los seres humanos. Diversos estudios de Antropología, Sociología y Biología afirman que el concepto de raza carece de sentido y debe ser desechado por que la humanidad es una sola.

c. LA DISCRIMINACIÓN

Según el diccionario de la lengua española, la palabra discriminar significa "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales religiosos, políticos, etc." El diccionario enciclopédico de Derecho usual, establece que discriminar es tratar con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales.

El diccionario de Sociología define la discriminación, como el proceso por medio del cual uno o varios miembros de un grupo social determinado son tratados de diferente manera, generalmente de forma injusta por pertenecer a ese grupo. El trato desigual a otra persona por el hecho de que pertenezca a cierto grupo social, étnico, racial, etc.²¹

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, es el punto de partida en el análisis de las Naciones Unidas y al constituirse en el documento especializado sobre el tema, debe utilizarse como marco de referencia y punto de partida para generar los principales insumos que sirvan para una interpretación más extensiva de los derechos análogos contenidos en el resto de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas, así como de los sistemas regionales que tocan el tema.

La Convención establece que la expresión Discriminación denota: (Artículo 1.) "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

Existen cuatro tipos de discriminación según Rodolfo Stavenhagen²²:

1. Legal: ocurre en la creación de leyes que omiten derechos para las poblaciones tradicionalmente marginadas; o que establecen tratos desiguales o desfavorables

19 Ibidem

20 Ibidem

para determinadas poblaciones sin que exista una razón para ello. Está relacionada con la discriminación en forma directa y está proscrita por los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. El Nazismo, el Apartheid.

2. Interpersonal: se manifiesta en las actitudes y comportamientos de rechazo y exclusión hacia determinadas personas. En Guatemala se discrimina a los indígenas, a las mujeres, a los pobres, a los que disienten políticamente; por el estado civil, por edad, por discapacidad, entre otras causas.
3. Institucional: se manifiesta a través del sesgo desfavorable en la distribución del gasto público y de los servicios colectivos hacia determinada población, en especial a los pueblos indígenas, mujeres, personas de la tercera edad, jóvenes, niños y enfermos. Se manifiesta evidentemente en materia de educación, salud, administración de justicia, infraestructura básica y otros servicios.
4. Estructural: ha consistido en la exclusión de los recursos económicos, políticos e institucionales, necesarios para convivir en condiciones de equidad con el resto de la población guatemalteca. Implica la concentración de recursos económicos, políticos, y simbólicos de las élites gobernantes que han excluido de su proyecto de nación a los indígenas, las mujeres y los pobres, que no permiten competir en calidad de ciudadanos iguales.

Particularmente sostengo que el racismo es ideológico y la discriminación es la acción, y se compone de cuatro elementos:

1. **EL RACISMO:** es la base ideológica que sustenta la justificación, que legitima para hacerla sentir como algo natural.
2. **EL PREJUICIO:** es la parte humana subjetiva, interna, que motiva la conducta del sujeto activo. Se aprende en diferentes ambientes.
3. **LA CONDUCTA:** es el hecho que materializa la acción de distinción, preferencia, limitación y exclusión, que diferencia y minimiza o menosprecia a una persona o grupo de personas.
4. **EL RESULTADO:** el atropello a la dignidad humana, la limitación del ejercicio de derechos ciudadanos iguales.

α. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

Las relaciones económicas y sociales en Guatemala se han fundado históricamente en relaciones de dominación política y explotación económica de grandes sectores

21 ibidem

22 Stavenhagen, Rodolfo. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Informe de la Misión en Guatemala. 2002.

humanos a quienes se les ha limitado el ejercicio pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

a. 1. Naturaleza Jurídica

La prohibición de la discriminación nace como consecuencia del derecho humano a la igualdad y a no ser discriminado en las relaciones interpersonales y como un compromiso de los Estados por combatirla y erradicarla.

El Sistema de Protección Universal de los Derechos Humanos sobre la discriminación plantea la necesidad de prohibir que a una persona se le niegue la igualdad de trato, por pertenecer a determinado grupo o categoría social. Vincula y acarrea obligaciones a los Estados y le genera responsabilidad internacional. Ante las dimensiones del fenómeno de la discriminación en Guatemala, su sola criminalización no resulta suficiente para erradicarlo. Pero esta penalización debe hacerse de forma subjetiva y hacer énfasis en el prejuicio, como una precondition para consumir el ilícito y la intencionalidad de cometerlo. Se comparte la posición de que toda conducta reprochable socialmente debe ser sancionada pero también nos queda claro y el convencimiento de que la discriminación social es un fenómeno de múltiples causas y que por lo tanto su erradicación requiere de igual modo, diversas acciones que van más allá de las respuestas puramente jurídicas.

a. 2. Bien Jurídico Tutelado

Para una mejor comprensión respecto del bien jurídico protegido es indispensable hacer un ligero análisis de la ley penal y conducta antisocial típica. La ley penal está formada por tipo y punibilidad.

1º. Individualiza conductas.

Los tipos penales fundamentalmente describen conductas antivaliosas, o sea conductas antisociales consideradas delitos porque rompen o ponen en peligro la armonía social. El tipo es un ente normativo porque está en la ley y es un ente descriptivo porque describe conductas. Más adelante nos referiremos a la punibilidad.

2º. Protege Bienes Jurídicos Tutelados -BJT

El delito de discriminación para ser analizado desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, debe atender sus alcances y limitaciones en su aplicación cotidiana por el sistema de justicia. Uno de los fines del tipo penal es proteger bienes jurídicos. Los bienes jurídicos protegidos, son las necesidades e intereses para la óptima convivencia social. El tipo penal protege bienes jurídicos fundamentales y el delito los daña, por eso el código penal debe indicar tipos que protegen la vida. En los códigos no hay delitos, hay tipos penales.

En palabras sencillas, el objeto sobre el cual se legisla, será en este caso la conducta discriminatoria y el juicio de estimación ética de la sociedad que debe protegerse sería la dignidad para hacer más humana la convivencia social. Se sostiene la posición que, la naturaleza jurídica del delito de discriminación es el derecho a la igualdad, pero sus resultados atentan contra la dignidad humana, lo cual cobra mayor sentido cuando se afectan, las necesidades vitales, las condiciones básicas, de colectivos humanos para vivir como seres humanos en condiciones dignas.

Se comparte la opinión de estudiosos y académicos guatemaltecos, que sostienen que

la discriminación dentro del actual código penal, debe estar ubicada dentro de los tipos penales contra la humanidad, teniendo el cuidado de distinguir cuando afecta a una persona en particular o a un colectivo humano (pueblos indígenas).

El tipo penal de discriminación en las diferentes legislaciones ha sido clasificado según la intensidad que alcanza la conducta inspirada en una motivación o finalidad discriminatoria.

1. **“La dignidad humana o ejercicio de los derechos de las personas:** Capítulo VII, título II del Libro II Código Penal Francés y Código Penal del Distrito Federal de México.
2. **Los Intereses colectivos como el orden público o la paz pública:** Sección VII del libro II, Código Penal Alemán, párrafo 130.
3. **Peligro o daño para las personas:** Capítulo IV, título XXI, Código Penal Español”²³.

Los dos primeros grupos de bienes jurídicos protegidos, se expresan a través de actos que no implican violencia física. Pero en cuanto al peligro o daño a las personas presentan un mayor grado de intensidad y generalmente son establecidos como delitos de genocidio o agravantes específicas; la intención discriminatoria implica la finalidad de aniquilar o destruir a ese grupo o comunidad en particular.

b. LA ACCIÓN Y OMISIÓN EN EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN

Las conductas descritas en el tipo de discriminación, pueden ser acciones u omisiones. Cuando la descripción típica es una actividad se denomina acción, cuando se describe una inactividad, un dejar de hacer cuando se tiene la obligación de hacer, se denomina omisión.

La omisión está asociada con la discriminación indirecta o encubierta. Se discrimina encubiertamente cuando supuestamente se trata a todos por igual sin importar la condición económica, social, étnica, de sexo, de edad, u otras características de las personas, pero el resultado es que grandes mayorías salen perjudicadas. Esto tiene relación con la discriminación institucional y estructural. Por ejemplo: el acceso a la justicia para los pueblos indígenas y las mujeres.

En la actividad se maneja un proceso causal, mientras que en la inactividad el sujeto omite impedir el proceso causal. Tanto las actividades como las inactividades señaladas en el tipo pueden ser dolosas.

Las dolosas requieren que el agente oriente su voluntad hacia la concreción de un fin específico. En la conducta de omisión el agente debe responder por la concreción del tipo al no haber observado el deber de cuidado.

Los tipos se integran con elementos objetivos y subjetivos.

- Los subjetivos se refieren a la voluntad y capacidad del sujeto activo.
- Los objetivos son los que definen la conducta típica.

Ejemplos:

Que un juez un fiscal, un abogado defensor, no conozca el derecho y consecuencia de su ignorancia no lo aplique.

Que un funcionario o empleado público no haga lo que está obligado hacer.

23 Ibidem.

En la discriminación el núcleo de la acción u omisión es una conducta discriminatoria, de trato desigual, que afecta los derechos de la persona discriminada.

El Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, establece que las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido original de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. La definición gramatical es de mucha utilidad:

Las acciones son:

1. **Distinción.** Según el Diccionario de la Lengua Española, consiste en la diferencia por la cual una cosa no es la otra, o no es semejante a otra. Se entiende también como la prerrogativa, excepción y honor concedido a alguien. La distinción es discriminatoria, cuando infundadamente, inferioriza a los discriminados y minimiza sus derechos.

La Corte de Constitucionalidad hace referencia a: "la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho de que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, **siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable** de acuerdo al sistema de valores que la constitución acoge..."²⁴.

El principio de igualdad también debe ser entendido como la prohibición de privilegios para ciertas personas y grupos sociales.

2. **Exclusión,** se refiere a quitar alguien o algo del lugar que ocupa. Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo. Se define como la privación de personas o grupo de personas, de las esferas política, económica y social. La exclusión social es más que la mera pobreza y se trata por tanto de las condiciones, provocadas por el sistema, que impiden la plena participación y ejercicio de los derechos de las personas y la colectividad.

3. **Restricción.** Se define como ceñir, circunscribir, **reducir a menores límites.**

Es indispensable tener en cuenta que existen restricciones delimitadas dentro de la normatividad y que corresponden a la prevalencia del interés social sobre el particular, así como a situaciones de orden público. La doctrina del derecho constitucional afirma que no pueden existir libertades absolutas y que los derechos son limitados en cuanto a su extensión; ninguna constitución puede conceder libertades sin sujeción a la ley que establezca los límites naturales que devienen del hecho real e incontrovertible de que el individuo vive en sociedad, en un régimen de interrelación.

La restricción de los derechos es válida para garantizar los derechos de las personas y responder a las necesidades de orden público e interés nacional, en este caso concreto, el derecho a la justicia.

4. **Preferencia.** Se entiende como la ventaja que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya sea en el valor, ya sea en el merecimiento. Es la elección de

24 Gaceta No. 22 expediente No. 165-91 pág. No. 10 Sentencia:01-12-91

alguien o algo, entre varias personas o cosas. Es entendida también como el privilegio de unos sobre los otros.

Las conductas de acción u omisión de distinción, exclusión, restricción o preferencia, se encaminan a impedir o dificultar el ejercicio de un derecho legalmente establecido²⁵.

El efecto de la acción es el menosprecio o atropello, que impide, dificulta o anula el ejercicio de un derecho legalmente establecido, incluyendo el derecho consuetudinario o costumbre (202 Bis del Código Penal).

c. LOS SUJETOS Y EL DOLO EN EL TIPO PENAL DE DISCRIMINACIÓN

El sujeto pasivo puede ser una **persona, grupo de personas o asociaciones (persona jurídica)**.

El sujeto activo puede ser una o varias personas físicas. El tipo penal es general y abstracto, característica esencial de la ley penal. No comparto la tesis de que el sujeto activo sea una persona jurídica, porque el derecho penal en Guatemala sigue la tendencia de legislaciones y doctrinas modernas de juzgar acciones humanas, de castigar actos humanos. La pena es la reacción punitiva del Estado ante el delito realizado y ante la tentativa del delito. La medida de seguridad es la reacción preventiva del Estado ante la posibilidad del delito. La sanción penal es para la persona física. Cancelar el registro de una persona jurídica es una medida preventiva administrativa para eliminar la comisión del delito. Pena y medida de seguridad son diferentes. Esta situación nos plantea el caso de una antinomia, porque dos artículos se contradicen.

Dolo. Es el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de realizar la conducta descrita en el tipo penal. Existe coincidencia entre lo que el autor quiere y hace.

De este concepto se derivan sus elementos: Intelectual o cognoscitivo, que es conciencia y conocimiento de los elementos objetivos del tipo (elementos normativos y descriptivos). Por ejemplo, saber que discriminar a una persona o grupo de personas está prohibido. Que la diferenciación para inferiorizar o menospreciar lesiona la dignidad humana y no permite el ejercicio de los derechos fundamentales.

El delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado el autor se lo presenta y ejecuta el acto. La discriminación es un delito de resultado en el que el dolo es directo, o sea que existe el conocimiento y la voluntad de realizar la acción.

El sujeto activo ha de tener noción de que está realizando una distinción, exclusión, restricción y/o preferencia sobre una persona o grupo de personas o asociados. Para que el delito sea doloso no se requiere que el autor tenga presente todas las características y condiciones del delito. Por ejemplo: en el caso de María Tuyuc, el guardia del lugar no

²⁵ La Discriminación. De la inefable realidad a su punibilidad en Guatemala. Fundación Mirna Mack. Primera Edición. 2006.

tenía presente el análisis histórico de la discriminación en Guatemala, pero si tenía claro que por ser ella indígena se consideraba inferior y no podía ingresar al lugar.

El componente subjetivo de la discriminación punible, sobrepasa lo meramente emotivo o psicológico y causal. Es una actitud puramente interna del sujeto activo. Se le interpreta como una característica del ánimo o disposición moral que se traduce en la actitud orientada en contra del valor de respeto a la dignidad humana.

Es importante diferenciar entre el prejuicio y discriminación, como lo hace la legislación brasileña. El prejuicio se considera un sentimiento y una actitud en relación a un grupo de personas, como resultado de la internalización de creencias de superioridad sobre otros grupos y la legitimación de dicha subordinación. La discriminación es el acto, es su manifestación de hecho.

De la punibilidad. El derecho penal tiene una función simbólica en cuanto establece lo permitido y lo prohibido o reprochable. Las personas recurren a él para la protección y garantía de los derechos. Cuando los derechos son lesionados el Estado impone una pena a través de sus mecanismos de poder punitivo.

Para la teoría del Modelo Lógico Penal, la punibilidad es la amenaza de una pena reservada para quien, concretice el tipo penal. La punibilidad corresponde al poder legislativo, es parte de la ley penal, mira al futuro, por ello es general; la punición, es propia de la actividad jurisdiccional, la aplica el juez en la sentencia; la pena viene a ser el castigo efectivamente padecido por el condenado o penado.

La punibilidad establecida en el tipo penal de discriminación, artículo 202 Bis es de “uno a tres años de prisión y multa de quinientos a tres mil quetzales”. Se agrava la punibilidad en una tercera parte:

Cuando la acción u omisión discriminatoria es por motivos de Idioma, Cultura o Étnica. Para la realidad guatemalteca, puede argumentarse suficientemente, que el sujeto pasivo, requiere de una cualidad específica, ser indígena.

En cuanto al inciso b) la agravante consiste en difundir de cualquier forma y medio, apoyar o incitar ideas discriminatorias.

En los incisos c y d del citado artículo. El sujeto activo requiere de una cualidad específica, ser funcionario o empleado público o prestar un servicio público.

En el caso de María Tuyuc, pese a la divulgación de los medios de comunicación y el apoyo recibido por diferentes organizaciones civiles, la parte resolutive de la sentencia estableció:

IV. DE LA PENA A IMPONER: un año cuatro meses de prisión y multa de SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS QUETZALES CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS...VI. DE LA SUSPENSION CONDICIONAL DE LA PENA: El Artículo 72 del Código Penal establece que el juzgador podrá suspender condicionalmente la ejecución de la pena por un tiempo no menor de dos años ni mayor de cinco, cuando la pena consista en privación de libertad, que no exceda de

tres años... y pueda presumirse que no volverá a delinquir. Los anteriores presupuestos son aplicables al presente caso.

Solo una justicia penal eficaz puede prevenir el delito. Lo eficaz no consiste solo en reprimir; la justicia penal es la que produce certeza de que todo delito será justamente perseguido, juzgado, castigado y tratado. Esta es responsabilidad del Estado. El funcionamiento de la justicia penal del Estado, tanto en la punibilidad, la punición y la pena es la prevención individual o general como condición necesaria para que funcione el Derecho penal. La impunidad es un factor criminógeno que propicia la delincuencia, algunos fallos son una invitación a delinquir.

Existen dos planteamientos al respecto:

Que la pena de prisión se incremente, porque es un delito de gravedad y la pena no esté sujeta a la suspensión condicional o medida desjudicializadora.

Que se incremente la pena pecuniaria, que afecte directamente el patrimonio del autor del delito. De esta forma el Estado manifestaría la importancia en la persecución, investigación, acusación y sanción del delito de discriminación.

Conclusiones

- La punibilidad establecida en el tipo penal de discriminación, artículo 202 bis del Código penal guatemalteco no es coherente con la conducta prohibida, dados sus efectos para la convivencia social en una sociedad multicultural. El precedente jurídico obtenido en las sentencias de los casos relacionados con la Dra. Rigoberta Menchú y María Tuyuc, permiten la suspensión de la pena. Dada la trascendencia social del delito de discriminación en contra de los pueblos indígenas, la pena impuesta no cumple la finalidad preventiva, no son un escarmiento para no volver a cometer el delito, por el contrario son una invitación a delinquir discriminando a los indígenas. En consecuencia recomiendo, su análisis, discusión y reforma.
- Considero que a la par de las penas principales impuestas, deben aplicarse las penas accesorias establecidas en el artículo 42 del Código Penal para dar oportunidad a la psicología, psiquiatría, sociología, antropología, criminología, etc. de brindar una respuesta más integral al delito de la discriminación que tiene diversas causas. La sola criminalización de la discriminación es insuficiente, puesto que es un delito multicausal, en consecuencia la sanción penal debe dar lugar a otras respuestas más allá de las jurídicas, para evitar que el discriminador vuelva a cometer el acto discriminatorio.
- A los condenados por el delito de discriminación contra los pueblos indígenas, debe imponérseles las penas accesorias de reeducación, trabajo comunitario en pueblos indígenas, tratamiento psicológico, publicación de la sentencia, inhabilitación de cargo si fuere funcionario o empleado público, con la finalidad de resocializar a la persona condenada y mejorar sus relaciones interculturales.

Bibliografía

De la Torre Martínez, Carlos. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACION EN MEXICO. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Editorial Porrúa México. Primera Edición México 2006.

Hale, Charles R. Más que un indio. Ambivalencia racial y multiculturalismo neoliberal en Guatemala. Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala. AVANCSO. Primera Edición. 2007.

Apuntes sobre la discriminación como delito. Fundación Rigoberta Menchú Tum. Segunda Edición. Guatemala Agosto 2008.

Diagnóstico del racismo en Guatemala. Investigación interdisciplinaria, y participativa para y una política integral por la convivencia y la eliminación del racismo. Informe general y costos de la discriminación. Volumen. I. Editora Educativa. Tercera edición. CODISRA. Guatemala 2009.

La discriminación. De la inefable realidad a su punibilidad en Guatemala. Fundación Myrna Mack. Primera Edición. Guatemala 2006.

LECTURAS PRELIMINARES: UN PUNTO DE PARTIDA. Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Fundación Ford.

Tipificación Del Delito de discriminación y su incidencia en Pueblos Indígenas. Instituto de la Defensa Pública Penal. Programa de Apoyo a la Reforma de la Justicia. Guatemala Diciembre 2009.

El peritaje antropológico en casos de discriminación

M. Guisela Mayén²⁶

Introducción

Actualmente en Guatemala, la falta de acceso a la justicia de manera equitativa es generalizada para todos los ciudadanos, sin embargo, igual que sucede en otros ámbitos de la vida social, la población indígena es la que principalmente ha enfrentado serias limitaciones para un pleno goce del derecho a la justicia.

El modelo monocultural implantado (y aún vigente) por el Estado-nación, se sustenta en el principio de la igualdad ante la ley. Este modelo ha tenido graves consecuencias para la población indígena, principalmente por las políticas públicas puestas en marcha con el objeto, primero de asimilar y luego de integrar a los indígenas a la “cultura nacional”, es decir con el propósito de lograr la homogenización cultural y por lo tanto la disolución de las diferencias.

A pesar que en las últimas dos décadas se formó y se ha ido consolidado el movimiento indígena cuya principal reivindicación es el reconocimiento de la diversidad y su derecho a la diferencia, el Estado aún no da respuestas adecuadas a la realidad multicultural y multilingüe del país. La principal razón es sin lugar a dudas el racismo y discriminación hacia los pueblos indígenas, que prevalece en el país; y específicamente el racismo de Estado, que se manifiesta en el déficit en la prestación de los servicios esenciales a la población indígena.

Con relación al acceso a la justicia oficial, la mayoría de indígenas involucrados en procedimientos penales generalmente quedan reducidos a un estado de indefensión principalmente por falta de respeto hacia las diferencias culturales. Así por ejemplo, a los indígenas no les es posible expresar su punto de vista durante el juicio, pues aunque el sistema debería prestar el servicio de intérprete o el funcionario de justicia ser bilingüe, este servicio es inadecuado o inexistente. Los ciudadanos en general pero principalmente los indígenas desconocen sus derechos, por lo tanto no los exigen durante el juicio, casi siempre carecen de asesoría jurídica apropiada para su defensa y además gran parte de los procedimientos se llevan a cabo por escrito y muchos los usuarios indígenas son analfabetas. Sin embargo lo más grave para la población indígena, es la experiencia de enfrentarse a un sistema que juzga y condena desde una perspectiva cultural que le es ajena y que la mayoría de veces las personas indígenas ignoran o no alcanzan a comprender.

Para contrarrestar esta situación se aplica el peritaje antropológico. En el país existen algunos casos en que se ha utilizado como medio de prueba para atenuar la pena o para demostrar que algunas personas indígenas actuaron en congruencia con sus valores y formas de vida propios aunque el sistema oficial considera delictiva su conducta y no toma en cuenta que la falta o delito no se considera como tal de acuerdo a perspectiva cultural de quien se ve implicado. No obstante, el número de casos que han incorporado peritajes culturales, aún está lejos de constituir una solución efectiva frente a los miles de casos que no toman en cuenta este mecanismo y aplican “todo el peso de la ley”. A pesar de esto, se vislumbra

26 Antropóloga, especialista en Derecho Indígena y peritaje antropológico.

un leve cambio positivo en los prejuicios, creencias y actitudes racistas y discriminatorias en autoridades del sistema oficial, que hacen un esfuerzo por lograr una reinterpretación de las leyes oficiales, que les permita comprender que un mismo hecho puede ser interpretado y recibir tantas respuestas como culturas coexistan en el país. Estos son los operadores de justicia que aceptan el peritaje antropológico en casos que lo ameritan.

Por otro lado, aunque en Guatemala se cuenta con algunas experiencias paradigmáticas en las que, sentencias del sistema oficial reconocen casos juzgados dentro del derecho indígena, no existe una ley de coordinación, ni una armonización sistemática en la aplicación de la justicia estatal que garantice que hechos o casos sancionados por autoridades indígenas se tomen como cosa juzgada. Más bien, la experiencia indica que la mayor parte de operadores de justicia, hacen caso omiso de la diversidad cultural y generalmente conocen casos ya resueltos en las comunidades.

El peritaje antropológico parte de la necesidad de hacer un esfuerzo por alcanzar una comprensión acerca del contexto cultural donde surge el otro o los otros sistemas normativos. En este sentido el peritaje antropológico constituye un mecanismo de coordinación entre los dos sistemas.

Asimismo, aunque en menor escala pero no por eso de menor utilidad se realizan peritajes antropológicos en casos de discriminación y de violencia hacia las mujeres.

Cultura, diversidad cultural Y diversidad jurídica

La teoría antropológica ha desarrollado diversos conceptos, entre los cuales el de cultura es considerado como un concepto central porque permite comprender el comportamiento de los seres humanos en sociedad y las diversas formas de pensamiento y las relaciones sociales. Otros conceptos asociados a éste son la diversidad y el pluralismo.

La cultura subsume todas las expresiones de una sociedad²⁷, asimismo, cada sociedad tiene una visión del mundo propia, que es la base de su filosofía (valores y principios), sistema de creencias (religión, rituales), sistema de socialización (enseñanza y aprendizaje), sistema de salud (enfermedad y medicina), sistema políticos, sistema económicos y sistema jurídicos.

De manera resumida, la cultura provee los valores y principios que son la base de la convivencia humana dentro de una sociedad, por lo tanto constituye el marco de referencia en el que la sociedad se desarrolla y en el que las personas realizan sus actividades.

En una definición amplia, la diversidad comprende aspectos relacionados con la etnicidad, el género, la edad, la religión y la orientación sexual de las personas. En el ámbito de la cultura, la diversidad implica que los grupos sociales poseen actitudes, percepciones, motivaciones y necesidades propias y por lo tanto diferentes.

²⁷ Incluye costumbres, prácticas, forma de vida, reglas de comportamiento, manera de ser, vestimenta, el conocimiento, el arte, la moral y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre.

Hay tantas interpretaciones de la realidad como sociedades humanas existen. Además los sistemas e instituciones cambian de una sociedad a otra y cada grupo humano crea estrategias diferentes para dar respuesta a similares desafíos que presentan la naturaleza y la vida social. En otras palabras, la diversidad cultural significa que cada cultura da respuesta de manera distinta a hechos similares.

CRIMINALIZACIÓN DE LA CULTURA

La diversidad cultural en general y la diversidad jurídica en particular adquieren importancia de primer orden cuando se examinan hechos a la luz del poder del Estado y de su sistema judicial. En Guatemala –al igual que en otros Estados donde la diversidad cultural es una realidad pero no se han institucionalizado políticas adecuadas- el sistema jurídico investiga, juzga y sanciona a indígenas haciendo abstracción de su cultura. Se tipifica un hecho como falta o delito sin tener en cuenta que en el marco de la cultura de los pueblos indígenas podría tratarse de una acción o conducta aceptada y muchas veces hasta alentada por parte de los miembros de la sociedad.

Una norma o ley dentro del marco jurídico occidental por ejemplo, podría estar reñida con las tradiciones, costumbres, creencias y forma de vida de una sociedad indígena. A lo cual podría muchas veces añadirse que las personas que pertenecen a una cultura diferente no pueden comprender ciertas normas o no captan su sentido moral o ético porque éste no concuerda con el que ellos sustentan.

Diversidad jurídica y pluralismo jurídico no es lo mismo. Existe pluralismo jurídico cuando en un Estado se aplican diversos sistemas normativos, en igualdad de condiciones, por ejemplo el sistema de justicia oficial, el sistema jurídico indígena, los sistemas jurídicos internacionales o sistemas jurídicos transnacionales que actualmente rigen en casi todos los Estados.

La diversidad en el ámbito de lo jurídico

La antropología reconoce tres categorías de normatividad social. Las normas más elementales son las que rigen el comportamiento social, constituyen aquellas cuyo rompimiento no implica mayores sanciones. Ejemplo la forma de vestirse de acuerdo a ciertas pautas y al rol asignado.

La segunda categoría de normatividad es la costumbre, que son prácticas y hábitos asociadas a creencias, valores y reglas compartidos por un grupo social. Es decir son reglas de conducta y constituyen el fundamento de la moral y la ética, su cumplimiento es obligatorio y en alguna medida son el fundamento de la organización social y las instituciones de una sociedad. Los problemas que enfrenta toda sociedad son más o menos iguales, pero el modo de regularlos mediante las instituciones varía de acuerdo a las diferencias culturales. Las costumbres están contenidas en un marco más o menos formalizado, pero plenamente institucional, de mitos, ritos, creencias, códigos religiosos y morales.

La tercera categoría normativa surge cuando ciertas costumbres se formalizan en un cuerpo uniforme de normas. Este cuerpo de normas se denomina ley. En todo grupo social estas tres categorías funcionan coordinadamente para regular los diversos ámbitos de la interacción social.

Por lo tanto, la diversidad cultural se manifiesta en todos los ámbitos de la vida social, en tal sentido el derecho, en cualquier sociedad es producto de la cultura. Por lo tanto, sistemas culturales de naturaleza distinta generan sistemas jurídicos también diferentes y con vida autónoma, en el sentido que cada uno tiene un desarrollo propio.

La diversidad jurídica, como queda dicho, consiste en que existen valores y principios propios de cada cultura que fundamentan su sistema de justicia, (normativa, procedimientos, y autoridades). La diversidad en este ámbito, implica que un hecho puede ser considerado un delito o no, o que la gravedad de un hecho puede tener distinto grado, dependiendo del lente cultural con que se le juzgue. Así, una persona que realiza actividades consideradas apropiadas en el marco de su tradición cultural, podría estar transgrediendo normas desde la perspectiva jurídica de otra cultura.

En otras palabras, se criminaliza la cultura. Una norma o ley dentro del marco jurídico del Estado, podría estar reñida con las tradiciones, costumbres, creencias y forma de vida de la cultura a la que pertenece la persona. A lo cual muchas veces se añade que las personas que pertenecen a una cultura diferente no pueden comprender ciertas normas o no captan su sentido moral o ético porque éste no concuerda con el que ellos sustentan.

Por lo tanto, la primera consecuencia del reconocimiento efectivo de la diversidad jurídica es que, dicha diversidad forme parte de los principios y valores fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado. El derecho penal en un Estado pluricultural debe sustentar el supuesto que las distintas valoraciones sobre las conductas que provengan de referentes culturales diferentes deberán ser respetadas, es decir que no se sancionará a la cultura del "otro".

En un contexto pluricultural que respete plenamente el pluralismo, los jueces deberán tomar en cuenta, al momento de resolver en un tribunal, datos provenientes del contexto cultural y social de los implicados. En otras palabras despenalizar las acciones de personas que por pertenecer a un grupo cultural distinto han cometido hechos que el Derecho oficial tipifica como delictuosos.

El peritaje antropológico

Las personas indígenas que se encuentran involucradas en procedimientos penales, generalmente desconocen el funcionamiento del sistema de justicia precisamente porque opera dentro de un contexto cultural ajeno a él. El peritaje antropológico es un mecanismo que contribuye a despenalizar o descriminalizar la cultura, a que el acceso a la justicia para los pueblos indígenas sea justo. Por el contrario, su falta de aplicación, incide en que el juez falle sin tomar en cuenta la diversidad.

El peritaje²⁸ antropológico también llamado prueba judicial antropológica o peritaje cultural, consiste en cuestionar desde otro marco cultural los hechos que se juzgan.

28 El peritaje se define como la opinión emitida por un experto o profesional en cualquier rama de conocimiento científico, técnico, artístico o práctico. Esta opinión se da a petición de una autoridad competente, con el propósito de explicar, aclarar o valorar hechos o circunstancias relevantes sobre un asunto que está siendo objeto de juicio o para adquirir certeza sobre tales hechos.

Permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema jurídico oficial pero que desde la perspectiva cultural del individuo que ha cometido la falta no lo es.

Función del peritaje antropológico

Probablemente lo primero que el peritaje antropológico debiera aportar a un proceso es la devolución de su identidad étnica y cultural a los involucrados, puesto que en los expedientes judiciales no se registra ni el origen étnico ni el idioma del procesado. La diferencia cultural simplemente no se registra, dejando al individuo indígena desprovisto de su identidad y por lo tanto también desprovisto de sus derechos.

El expediente judicial se construye a partir de una especie de machote en donde las frases hechas, los giros del lenguaje y las referencias a códigos y normas, no reflejan la realidad de los acontecimientos. La declaración del imputado se logra por medio de preguntas que más bien son afirmaciones y que el indígena muchas veces por incomprensión del idioma o peor aún de los tecnicismos jurídicos en otro idioma que no es el de él, termina afirmando lo que debería negar. Lo cual se interpreta como contradicciones entre las diferentes declaraciones y se deduce por lo tanto la culpabilidad.

Todo este entramado se va imponiendo poco a poco sobre la versión de los hechos que muchas veces ni siquiera logra narrar el inculpado. El expediente se convierte en un documento en donde su versión no aparece; pero sí resalta el discurso formal y el respeto al procedimiento más que el delito mismo. El origen cultural en lugar de constituir un atenuante se convierte en la fuerza del argumento judicial.

Por medio del peritaje cultural es posible aclarar los hechos, porque se contextualizan dentro de la realidad cultural y social que los rodea. Busca el origen y la explicación dentro de dicho contexto.

La función más importante del peritaje cultural es evitar que se sancione la diversidad cultural; que se respeten los derechos culturales y sea tenido en cuenta el sistema normativo de los pueblos indígenas. Que los jueces tomen en cuenta para la resolución de los casos, datos del contexto cultural que pueden ser cruciales para hacer justicia con pertinencia cultural.

Error de comprensión culturalmente condicionado²⁹

El derecho penal es un producto cultural, puesto que como se ha dicho cada cultura define los hechos que considera delictivos y los que no, la valoración o tipificación de un hecho como delito se enmarca en un determinado sistema de valores (cultural). Es en esa dimensión en la cual radica la importancia del peritaje antropológico o cultural, en un país multicultural como Guatemala pues el sistema jurídico del Estado juzga a personas que, por pertenecer a un grupo cultural diferente, podrían no comprender ciertas normas, ni el sentido moral o ético que las sustentan.

²⁹ El error de comprensión culturalmente condicionado fue concebido por Zaffaroni, combinando el concepto legal de error de prohibición con el concepto antropológico de condicionamiento cultural

Por medio de un análisis de los hechos es posible probar cuando la comisión de un delito se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado. A continuación se cita en su totalidad los fundamentos de esta figura, según el autor Francia Sánchez³⁰:

Fundamentos del llamado error de comprensión culturalmente condicionado:

*De acuerdo a la doctrina penal, la persona considerada culpable de un delito debe tener la posibilidad efectiva de **conocer** la norma, y **comprenderla** y con ello **comprender la antijuridicidad de su conducta**.*

Debe entenderse entonces que el "error culturalmente condicionado" imposibilita la comprensión de la norma y la antijuridicidad de la conducta, debido al acondicionamiento cultural del individuo. En opinión de Zaffaroni es un "error invencible que excluye la culpabilidad y toda sanción penal". El autor agrega de manera reiterativa que esta concepción «corresponde con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia; es una forma de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos»

Se entiende por comprensión el **proceso mental que se inicia con el conocimiento y finaliza con la internalización o introyección de la norma; comprensión es, de esta manera, conocimiento e internalización.**

En el error de prohibición el individuo no conoce o conoce defectuosamente la norma, lo que al final lo lleva a la no comprensión de su conducta.

Pero hay casos en que el individuo conoce la prohibición de la norma, pero el derecho penal no puede exigirle una efectiva comprensión; en estos casos nos hallamos ante un **error de comprensión**. Al respecto ha de diferenciarse:

La conciencia disidente (conciencia errada o autoría por conciencia). En la cual la dificultad para la comprensión se debe a que el individuo siente su obrar como resultado de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial.

Pero, si aceptásemos que el derecho penal pueda quedar en manos de la conciencia individual, se corre el riesgo de que cualquier persona pueda alegar que actuó bajo un error de comprensión porque sus valores son distintos a los del derecho penal oficial; de ahí la importancia de puntualizar que la conciencia disidente se da cuando el sujeto **«experimenta como un deber de conciencia de cometer el injusto»**, es decir, que sus valores le exigen no obedecer la norma penal.

No podemos comparar a quien experimenta esta exigencia de desobediencia con aquel que asume normalmente los valores del derecho penal oficial. Zaffaroni señala que el que actúa por conciencia disidente «realiza un esfuerzo mayor para evitarlo (la comisión del injusto penal) que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia».

30 Francia Sánchez, Luis. Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: Lineamientos para interpretar la legislación peruana. Ponencia en el Foro Internacional de Jurisdicción Especial y Derecho Consuetudinario- Justicia Comunal. Taller sobre Derecho Penal y Multiculturalidad. Lima: Defensoría del Pueblo, CEAS, CAAAP y ALERTANET. 13 de marzo 2001.

La consecuencia en este caso es la disminución de la culpabilidad. En ningún caso se elimina la culpabilidad.

Si la conciencia disidente sólo atenúa la culpabilidad, hay que preguntarse si existe algún caso que excluya la culpabilidad. La respuesta es afirmativa y en este caso hablaremos de una dificultad de comprensión tan grande que imposibilita la comprensión: es el caso del error de comprensión culturalmente condicionado.

Error de comprensión culturalmente condicionado

Si la conciencia disidente origina una dificultad en la comprensión por la existencia de un patrón general de valores distintos a los del derecho penal oficial, en el error de comprensión culturalmente condicionado la dificultad se debe a que **«el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura»**. Por esta razón no puede internalizar, no puede comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. En todo caso no le es exigible dicha internalización. Es decir que debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes.

El derecho penal no puede ni debe penar a un habitante con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial. Así, la exigibilidad de comprensión no puede ser idéntica para aquellos individuos que asumen los patrones y valores del derecho penal oficial y los que se han desarrollado con patrones y valores culturales distintos. En este caso la consecuencia es similar al error inevitable de prohibición que elimina la culpabilidad.

Características del peritaje cultural

El peritaje es una actividad procesal desarrollada en virtud de un encargo judicial, que a partir de los conocimientos de un perito o experto, suministra al juez argumentos o razones para su convencimiento de hechos, prácticas, creencias para el entendimiento de un caso específico.

Es un medio para el entendimiento de un objeto o causa específica.

Es una prueba que busca demostrar una hipótesis.

Se traduce en "prueba plena", cuando el juez lo considera en una sentencia.

No se centra en la búsqueda de inimputabilidad por origen, es decir el peritaje no interviene para liberar o reducir penas a un implicado por su pertenencia a otra cultura ni reproduce la lógica de subordinación de una cultura sobre las otras.

En un proceso judicial el peritaje antropológico no busca demostrar inocencia para que no se sancione, tampoco busca probar involuntariedad frente a un hecho, y no consiste en equiparar el objeto de sanción de un sistema con el de otro sistema. La función del peritaje cultural es analizar los hechos dentro del marco cultural indígena y aportar datos importantes del contexto cultural en que se desenvuelve el caso, de manera que sirvan de elementos de juicio para el juzgador.

El perito

El perito es designado por el tribunal mediante un discernimiento de cargo. El perito acepta el cargo y se compromete a emitir su juicio técnico o profesional objetivamente, sobre los puntos, temas o aspectos que el tribunal le solicite; estos puntos quedan anotados en un oficio que el tribunal envía al perito, en éste también señala fecha para la entrega del dictamen y fecha en la que el perito debe presentarse en el juicio o la vista para ratificar y si es necesario también para ampliar el dictamen.

El perito emitirá por escrito su dictamen y lo hará llegar en el plazo que se le haya señalado. Durante el juicio, el perito deberá manifestar, bajo juramento de decir la verdad, que ha actuado con objetividad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito³¹.

Los peritos son personas que van a intervenir en un proceso judicial para contribuir con sus conocimientos y saberes especializados, al conocimiento o apreciación del juez o tribunal sobre hechos o circunstancias relacionados con el asunto debatido. El perito antropólogo debe ser un experto en el tema o temas objeto del peritaje, debe poseer experiencia y conocimientos suficientes de la comunidad de origen de las personas involucradas en los hechos. Es recomendable que posea conocimientos jurídicos básicos.

A pesar de ello, para elaborar el dictamen de un peritaje cultural es indispensable realizar una investigación exhaustiva de los hechos dentro de la comunidad. Para tal fin deberá:

- Realizarse entrevistas con las partes involucradas y con terceros que tengan alguna relación con los hechos.
- Consultar con autoridades tradicionales, es decir se busca el testimonio y la opinión de personas conocedoras de las normas comunitarias, las costumbres y creencias.
- Debe recolectarse información de casos similares con el objeto de contrastar los hechos y poder determinar si efectivamente se enmarcan dentro de la normativa tradicional de la comunidad o no.

31 Durante el juicio el tribunal puede solicitar al perito la exposición completa del dictamen, explicación del dictamen o de alguno de sus puntos así como formular preguntas. Además le harán preguntas tanto la defensa como la fiscalía sobre cualquier punto, método, conclusiones y otros aspectos del dictamen. Puede haber crítica al dictamen, objeciones. El perito podrá solicitar que quiere ampliar algún punto, si lo considera pertinente.

- Es recomendable, obtener información de otras comunidades que pertenecen al mismo contexto cultural y lingüístico con el objeto de dar mayor consistencia a la fuerza probatoria de los hechos. Esto permitirá probar que no son disposiciones aisladas las que ha tomado la comunidad sino que forman parte de un cuerpo normativo coherente.

El perito cultural o perito antropólogo no es un juez, es simplemente el auxilio científico de la justicia que da elementos explicativos a un hecho, por lo tanto, en el caso de los peritajes antropológicos no es necesario hacer una etnografía o una reseña bibliográfica; hay que tener la suficiente capacidad de síntesis, para encontrar los elementos explicativos que muestren puntualmente lo que a la luz de los requerimientos o preguntas formuladas por el tribunal fueron solicitados administración de las instituciones de justicia se requiera.

Los peritos, ya sean designados por el Tribunal o por las partes en el ejercicio de sus funciones durante el proceso, deberán actuar respetando en todo momento los principios de imparcialidad y objetividad, observando el deber de decir la Verdad.

En la elaboración del dictamen, debe actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. El perito en el ejercicio de sus funciones, incurriría en responsabilidad penal si diera testimonio falso.

El dictamen pericial³²

El antropólogo que interviene como perito ya sea por que se desempeña como tal en alguna institución, debe tener en cuenta que:

- El dictamen lo hace bajo juramento
- El dictamen debe ser preciso y detallado
- El dictamen debe ser ético
- El dictamen no debe emitir juicios de valor o juicios de responsabilidad

En resumen, el dictamen pericial debe orientar de manera científica dando los elementos necesarios para que la autoridad solicitante tome una decisión o emita un concepto que sea acorde con las disposiciones legales vigentes.

La prueba pericial tiene como función la de brindar información al juez para que él logre una adecuada valoración de los hechos a la luz de los conocimientos y los hechos que incorpora el dictamen. Asimismo el dictamen debe proporcionar certeza sobre hechos o circunstancias relevantes en el asunto.

32 Artículo 234. (Dictamen). El dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos, y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema pericial, de manera clara y precisa. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos.
El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado, y oralmente en las audiencias, según lo disponga el tribunal o la autoridad ante quien será ratificado

Las partes del dictamen

Todo dictamen pericial está compuesto por:

- **Presentación.** Esta parte debe llevar el objeto o la referencia del expediente del caso y quien hace el informe.
- **Temas.** En este apartado se detallan los puntos o temas que se son objeto del peritaje y que deben concordar con lo solicitado por el tribunal.
- **Procedimientos.** Es el espacio donde se enumeran de manera resumida los pasos y actividades que se realizaron para la investigación
- **Resultados.** Consiste en una disertación breve pero completa del fundamento antropológico del comportamiento en cuestión o del hecho a explicar. Estos resultados deben reflejar un análisis profundo de los hechos. Constituye la fuerza probatoria.
- **Observaciones.** En las observaciones el perito puede ampliar y emitir su punto de vista sobre los hechos basándose en el análisis de los hechos.
- Además de responder a los puntos que solicita el tribunal, el perito puede incluir algunas observaciones a los hechos, en este apartado de observaciones es pertinente incluir un análisis que permita ampliar aspectos que el perito considera relevantes y que no aparecen en el expediente. Aspectos que se recabaron durante la investigación antropológica.
- **Conclusiones.** En esta parte se emite opinión y se consolida la prueba. Se refleja la postura profesional del perito. No se emite juicios de responsabilidad sobre el hecho o comportamiento analizado. **LAS CONCLUSIONES SON LAS RESPUESTAS PRECISAS DEL EXPERTO.**
- Firma responsable y fecha.

Bibliografía

Sánchez Botero, Esther "Peritaje Antropológico: una forma de conocimiento", s.e. Colombia: 1990

Zaffaroni, Eugenio R., (Coordinador), Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986). Buenos Aires, 1986.

El peritaje lingüístico como herramienta contra la discriminación

Guillermina Herrera Peña³³

El manejo positivo y constructivo de las alteridades en un país como Guatemala, multiétnico, multilingüe y multicultural, supone una práctica consciente y responsable de la democracia y una genuina voluntad por la paz social. El análisis de la realidad guatemalteca muestra a menudo, por el contrario, un manejo intolerante que se manifiesta en racismo y discriminación.

En la literatura sobre racismo encontramos definiciones que suelen explicar este fenómeno como el más poderoso agente del fracaso de las interacciones entre miembros de pueblos o grupos sociales y culturales diferentes. Suelen explicar también cómo su acción destructiva puede llegar a afectar profundamente a las personas y a pueblos, etnias y grupos sociales, ensombreciendo innecesariamente su visión de sí mismos y de la vida así como su fe en la humanidad.

Desde otra perspectiva, los efectos del racismo en quien es victimario son también terribles pues mutilan su desarrollo como ser humano encerrándolo en las estrechas y contaminadas visiones racistas que practica. Preso en ellas pierde la oportunidad de conocer verdaderamente a las personas que hace víctimas de racismo, de aprender y crecer con la experiencia de la interacción con ellas, que puede ser rica e inspiradora.

El racismo contradice groseramente los esfuerzos de reconocimiento y respeto del "otro", percibido así porque tal vez tiene rasgos físicos diferentes, pertenece a otra etnia, habla otra lengua, es de un sexo diferente o pertenece a un grupo cultural que no es el mismo de quien lo trata. El racismo alienta un desprecio destructivo de la dignidad intrínseca de toda persona y de pueblos, etnias o grupos sociales.

Fenómenos negativos como el racismo y la discriminación pueden llegar a constituir flagrantes violaciones a los derechos humanos fundamentales –individuales y colectivos– y detonantes de conflictos que atentan contra la armonía de la sociedad.

Por otra parte, la impunidad respecto a los delitos motivados por estas intolerancias contribuye de manera real y permanente a debilitar el estado de derecho y la democracia, a la vez que fomenta la entronización de tales actos y su consecuente repetición, con lo cual se cae en un círculo vicioso y perverso, se provoca una reacción en cadena y se pone en peligro la paz social.

33 Academia de número de la Academia Guatemalteca de la Lengua. Lingüista de profesión ha dedicado gran parte de su vida profesional a la investigación y promoción de las lenguas mayas de Guatemala, a la aplicación de la lingüística a la educación y a estudios y propuestas de política y planificación lingüística para países multilingües. Ha trabajado en el combate a la discriminación y el racismo en Guatemala, colaborando con peritajes lingüísticos en el desarrollo de litigio estratégico y con publicaciones y múltiples actividades de difusión sobre el tema. Ha sido catedrática universitaria por más de tres décadas, rectora universitaria y ha desarrollado y dirigido programas punteros de formación universitaria para estudiantes indígenas.

En el contexto guatemalteco, la notable e histórica situación de relaciones asimétricas de explotación y poder entre las alteridades étnicas constituye un campo de cultivo fértil para una coexistencia enconada y envenenada, en la que se ha alimentado una situación de "minorización" a mayorías numéricas prominentes. En este contexto, los actos de racismo y discriminación aparecen frecuentemente.

Aunque, como derivado obligado de la democracia, la Constitución Política de la República ha apostado por una perspectiva pluralista, más coherente con la diversidad étnica y cultural que caracteriza al país -y esta perspectiva fue ampliada y desarrollada en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas- las fuerzas sociales siguen presentando las mismas asimetrías y practicando el racismo y la discriminación étnica.

Por ello se hace indispensable recurrir a medidas judiciales (a la par de legislativas y administrativas) para promover, proteger y garantizar los derechos y libertades fundamentales de los grupos étnicos "minorizados" en todos los ámbitos de la vida social, y romper con la tradición de impunidad sobre delitos enmarcados en racismo y discriminación étnica.

Este documento trata de los aportes de la Lingüística Forense, a través del Peritaje Lingüístico, que suelen ser cruciales en estas acciones, porque con mucha frecuencia el racismo y la discriminación se manifiestan en el marco de la comunicación y por medio de expresiones verbales.

PRIMERA PARTE: EL PERITAJE COMO HERRAMIENTA JURÍDICA

El peritaje es una herramienta jurídica que consiste en el estudio de un caso desde la perspectiva especializada de una ciencia. El estudio produce un dictamen pericial con sujeción a lo dispuesto por la ley.

Su objetivo es esclarecer los hechos, las causas y los efectos de éstos, así como la forma y las circunstancias en que se dieron, desde los aportes de un análisis científico de una disciplina.

El estudio lo lleva a cabo un perito, especialista o experto en la materia. El perito informa al juez y lo ilustra para el esclarecimiento de un caso que requiere de conocimientos especiales científicos o técnicos.

El peritaje constituye prueba judicial. Procede cuando se requiere información científica para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el juicio.

Consta de:

1. **Proposición.** Los peritos tienen que ser nombrados por el juez o el tribunal, mediante auto y con conocimiento de las partes. A diferencia de los testigos, que son medio de prueba.

Como garantía, se nombran dos peritos, con experiencia comprobable. Debe garantizarse también su imparcialidad mediante juramento al entregar su dictamen.

2. **Diligencia.** Los peritos deben hacer un estudio acucioso, riguroso del problema y producir explicación consistente en un documento (el dictamen o informe pericial) que refleje las secuencias fundamentales del estudio, los métodos usados, los medios empleados, la exposición razonada y coherente, las conclusiones y la fecha y firma del perito.

Si dos peritos no concuerdan se debe nombrar un tercero para dirimir la discordia.

El dictamen debe contener:

1. Descripción de la persona, objeto o cosa que es materia del estudio, así como el estado y forma en que se encuentra.
2. Relación detallada de las operaciones practicadas en la pericia y su resultado.
3. Los medios científicos o recursos de que se ha valido el perito para emitir el dictamen.
4. Conclusiones.

El juez puede pedir ampliaciones del dictamen pericial a instituciones como colegios profesionales, centros o instituciones especializadas en la materia, academias, etcétera, para que se pronuncien e informen por escrito sobre el asunto. Estas ampliaciones se agregan al expediente y permiten valorar la información.

La prueba pericial tiene que ser apreciada y valorada con criterios de conciencia. El juez tomará en cuenta: la lógica, la coherencia científica, la suficiencia de los motivos y razones. Por tanto es fundamental la motivación del perito y un trabajo acucioso, serio y profesional.

Los jueces y tribunales no están obligados a sujetarse al dictamen. Éste puede ser refutado pero esto no significa que el juez pueda imponer su arbitrariedad como si no existiera la prueba pericial. Es deber del perito la verdad de su informe.

EL PERITAJE LINGÜÍSTICO

Es un instrumento que se deriva de la llamada Lingüística Forense, disciplina académica que incluye una serie de áreas de investigación y estudio relacionadas con el uso de la evidencia lingüística en distintos ámbitos de la justicia.

El Peritaje Lingüístico es el uso de esta evidencia lingüística en un caso que se está dirimiendo en los tribunales de justicia.

El perito que lo realiza se ocupa de las siguientes tareas:

- Identifica a los sujetos hablantes y oyentes, es decir, a los interlocutores de un acto de comunicación;

- describe los perfiles lingüísticos (características del habla de los interlocutores desde perspectivas de sexo, origen, clase social, etnia, lengua o variante lingüística, etcétera);
- transcribe grabaciones, cuando es necesario; analiza textos orales y escritos y cualquier otra manifestación lingüística que se haya dado en el acto comunicativo.

SEGUNDA PARTE: ALGUNAS IDEAS SOBRE LA LENGUA QUE DAN SUSTENTO AL PERITAJE LINGÜÍSTICO.

El Peritaje Lingüístico hace énfasis en la competencia comunicativa, es decir, en las reglas que dan cuenta de la capacidad de codificar y decodificar los productos verbales (el habla), las reglas que guían la comunicación: cuándo hablar y cuando permanecer en silencio; qué formas de trato son adecuadas para quién, y en qué situaciones sociales particulares, etcétera.

El análisis se centra en el hablante-oyente que opera dentro de una comunidad lingüística específica. Contempla mucho más que las reglas gramaticales y el vocabulario como componentes de la lengua.

La competencia comunicativa es parte indispensable del bagaje lingüístico de cualquier miembro de la comunidad lingüística; es decir, de una comunidad de hablantes que posee normas compartidas respecto al habla, respecto al uso de la lengua y sus múltiples posibilidades.

Los hablantes recogen claves del ambiente externo y, por medio de un proceso de percepción determinado culturalmente, llegan a las estrategias de conducta, las cuales se traducen en símbolos verbales, que son las formas de expresión lingüística que usan para comunicarse.

La competencia comunicativa no sólo es aprendida, sino que es variada, o sea que su repertorio lingüístico está compuesto de formas diferencialmente y no igualmente probables. Se trata de un repertorio grande, del cual el hablante selecciona aquellas formas y expresiones que le son necesarias para comunicar lo que desea comunicar al oyente.

El Peritaje Lingüístico estudia, pues, la conducta lingüística. Contempla:

- El contexto (físico y social en donde se da la comunicación).
- Los participantes (caracterizados en términos de edad, sexo, estatus, papel situacional, etcétera, los cuales usan diferentes formas de expresiones verbales o sea de "habla").
- El tema (contenido manifiesto en las expresiones verbales).
- La función (contenido latente o aspecto pragmático de la lengua, en el que cuenta, por ejemplo, la intención del hablante).

- La forma del mensaje (que incluye el canal: es decir, si se trata de habla, escritura, silbido, por ejemplo; y las variantes sociolingüísticas que están relacionadas con la pertenencia de hablante y oyente a una determinada categoría social).
- El código (conjunto semántico de señales lingüísticas, paralingüísticas, cinéticas, musicales y otras compartidas por los participantes, una de ellas es la lengua).
- Las optativas, utilizadas para comunicar el mensaje de modos diferentes; y los valores sustentados por cada participante acerca de cada uno de los componentes antes mencionados.

El Peritaje Lingüístico toma en cuenta los significados de la emisión verbal o acto del habla que estudia. Estos pueden ser:

- Significado referencial y
- Significado social.

El primero se refiere a lo relacionado estrictamente con la materia de la lengua o sea la llamada "gramática", que es el sistema o estructura de ésta (conjunto de reglas gramaticales por medio de las cuales funciona) y el léxico tal como aparece, por ejemplo, en los diccionarios. Por esto, define los límites de la inteligibilidad (adecuación lingüística), es decir define si lo estudiado es reconocido como propio y adecuado por los hablantes de la lengua en cuestión. Por ejemplo, un hablante de español reconocerá como propia de la lengua la expresión "Vender tomates en el mercado", porque está construida de acuerdo con las reglas gramaticales de la lengua. Asimismo, estará de acuerdo con la definición de "tomates" tal como se encuentra en diccionarios reconocidos del español, y así interpretará el término. El segundo, sin embargo, se deriva del sistema sociocultural y define los límites de la aceptabilidad (adecuación social) de la producción verbal. Marca cómo decir qué, a quién, en qué circunstancias, etcétera. Funciona también como operador inconsciente. La expresión "*Vender tomates en el mercado*", se entenderá desde esta perspectiva en un contexto social, y si se atribuye a alguien que es, por ejemplo, médico o abogado, acarreará significados diferentes de si se atribuye efectivamente a un comerciante que vende sus productos en el mercado.

El significado social se revela por el código, el canal o la forma lingüística o paralingüística elegidos por el hablante en su desempeño lingüístico. El hablante los seleccionará de entre el repertorio de formas disponibles del lenguaje.

La interacción lingüística es interacción social y cada emisión verbal no sólo posee significado referencial sino también significado social.

El fundamento básico de la teoría de la competencia comunicativa es que la conducta verbal es conducta social. El lenguaje es una institución social. La lengua no es solamente medio de expresión y comunicación de hechos sino también de transmisión de significados sociales. Por esto, el énfasis de la interacción entre la conducta verbal y la conducta social, que es el énfasis del Peritaje Lingüístico.

La competencia comunicativa se ocupa, pues, del estudio de la conducta verbal

en términos de características sociales y psicosociales de los hablantes, sus orígenes culturales y los aspectos psicosociales de la situación en que tiene lugar la interacción.

Para definir una situación social el modo de hablar puede ser tan importante como el contenido de lo que se hable.

La distinción entre lengua y habla que hizo Ferdinand de Saussure a principios del siglo XX, abrió el campo para situar las discusiones en el habla, es decir, en el uso de la lengua para la comunicación y expresión con cargas emotivas y psicosociales. Estos aportes legaron la conclusión de que hay niveles múltiples en el habla, que se dan en todas las dimensiones.

Un simpático ejemplo, situado en la dimensión temporal de la lengua, lo encontramos revisando la historia y uso de los pronombres de segunda persona singular en español: tú, vos, usted.

Todas las lenguas romances, o sea derivadas del latín (excepto la rumana) tienen o han tenido, dos formas para la segunda persona del singular. Una de ellas fue originalmente singular; la otra, plural. Con el correr del tiempo, la última adquirió un carácter más formal y se incorporó con el nombre "plural de reverencia". Las transformaciones que siguió esta forma plural al hacerse singular fueron diferentes en cada lengua, aunque el origen fue común a todas.

Alrededor del siglo IV, el latín incorporó la forma plural vos para dirigirse a una sola persona, lo que vino a ponerla en competencia con la forma tú que era la única usada anteriormente. El origen se dio con la reforma de Dioclesiano, por la cual el poder imperial, aunque siguió considerándose uno, vino a quedar en manos de dos personas. De allí vos adquirió un significado social relacionado con percepciones psicológicas y sociológicas asociadas a majestad y poder.

El número (que pasó de varios (plural) a uno (singular), entendido, no obstante, como indiviso) se desplazó a un significado relacionado con mayor distancia social, con grado extremo de formalidad en la relación entre los interlocutores.

Si bien este cambio se dio en latín, también ocurrió por influencia en el inglés antiguo –aunque no es lengua derivada del latín– en la forma ye, usada para segunda persona. Aparece como vos en español antiguo, vous en francés y voi en italiano, las últimas tres sí lenguas derivadas del latín.

Varias de esas lenguas siguen conservando esta forma para dirigirse a personas de alto rango. En español, siguió una historia diferente, el uso formal que tuvo se "desgastó", y la lengua tomó para sustituirla una forma de la tercera persona singular, que derivó en el actual usted. Tú y vos tienen sus propias connotaciones, y también marcan rasgos de grado de respeto y de distancia psicológica, aunque ambas se usan hoy en día por lo general en contextos informales.

En sus orígenes, al igual que en latín, el tú se usaba en español para dirigirse a inferiores en la escala social y era usado de manera recíproca entre iguales en los estratos bajos. La forma cortés era vos, y se usaba dirigida a los reyes. Se fue desplazando para dirigirse

a los nobles y personas de estatus alto, quienes la usaban recíprocamente entre ellos.

Pasó el tiempo, y el pueblo comenzó también a usarla como forma especial que significaba distancia y respeto. Pero su uso se dio tanto, que se “desgastó”, ocurrió con esta forma lo que se llama “erosión semántica”, un fenómeno que describe el “abuso” de una forma que causa su “deterioro”, hasta que pierde la capacidad de expresar su significado.

A principios del siglo XVI, la “erosión semántica” o “desgaste” que había sufrido vos para significar respeto o formalidad era tal que usarlo acarrió un significado de peyorativo o de desprecio: llegó a sentirse como una “bofetada”, quedando entonces reservado al tratamiento de personas de estatus inferior, sirvientes y vasallos.

En un texto de 1566, que aparece en un drama titulado “Diálogo de la verdadera honra militar”, se ilustra el estatus que había adquirido vos. Altamirano, uno de los personajes del drama, cuenta lo siguiente:

“Jugando un día en Triana a basto y molilla con un escudero de Don Pedro Guzmán, llamado Belmar, le dixе, sin pensar enojallo: “Belmar, vos jugáis mal”, alterándose él por el vos que le dixе, respondió, empuñado y feroz: “Yo juego bien, y vos que sois tú, sois muy ruin hombre.”

Así “vosear” vino a connotar cuando no un insulto, un grado extremo de familiaridad. En la historia que cuenta Altamirano, Belmar estaba más enterado que él de los cambios que había sufrido vos.

Desde luego, que la lengua española buscó una nueva forma de cortesía, porque la necesitaba para la comunicación. El resultado fue la expresión “vuestra merced”, pero su uso resultaba dificultoso, y fue simplificándose en: vuesa merced, vuesarced, vuesated, vusted, usted, usté (como hoy se pronuncia en muchas partes).

Sirva esta historia para ilustrar cómo la comprensión del acto comunicativo va mucho más allá de lo que puede ofrecer un estudio de las reglas gramaticales o del vocabulario que aparece en diccionarios o gramáticas. En el asunto que enfrentó a Belmar con Altamirano, es necesario adentrarse en los cambios que sufrió el pronombre vos a lo largo del tiempo.

Por otra parte, aunque el análisis de un acto comunicativo suele centrarse en el “mensaje” que el “hablante” quiere enviar al “oyente”, tiene que tomar en cuenta que los dos interlocutores se comunican a través de un “canal”, que la comunicación tiene siempre “interferencias” de todo tipo que pueden ocurrir y afectar y hasta distorsionar la comunicación del mensaje, y que podrán atribuirse no sólo a cuestiones externas sino a los mismos interlocutores y sus experiencias y vivencias.

Cuando, por ejemplo, en un acto racista el hablante dice a su interlocutor “parecés indio”, el significado social de la expresión se comprende como un insulto en el ambiente sociocultural que vivimos en Guatemala.

En otros ambientes y de acuerdo a la intención de quien emite la expresión, no sería

así, y la expresión podría tener un significado puramente referencial sin asomo de racismo. Entonces se interpretaría que el hablante le dice a su interlocutor que presenta características que le hacen "parecer indio", o sea miembro de un pueblo originario americano.

La forma cómo diga el mensaje el hablante, tendrá que ver con el significado, pero también cómo lo entienda el oyente.

El significado social se revela también por medio de los sistemas paralingüísticos elegidos por el hablante en su desempeño lingüístico. Éstos son sistemas de códigos que acompañan a la lengua. El hablante los selecciona, como selecciona las palabras y expresiones, de entre repertorios amplios de posibilidades que tiene a su disposición. En este sentido, a veces no son las palabras las que envían el mensaje, sino los gestos o el tono o altura de la voz, por ejemplo. Por eso suele oírse frecuentemente la siguiente explicación: "No fue lo que me dijo sino cómo me lo dijo".

El estudio de la lengua desde la perspectiva de fenómeno social se ocupa, entonces, del estudio de la conducta verbal en términos de características sociales y psicosociales que se comunican.

El Peritaje Lingüístico toma en cuenta todos estos aspectos, pues su perspectiva es la de la lengua como fenómeno social. Y, como ha quedado dicho, el perito que realiza un dictamen de esta materia debe tomar en cuenta que para definir una situación social el modo de hablar puede ser tan importante como el contenido de lo que se dice.

El material de estudio de un Peritaje Lingüístico abarca:

a) Palabras: El diccionario suele traer varios significados de un término, son las llamadas acepciones de las palabras. Por ejemplo, la palabra "indio" tiene la acepción de "miembro de un pueblo originario de América", pero también "ignorante, rústico".

Las mismas acepciones no tienen siempre el mismo significado y esas variaciones deben tomarse en cuenta. Por ejemplo, el significado de "gran" varía cuando decimos "una gran roca" o "un gran tonto".

b) Significados gramaticales: los que son acarreados por morfemas. Por ejemplo, cuando usamos un diminutivo, el término puede cargarse de significados sociales: "indito" puede expresar significados sumamente peyorativos cuando se usa para referirse a un adulto.

c) Denotación y connotación: denotación es el significado referencial y connotación el emotivo, también llamado significado de comportamiento o conductista. Por ejemplo, cuando pido un libro puedo usar diferentes formas: Es diferente si lo pido diciendo ¡Dame ese libro! O si digo ¿Quieres darme ese libro? Además, habrá que tomar en cuenta que al usar una u otra expresión, usaré un tono de voz distinto, o gestos, o una voz más aguda o más grave, y todo ello acarreará significado social. Estos elementos que aportan significado son parte de lo que se llama sistema paralingüístico.

- d) El hecho de que la suma de palabras en una frase no es siempre la suma de sus significados. Ejemplo giros idiomáticos, como “vende patrias”, que es un insulto pero sus partes “vende” y “patrias” no lo son.
 - e) El llamado sentido metafórico de las expresiones, por ejemplo cuando se habla del “lenguaje persuasivo de un codazo” o “del lenguaje de una potencia armada”.
 - f) El llamado “cuasilinguaje”, que se refiere a los gestos, los cuales son igualmente convencionales que la lengua y se adquieren socialmente, son aprendidos. Los estudia la cinética y forman parte de los sistemas paralingüísticos, que acompañan a la lengua para expresar y comunicar.
 - g) Los “isomorfos” de la lengua, como por ejemplo la escritura, los símbolos, los dibujos en un cartel. Éstos participan de ciertas propiedades de la lengua y pueden sustituirla. Un cartel de publicidad, por ejemplo, puede hacer llegar a quienes lo vean, mensajes positivos sobre un grupo étnico, o mensajes racistas. Asimismo, los libros de texto usados en las escuelas, pueden presentar a los diferentes grupos étnicos de un país de manera positiva o no, y sin duda sus mensajes pueden ser definitivos en el combate del racismo.
 - h) Las variedades de la lengua en el tiempo, en el espacio y de acuerdo a categorizaciones sociales. Por ejemplo, la lengua se manifiesta en dialectos, que son variaciones de acuerdo a regiones de donde provienen los hablantes (por ejemplo el Kaqchikel que hablan los de Patzún o los de Comalapa); en sociolectos, que son variaciones sociales (como el habla de los jóvenes o de los miembros de algún grupo determinado).
 - i) El contexto, que ofrece la posibilidad de la interpretación semántica de acuerdo a la situación en la que se da el acto comunicativo, por ejemplo “en la iglesia”, “en el mercado”. Esta situación o contexto donde se da el acto comunicativo hace que aunque las expresiones o palabras que se digan sean muy similares, la comunicación nunca será igual, ya que el contexto la matiza significativamente. El hablante no solamente selecciona entre múltiples posibilidades de expresión que le ofrece la lengua sino en el marco condicionante del contexto.
- Así, la descripción semántica del Peritaje Lingüístico debe proporcionar todos los significados que pueden asociarse en una expresión dada, incluyendo el contexto en el que sucede el acto comunicativo.
- j) Los sistemas paralingüísticos que, como ya se dijo arriba, acompañan a la lengua y modifican el significado de las palabras y expresiones verbales: Estos sistemas pueden encontrarse en la escala de volumen de la voz, que va de alta (en Guatemala se dice “hablar recio”) a baja (“quedo”); la escala del tono de la voz (que va de “agudo” a “grave”); la escala de apertura versus cerrazón de la pronunciación; el “tempo” o tiempo; la cinética o sistema de gestos; la proxémica o escala de distancias entre interlocutores.

Para los propósitos de un Peritaje Lingüístico debe tomarse en cuenta todo lo dicho. Una guía para la elaboración del Peritaje debe contemplar:

a) El análisis semántico que se ocupa no sólo de los significados referenciales o denotativos, que, como se indicó arriba, se pueden obtener por medio de un estudio lexicográfico, usando, por ejemplo, el diccionario. Es necesario tomar en cuenta que los significados se completan con las diferentes formas de uso contextual de las palabras y su poder referencial.

El significado se compone del núcleo conceptual del término, que es el significado denotativo o natural, pero además de significados connotativos y de valor afectivo, que son todas las reacciones emocionales que genera.

El Peritaje debe llegar al significado léxico total que es en el que se almacenan las orientaciones finales de la comunicación y los conceptos valorativos, en donde se da la "conciencia" del hablante.

b) El análisis de los significados de las expresiones o frases, pero tomando en cuenta que lo que ponen en juego los participantes -o interlocutores- en la comunicación como significado depende de cada palabra y de la suma de ellas, del contexto verbal y situacional, de las experiencias del aprendizaje y de otros factores.

c) El análisis debe llegar al nivel pragmático. En este nivel, el acto verbal que constituye la comunicación se entiende en sus diferentes componentes parciales. Éstos son:

- El acto locutivo, que puede definirse como la unidad de sonidos que se puede analizar gramaticalmente y que tiene la forma de la emisión del hablante.
- El acto ilocutivo, que está antes del locutivo y que consiste en las intenciones y propósitos que tiene el hablante al seleccionar qué expresiones usar para la comunicación.
- El acto perlocutivo, que aparece después del locutivo y consiste en las consecuencias o efectos del acto comunicativo, es decir, qué entendió el oyente y cómo lo afectó lo que oyó y percibió con la comunicación.

El análisis en el nivel pragmático es muy importante para el Peritaje Lingüístico, tanto porque permite considerar la intención del hablante a partir del estudio de las selecciones que hizo para comunicarse (palabras, expresiones, gestos, etcétera), como las consecuencias o efectos que causó la comunicación en el oyente.

La comunicación se da cuando el oyente entiende la intención del hablante. Cuando esto sucede, el oyente reacciona, y ocurren en él los efectos que puedan causarle la intención del hablante.

La intención del hablante proviene de estímulos del plano de la representación, que son estímulos externos o internos (emocionales, evaluativos, etcétera).

El análisis pragmático permite definir el acto verbal como un segmento del discurso, que es una unidad articulatorio-acústica, intencionalidad-situacional y significativa. A través de ella se unen hablante y oyente en una determinada situación por medio de los significados de un acto comunicativo.

Existe un acto verbal siempre que una persona dice algo a otra, por lo que “el acto verbal” se considera como la unidad fundamental o mínima de la comunicación lingüística. A esto se le llama “producción de un signo frásico” que siempre ocurre a partir de determinadas condiciones y en circunstancias específicas.

La unidad fundamental de la comunicación no es el signo (palabra o frase) sino la producción intencional del signo en su realización. Este es el “material de trabajo” del Peritaje Lingüístico.

TERCERA PARTE: ACLARACIÓN DE TÉRMINOS PARA UN PERITAJE LINGÜÍSTICO EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN Y RACISMO

Racismo y Discriminación

Las diferencias biológicas que ocurren entre los humanos son en realidad escasas y poco significativas. Se manifiestan, por ejemplo, en rasgos físicos como el color de la piel o del cabello, la forma de los ojos o la mayor o menor estatura, los cuales hallan explicaciones en acciones de fenómenos ambientales o sociales, como las condiciones de vida.

Aún así, los seres humanos tendemos a prestar demasiada atención a las diferencias físicas que presentan miembros de grupos diferentes del propio y a valorarlas de acuerdo con nuestros criterios considerándolas hermosas o feas, agradables o desagradables. Las raíces del racismo se encuentran en la creencia de que los grupos que difieren física o culturalmente también tienen diferentes habilidades emocionales y mentales, generalmente consideradas inferiores por los racistas.

No es relevante preguntarse qué causa que a un grupo social le desagrade otro o tenga malos conceptos sobre él, porque generalmente no encontraremos respuestas valideras. Más bien, la pregunta relevante es si ese desagrado se traduce en tratamiento injusto, en maltrato, en irrespeto que priva de un derecho o de una libertad fundamental. Es decir, cuáles son las consecuencias de una visión intolerante que llega a afectar la vida de los miembros del grupo social o cultural que la sufre.

En relación con el uso del término racismo, es importante recordar que, desde una perspectiva rigurosamente científica, se evita hoy en día hablar de “raza” en referencia a personas, porque las ciencias naturales han mostrado evidencias irrefutables que niegan la existencia de “razas” como categorías aplicables a los seres humanos, y desde luego del absurdo de las llamadas “razas puras”.

En las ciencias naturales el concepto de raza se utiliza para clasificaciones taxonómicas, refiriéndose particularmente a los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas a partir de características transmitidas genéticamente.

En cuanto a la aplicación del concepto a los seres humanos, si bien desde antiguo se usó para categorizar a la humanidad de acuerdo con rasgos físicos, esta categorización cayó en desuso con los descubrimientos de la genética humana. Estos descubrimientos prueban que todos los seres humanos tenemos el mismo repertorio genético general y que la especie humana es una sola. En este sentido, se sostiene hoy en día que todos los seres humanos provenimos de un mismo antecesor.

No se respaldan científicamente ideas como la de patrones de conducta heredados genéticamente, ni la de asociaciones entre las características físicas de las personas y las culturas a que se adhieren, ni tampoco rasgos físicos determinados asociados a las competencias del individuo o del grupo social al que pertenece. Esto es, resultaría absurda la creencia, por ejemplo, de que personas de piel blanca y pelo y ojos de color claro o personas que pertenecen a tal o cual pueblo o grupo étnico son más inteligentes.

La ciencia actual también prueba con evidencias sobradas que la cultura no está relacionada con rasgos físicos de las personas que la practican, ni es resultado de la acción de tales rasgos.

Las clasificaciones de los grupos humanos se basan hoy en día en las culturas que practican, independientemente de los rasgos físicos que compartan. En el lenguaje académico se ha sustituido "raza" por etnia o pueblo.

Conviene tener presente, asimismo, que desde una perspectiva científica no hay jerarquía entre las culturas; esto es, no hay culturas mejores o peores. Todas son resultado de historias particulares, de desarrollos específicos, de condiciones ambientales. Todas son creaciones de grupos humanos a raíz de sus propias experiencias.

Como ha quedado dicho, la ciencia no permite hoy en día imputar logros culturales a diferencias en el potencial genético de los individuos que las practican. Tales logros son resultado de historias culturales, que son las historias de los diferentes pueblos.

Más aún, todos los pueblos poseen igual potencial biológico para alcanzar cualquier nivel de "civilización", y cualquier pueblo puede plantearse la consecución de un "proyecto civilizatorio", por el cual luchará contra las fuerzas exógenas o externas –o endógenas o internas- que lo amenacen. Puede ser que no logre que su proyecto florezca, o que éste quede truncado, pero el fracaso no podrá jamás atribuirse a rasgos biológicos de los seres humanos que lo propusieron y desarrollaron.

Etnocentrismo es un término que designa el hecho de interpretar lo ajeno desde los parámetros de la cultura propia. Generalmente conduce a tomar la cultura propia como modelo absoluto y a rechazar a las que difieren de este modelo, por demás idealizado.

Por eso el etnocentrismo es una práctica que alienta y reproduce prejuicios negativos y afecta seriamente la interrelación con miembros de culturas diferentes. Suele ser más frecuente de lo que pensamos, e incluye a menudo calificaciones que se relacionan con lo biológico, es decir con rasgos físicos.

A pesar de todo lo indicado, los estudios sociales mantienen el término "racismo", porque es evidente que en la interacción social los seres humanos tendemos a valorar las diferencias biológicas o culturales de nuestros congéneres, por mínimas que éstas sean, y a relacionarlas y asociarlas con las competencias, habilidades y desempeño de los individuos que pertenecen a un determinado grupo socio cultural. Lamentablemente, el etnocentrismo es una práctica frecuente y demasiado generalizada.

Esta tendencia es evidente en el mantenimiento del uso del término raza en el habla popular y coloquial, a pesar de que los científicos lo desaconsejan vivamente.

Se aplica, pues, lo que señaló UNESCO hace más de medio siglo: “para todos los propósitos sociales, raza no es tanto un fenómeno biológico cuanto un mito social”. La UNESCO ha señalado también que:

- *“Todos los hombres que viven hoy día pertenecen a la misma especie y descienden del mismo tronco.”*
- *“La división de la especie humana en ‘razas’ es en parte convencional y en parte arbitraria, y no implica en absoluto ninguna jerarquía...”*
- *“El conocimiento biológico actual no nos permite imputar los logros culturales a las diferencias en el potencial genético, sino que sólo deberían atribuirse a la historia cultural de los diferentes pueblos. Los pueblos del mundo actual parecen poseer igual potencial biológico para alcanzar cualquier nivel de civilización.”*

Cuando ocurre que la valoración de diferencias biológicas o culturales -ya sean éstas reales o imaginarias (lo son en muchísimas ocasiones)- es generalizada y negativa, se usa en provecho de un grupo social y en detrimento de otro y tiene el fin de justificar un sistema de dominación o agresiones discriminatorias, estamos frente al fenómeno denominado “racismo”.

El racismo se expresa en dinámicas perturbadoras de la interacción entre los seres humanos. Generalmente se manifiesta por medio de prejuicios, estereotipos y discriminación.

El prejuicio y la discriminación son conceptos similares, pero no son lo mismo, por lo que no debemos confundirlos. En Guatemala, la discriminación es penada por la ley, mientras el prejuicio no lo es, aunque como veremos adelante es sumamente dañino y alimenta la discriminación.

Por prejuicio se entiende la actitud negativa dirigida a miembros de un grupo social que se aplica de manera generalizada. Es decir, los prejuicios se dirigen a cualquier miembro del grupo social que los sufre sin importar quién sea. Cualquier miembro de ese grupo puede ser sujeto del prejuicio que se ha asignado al grupo.

Los dos componentes fundamentales en la definición de prejuicio son “actitud” y “categoría entera”; esto es, el prejuicio es una actitud y no una acción, y el prejuicio se aplica de manera generalizada a quienes pertenecen al grupo perjudicado. Por ejemplo, el prejuicioso puede tener la creencia de que los miembros de un determinado grupo social o cultural sólo pueden llevar a cabo trabajos manuales porque carecen de educación formal o porque no tienen capacidad para aprender tareas más complejas. Esta creencia hará calificar categóricamente al grupo en material laboral, encasillándolo en el estrecho marco de su creencia, y en una situación determinada expresará su opinión sobre una persona que tal vez ni ha tratado ni conoce, descalificándola para un determinado trabajo. Ni siquiera se detendrá a considerar la posibilidad de que aquella persona pueda estar capacitada para llevarlo a cabo.

Su opinión simplemente se basará en el hecho de que aquella persona pertenece al grupo que prejuzga. Así, el prejuicio puede acabar colocando en una posición de inferioridad a cualquier miembro del grupo que lo sufre. Esta posición es la que le asigna la creencia del prejuicioso.

Ya ha corrido mucho la historia de la joven antropóloga Kaqchikel que estaba esperando un autobús en una zona residencial de la capital de Guatemala cuando fue abordada por una señora mayor no indígena.

–Mijita -le dijo- ¿No querés venir a trabajar a mi casa? Te veo limpita y seria y yo necesito quien me ayude con la limpieza.

Para sorpresa de la señora, la profesional le contestó ofendida:

-Si me paga más de lo que gano como antropóloga...

Esta anécdota muestra claramente un prejuicio dirigido a las indígenas, por cierto bastante frecuente en Guatemala: la señora mayor y no indígena tenía la creencia de que los trabajos domésticos eran el destino normal de las jóvenes indígenas. No podía imaginar que había indígenas profesionales, menos aún –tal vez- antropólogas. Para ella, cualquier joven indígena era candidata a ser empleada doméstica. El lugar en el que abordó a la joven abonó a la confusión: una zona residencial y la parada de un autobús. La antropóloga Kaqchikel vestía su traje local y su presentación seguía las normas de su cultura: no iba maquillada y lucía su pelo largo a la usanza de las mujeres de su pueblo. Definitivamente, la señora contó con los ingredientes que necesitaba su creencia prejuiciosa.

Debemos aclarar que no es prejuicio rechazar a una persona porque su conducta es objetable. Es prejuicio el desagrado o la desaprobación generalizados a los miembros de un grupo sin base o conocimiento.

Un ejemplo, también citado más de una vez, es el siguiente: en un internado, si una estudiante pide que la cambien de habitación después de varios días de convivencia con su compañera, porque durante ese tiempo ésta se ha mostrado desconsiderada con ella, es desordenada, sucia, oye todo el tiempo música a volúmenes altos y hasta muy tarde en la noche, la solicitud de cambio de habitación está bien justificada y el desagrado que siente la estudiante por su compañera no puede calificarse de prejuicio. En este caso, la estudiante no pide cambio de habitación por prejuicio a su compañera, sino porque ésta ha sido desconsiderada con ella.

Pero si la estudiante pide que la cambien de la habitación asignada al llegar al internado, porque ve en las valijas de su compañera etiquetas que indican que es extranjera o que proviene de un determinado pueblo o lugar, entonces sí está siendo prejuiciosa con su compañera. La solicitud de cambio de habitación no puede justificarse porque no ha tratado a la otra estudiante, ni siquiera ha intentado darle la oportunidad de interactuar con ella y de conocerla. Tiene prejuicios contra las extranjeras o las jóvenes que provienen de tal o cual pueblo o lugar, y por este juicio “previo” -o prejuicio-, por esta creencia infundada, se torna prejuiciosa: sin conocer a la joven, le aplica los rasgos negativos que atribuye a “las extranjeras” o a las provenientes de determinado pueblo o lugar y no quiere convivir con ella en la misma habitación.

El prejuicio es muy dañino. Se aprende desde temprana edad. El hogar, la escuela, los medios de comunicación influyen de manera determinante en los prejuicios que va adquiriendo el niño. Sabemos que todo niño se hace pronto consciente de las diferencias, y aprende en el ambiente que lo rodea a considerarlas en forma positiva o en forma negativa.

Hace algún tiempo un estudio sobre los libros de texto usados en las escuelas guatemaltecas sacó a luz la manera prejuiciosa en la que se presentaba a los indígenas tanto en los textos escritos como en las ilustraciones. Por ejemplo, las familias indígenas siempre aparecían como campesinas, realizando trabajos manuales, viviendo en ranchos, lavando la ropa en los ríos, etcétera. No aparecían en ninguna parte, por ejemplo, profesionales indígenas dirigiendo empresas o dictando cátedra en universidades.

No debe entenderse que se menosprecian aquí las actividades de la vida campesina, porque todas ellas constituyen trabajos dignos, merecedores de respeto. Lo que quiere decirse es que no todos los indígenas son campesinos y que presentarlos así mueve a prejuicios a los niños que estudian en estos textos escolares. Seguramente arribarán a la conclusión de “indígena igual a campesino” o lo que es peor “un indígena nunca desempeña otro trabajo que no sea de campo”.

Los prejuicios se expresan muchas veces por medio de palabras hirientes, burlas, sobrenombres, chistes. No son inofensivos, al contrario, pueden llegar a herir mortalmente a las personas y a los grupos, en detrimento de su autoestima.

Los prejuicios se manifiestan muchas veces en términos “descalificadores”, pero también de manera “condescendiente”. Por ejemplo, una expresión como “A pesar de ser de tal pueblo, Juan ha sacado buenas notas en la escuela”, o referirse “condescendentemente” a mujeres alabando exageradamente su trabajo en la oficina o en la empresa, como si se tratara de algo extraordinario cuando no es así en realidad porque las tareas que realizan son las mismas que llevan a cabo compañeros hombres, a quienes nunca se alabará por ellas.

En la anécdota de la señora mayor no indígena que ofreció trabajo como empleada doméstica a la antropóloga Kaqchikel, podemos encontrar tratamiento condescendiente en la forma que usó para hablarle: “Mijita”, “te veo limpita y seria”, etcétera.

Resulta importante tomar en cuenta que si bien los prejuicios no derivan en acciones consideradas legalmente punibles, inclinan decisiones importantes que pueden afectar todas las dimensiones de la vida social, aun la de la impartición de la justicia, y esto ocurre porque las decisiones se basan por lo general en lo que la gente cree.

Para comprender mejor los alcances del prejuicio resulta insuficiente enfocarse sólo en la hostilidad que manifiesta hacia un grupo y sus miembros. Los contenidos de los prejuicios se encuentran en cómo ven los prejuiciosos a sus víctimas, y en cómo construyen en sus mentes generalizaciones basadas en supuestos, porque a partir de éstas crean estereotipos negativos.

Los estereotipos pueden definirse como las imágenes que se construyen de un determinado grupo y que consisten en un conjunto de rasgos exagerados y sin base real, que se aplican indistintamente a cualquier miembro del grupo en cuestión.

La palabra estereotipo la acuñó el periodista Walter Lippman, definiéndola como “pinturas en nuestras cabezas” (1922). Son, en efecto, las pinturas –más bien “caricaturas”, por lo deformadas– que nos hacemos sobre los miembros de determinado grupo, fruto de criterios generalizados y fundamentados en ideas absolutas y preconcebidas. De ahí, calificaciones como que los miembros de tal o cual grupo “son tercicos”, “son ricos”, “son

No solamente los grupos dominantes tienen prejuicios y construyen estereotipos negativos en relación con los grupos dominados, pero el peso de sus prejuicios y estereotipos negativos es muy grande y hasta puede impedir que “mentalmente” un miembro del grupo dominado rompa las barreras que se crean para “aprisionarlo” en una determinada caracterización, y actúe contrario al estereotipo.

Algunos psicólogos afirman que un individuo con capacidad normal para escuchar, generalmente no escucha más del 30% de lo que dice la persona con quien conversa. El 70% lo supone. Cuanto más se cree conocer al otro, mayor seguridad se tiene en las propias expectativas en cuanto a lo que quiere decir, menos se escucha lo que dice y más productos subjetivos resultan de las propias expectativas y son incorporados en la interpretación. Los prejuicios y los estereotipos negativos son telón de fondo para la imposibilidad de ver y escuchar realmente al que pertenece a un grupo social o cultural que es su víctima.

A diferencia del prejuicio o los estereotipos negativos, la discriminación supone una acción. Es un comportamiento que distingue, excluye, restringe y da o quita preferencia a los miembros de un determinado grupo. La discriminación priva a los miembros del grupo que la sufre, de ciertos derechos, libertades fundamentales y oportunidades. Está íntimamente relacionada con el prejuicio y los estereotipos negativos, de los cuales se alimenta.

Por ejemplo, si se le niega a una secretaria K'iche' trabajo en una empresa porque viste su traje regional aunque esté capacitada para desempeñarlo, se le está discriminando.

La discriminación como fenómeno negativo y generalizado es una manifestación concreta del “racismo”. Es su vertiente activa, que puede ocurrir de manera solapada o abierta. Impone a un grupo social o pueblo –la víctima- un trato diferenciado en diversos aspectos de la vida en sociedad, y actúa como herramienta que lo inferioriza. Actúa como agente destinado a justificar un sistema de desigualdades (étnicas, de género, entre otras), de explotación y de dominación, recreando aquellas diferencias reales o imaginarias en las que se basa un sistema de exclusión.

Un caso también bastante conocido porque tuvo presencia en los medios de comunicación y se llevó a tribunales es el de la Doctora K'iche' a quien no permitieron ingresar a un establecimiento de alimentos porque vestía su traje regional, acerca del cual la seguridad del establecimiento se expresó con desprecio: “No puede ingresar –escuchó atónita la profesional- porque no está vestida apropiadamente”.

Cuando ocurre a lo largo de un periodo de tiempo, la discriminación se convierte en “institucionalizada”, como el caso del pago menor a las mujeres por el mismo trabajo hecho por hombres, que ocurre en tantas ocasiones, o el rechazo a puestos de trabajo por razones de la etnia a la que pertenecen personas calificadas y preparadas para desempeñarlos apropiadamente. O el impedimento al acceso a establecimientos públicos, escuelas o universidades a candidatos pertenecientes a tal o cual grupo social que llenan los requisitos académicos para ser admitidos.

El caso de un estudiante universitario indígena que fue agredido física y psicológicamente por la seguridad de la institución educativa a la que iba a inscribirse porque les pareció

ajeno por sus rasgos físicos y vestimenta y lo confundieron con un intruso probable malhechor, ilustra los alcances de las visiones racistas y la discriminación institucionalizada que enturbia densamente el ambiente social.

La discriminación es, pues, manifestación de exclusión e inequidad.

Cuando las razones de la discriminación son de índole étnico-racial como en los ejemplos presentados arriba, se define como la exclusión o preferencia basada en color, linaje, etnia o cultura que tiene como objetivo y/o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de la persona en cualquier esfera o ámbito de la vida pública.

La discriminación opera en dos lógicas: la de la desigualdad y la de la diferencia, las cuales se complementan. Mantiene a grupos y sus integrantes abajo en la estructura laboral, por ejemplo. O permite que los discriminados suban de estatus, pero con menos ganancias por su trabajo. Puede significar segregación pero también interrelación cercana de víctima y victimario, con roles claramente establecidos.

Cuando en la Corte de Constitucionalidad miembros de un partido político agredieron a la Doctora Rigoberta Menchú gritándole "Regresá a vender tomates a la Terminal", para que abandonara el lugar, que es un espacio público que cualquier ciudadano guatemalteco tiene derecho a visitar, los agresores le mandaron que regresara al rol que le tienen asignado a los indígenas: "vendedor de frutas u hortalizas en un mercado público (la Terminal)" , "ciudadano de segunda clase o tal vez persona carente de ciudadanía y por tanto sin derecho a estar en la Corte de Constitucionalidad". No les importó que la Doctora Menchú fuera Premio Nobel de la Paz, ni Doctora Honoris Causa por varias universidades, ni que sea un personaje reconocido internacionalmente, ni siquiera que fuera ciudadana guatemalteca. Para ellos era una indígena fuera del lugar que según sus creencias debía ocupar. Por supuesto, esta agresión discriminatoria a la Doctora Menchú llegó a los tribunales de justicia y consiguió un veredicto favorable que sentó precedentes para los juicios por discriminación. Penosamente, entre los agresores se encontraban estudiantes universitarios y hasta una Diputada al Parlamento Centroamericano.

Para combatir la discriminación no basta con esfuerzos aislados, porque se trata de un fenómeno muy complejo. Han sido de mucha ayuda juicios como el mencionado que ganó la Doctora Menchú. Asimismo, acciones llevadas a cabo por asociaciones voluntarias organizadas a propósito y, fundamentalmente, las medidas estatales, jurídicas entre otras, que se han establecido para combatirla. Muchas de estas medidas han resultado de presiones sociales.

En Estados Unidos, el esfuerzo legislativo más importante fue The Civil Rights Act, 1964 (contra discriminación por raza, color, credo, origen nacional y sexo). También en Estados Unidos, la política pública de "acción afirmativa" que por décadas ha fijado cuotas de participación de miembros de los grupos inferiorizados ha resultado un ejemplo claro de combate a la discriminación negativa e institucionalizada.

Concluyendo, el “racismo” es una pérdida de las posibilidades de interacción positiva y constructiva entre grupos humanos. Es una perversión de las relaciones sociales, una forma degradada y degradante de relacionarse, interactuar y comunicarse.

Racismo en Guatemala

Cuando el racismo sucede entre grupos que pueblan un mismo país, su espacio es tanto más amplio cuanto menos fuertemente estructurada está la sociedad y menos consolidada la relación entre ésta y el Estado.

Esta situación ocurre en Guatemala. Las notas características de nuestra realidad describen un país multiétnico, multicultural, multilingüe, que requiere consolidar las relaciones entre los pueblos que lo habitan, y entre éstos y el Estado. Un país en el que urge erradicar el flagelo del racismo traducido en discriminación de unos grupos por otros y por el Estado mismo, para que retome el camino, perdido demasiado tiempo atrás, y logre hacer acopio de las riquezas de la diversidad para salir adelante.

Sabemos los guatemaltecos que el racismo en nuestro país es un fenómeno complejo, que ha estado en la base de una historia de exclusión y ha servido como justificación de privilegios y dominación.

En realidad, en el caso nuestro, la cultura es el elemento mayormente disociador porque en la generalidad de los casos, las diferencias físicas entre los guatemaltecos no son relevantes, y básicamente tampoco evidentes. De ahí, se entiende la lógica del criterio que se impuso en el siglo XIX para dividir a la población guatemalteca en ladinos e indígenas sobre una base cultural.

Las políticas de aquel momento propusieron también la “ladinización”, es decir de la sustitución de la cultura indígena por la occidental como “puerta” abierta a la comunidad indígena para cerrar la diferencias en la sociedad que estaba construyéndose.

No habiendo mayores diferencias físicas entre los guatemaltecos, la ladinización permitiría, según esta teoría, el surgimiento de una sociedad culturalmente homogénea, situada en un espectro que si bien mantenía rasgos físicos diferentes en sus extremos, en el amplio espacio intermedio era físicamente también bastante homogénea.

Se estimaba que la “integración” o “asimilación” del indígena a la cultura dominante satisfaría el fin uniformador, característico de los Estados Nacionales, cuyo resguardo de la hegemonía les hace buscarlo para fortalecer y facilitar su poder. Como lo muestra la realidad, el fin homogeneizante o uniformador no se consiguió. En realidad, los esfuerzos para lograrlo no fueron mayores si se analizan los escasos procesos activos que se destinaron a movilizar a la población indígena hacia la ladinización por medio de políticas públicas y atención específicamente dirigida.

Pero, vista la dinámica desde otra perspectiva, traducida en abandono, asimetría permanente, confinación por aislamiento, negación de oportunidades concretas en todas las dimensiones de la ciudadanía, además de marcada hostilidad hacia el mundo indígena, no es difícil entender lo apabullante de estos esfuerzos “por omisión”, y sus terribles consecuencias.

A pesar de ello, los pueblos indígenas de Guatemala se han resistido a perder su identidad. Paradójicamente, el aislamiento en el que quedaron abandonados por largo tiempo les ayudó a resguardarla, aunque, como se señaló arriba, tuvieron que sufrir caudas demasiado pesadas que se expresaron en índices indescriptibles de miseria.

No hay mucho que investigar para concluir que estos pueblos han sostenido una larga lucha por su sobrevivencia cultural. Han venido desarrollando estrategias de etnicidad cambiantes de acuerdo a las circunstancias que los han rodeado en diferentes momentos y coyunturas para sobrevivir con su historia propia y su cultura enmarcada en una cosmovisión particular y expresada en claras manifestaciones: las lenguas, la vestimenta, las costumbres y normas de vida, los patrones de crianza y socialización, la organización social, entre otros. Asimismo, las estrategias comunes que practican para su interacción con el Estado y con el grupo dominante.

La relación entre los pueblos indígenas y los no indígenas y el Estado, se ha caracterizado por un gran desequilibrio. No ha sido “una conversación”, “un diálogo” entre iguales, constructivo y fecundo, sino un “diálogo de sordos”, un camino lleno de escollos con la incomprensión y la intolerancia como telón de fondo: por un lado, los indígenas luchan por su sobrevivencia como pueblos; por otro, las respuestas que obtienen una y otra vez no han traspasado la visión integracionista de la ladínización.

La convivencia de siglos entre los guatemaltecos indígenas y no indígenas empañada por prejuicios y estereotipos negativos, trae como consecuencia que los prejuicios escuchen simplemente su propia interpretación, más que el mensaje mismo de la víctima. Impide de entrada el diálogo con el otro, porque en la interacción enturbada sólo sobrevive la propia construcción subjetiva.

Es más, la comunicación fallida deriva en monólogos paralelos: victimario y víctima no pueden rebasar sus propias interpretaciones subjetivas.

Todo el ambiente dominado por el grupo dominante propone a los indígenas reiterativamente la renuncia a su cultura, aunque el mensaje adopte formas “camaleónicas”, de acuerdo con las circunstancias.

Así, podemos observar que, sin abandonar la hostilidad, la indiferencia y el silencio, el confinamiento y la negación sistemática al acceso de bienes, servicios y oportunidades, se han utilizado también el ataque violento y el terror, como sucedió durante largas dictaduras y durante el llamado “conflicto armado interno”.

En las últimas décadas, se ha podido observar una nueva respuesta: la aplicación estratégica de “formalización” de los elementos-insignia de la etnicidad indígena, su “fijación” en letra muerta, que acaba por neutralizarlos.

Hay muchos ejemplos que ilustran esta estrategia reciente, baste señalar la implantación de una educación intercultural bilingüe, sin los medios necesarios para que sea exitosa. Lo mismo puede decirse de otras políticas condenadas al fracaso desde sus inicios por falta de medios para hacerlas realidad, de leyes que nacieron muertas como las que se refieren al uso público y en instancias estatales y gubernamentales de las lenguas indígenas; del uso abusivo de trajes indígenas vestidos por no indígenas en ferias

internacionales o de la presencia pasiva y folclorista de indígenas que lucen sus trajes regionales fungiendo simplemente como edecanes en las altas esferas de gobierno, particularmente en actos de bienvenida a misiones internacionales.

Por otro lado, debemos recordar que la etnicidad, como la cultura, se rige por la autoadscripción de sus miembros, al mismo tiempo que por la aceptación de las adherencias individuales por parte de los otros miembros del grupo en cuestión. De ahí, el absurdo que ocurre a menudo en nuestro medio, cuando la comunidad no indígena rechaza la autoadscripción de un indígena como tal, argumentando que “ya no aparece como debe, porque ha cambiado su traje, o su lengua, o su forma de vivir”, porque “ha estudiado y tiene una profesión”, “no es campesino o pequeño comerciante en mercados públicos o en la calle” “no es empleada doméstica”, etcétera.

Estos cambios externos son totalmente normales en la dinámica de cualquier cultura, pero en nuestro medio llegan rápidamente a ser vistos como un “salirse del rol asignado” por la sociedad, como “conducta desafiante” que se desaprueta y “castiga”. No hay mejor ilustración que la ya mencionada agresión que sufrió la Doctora Menchú en la Corte de Constitucionalidad. El imperativo “Regresá a vender tomates a la Terminal”, que le lanzaron para expulsarla de la Corte deja clara la posición de los racistas.

Existe una compleja y aguda contradicción en la base de la interacción entre guatemaltecos no indígenas e indígenas. Los no indígenas quisieran “integrados” a los indígenas, “asimilados” a su cultura dominante, pero, al mismo tiempo, cuando según ellos “se salen del rol asignado” los rechazan hasta virulentamente. No aceptan que “cambien”, y si perciben que lo han hecho, interpretan la situación como un desafío merecedor de rechazo y hasta “castigo”. La expresión poco menos que obscena “indio relamido” ejemplifica esta contradicción.

Esta conducta, que puede calificarse de esquizofrénica, se muestra en muchísimos casos. Por ejemplo, los no indígenas muestran con orgullo elementos de la cultura indígena –trajes, artesanías, costumbres- y los asumen como propios ante el mundo exterior, mientras internamente los desprecian y atacan. Hacen propio “el pasado glorioso” de las civilizaciones mesoamericanas o más concreto “maya”, pero no “aprueban” sino más bien desprecian la cultura indígena actual. Una cuestión está clara en medio de este complicado escenario: los esfuerzos hegemónicos que buscan el control de la sociedad siguen usando como arma de dominación la “minorización” de los pueblos indígenas.

No hablamos aquí de “minorías” étnicas, porque el fenómeno dista de poder ser explicado con base en números. De hecho, los pueblos indígenas de Guatemala forman un grupo numeroso, y en ambientes específicos, mayor, numéricamente hablando, que el del grupo no indígena.

Por “minorización” entendemos la subordinación de un grupo sociocultural por otro. En la definición, entran conceptos como el de poder, estatus y privilegio. Lo fundamental es que para que existan grupos “minorizados” han de haber grupos dominantes. Es en esta dicotomía que aparecen los fenómenos del racismo y la discriminación, que es su consecuencia.

Algunas características que definen a los grupos “minorizados” son las siguientes: los

miembros de estos grupos perciben y experimentan tratamiento desigual del grupo dominante hacia ellos en forma de prejuicios, estereotipos negativos, discriminación y racismo. Se reconocen y aceptan entre sí porque comparten características comunes, que pueden ser físicas o culturales, reales o imaginarias, y que, en definitiva, los "distinguen" de los miembros de otros grupos. Su membresía al grupo no es voluntaria. Practican, generalmente, la endogamia con lo cual refuerzan las características físicas comunes. Además, son conscientes del estatus subordinado que tienen en la sociedad más amplia, lo cual los conduce a fortalecer una solidaridad grupal.

En el medio guatemalteco es necesario abordar el racismo y la discriminación desde la "minorización" de los indígenas. Y es importante señalar que se trata de una "discriminación estructural", que deriva de los perniciosos alcances de esta situación en términos de falta de oportunidades, protección y garantía de derechos y libertades fundamentales, además de que es general, desde los ámbitos culturales y sociales hasta los económicos.

Esta "discriminación estructural" puede situarse en un fenómeno que se llama "racismo institucional". La expresión fue acuñada por el activista Stokely Carmichael y el cientista social Charles Hamilton en EEUU, 1967. Se refiere a actos cometidos contra un grupo, es decir leyes, costumbres y prácticas establecidas que sistemáticamente reflejan y producen inequidad entre grupos étnicos o raciales.

Las manifestaciones de racismo y la discriminación ocurren en el país en la vida cotidiana: cualquier miembro de los grupos "minorizados" es susceptible de experimentar discriminación en los distintos ámbitos de la vida social.

No todos los miembros del grupo dominante no indígena pueden ser acusados de practicar racismo y discriminación, pero sí existen quienes lo hacen, tanto en la modalidad abierta y expresa (segregación, exclusión, agresión, marginación), como en la modalidad pasiva, aquiescente, ignorante o indiferente respecto a la discriminación. De acuerdo con informes recientes del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, las personas indígenas de Guatemala viven trece años menos que el resto de la población. Sufren injusticia, opresión y discriminación. Son las más numerosas entre los pobres. Cerca del 50% de los jóvenes indígenas de Guatemala entre 15 y 19 años no ha terminado los estudios de primaria. Es notoria la falta de acceso que la comunidad indígena del país tiene a los servicios básicos.

Estos datos son suficientes para ilustrar el estado de "minorización" que los pueblos indígenas experimentan en el país. Ilustran, asimismo, los alcances del poder dominante que se expresa en forma de control: el espectro y la naturaleza de las acciones del grupo "minorizado" se ven limitados por la influencia de los del grupo dominante. En otras palabras, el ejercicio del control social limita la libertad de los miembros del grupo "minorizado". La base del poder se define en términos de estatus que determina ingresos, capacidad de acceso al trabajo, escolarización y otros indicadores básicos.

Ni moral ni legalmente puede justificarse este control y sus consecuencias que vienen de mucho tiempo atrás. Éstas son el pivote de las formas de discriminación sociocultural y de racismo que enturbian de manera lamentable las relaciones entre los guatemaltecos.

Pero su acción profundamente destructiva no se detiene ahí. Los efectos lacerantes que sufren personas concretas que son discriminadas las marcan de por vida, ensombrecen su autoestima y el concepto que tienen de su mundo cultural y social y hacen tambalear su fe en la humanidad.

¿Será posible que la situación cambie? Esa es la esperanza de toda persona de buena voluntad.

LEGISLACIÓN PARA COMBATIR DISCRIMINACIÓN Y RACISMO

Ampliar la participación y educar son estrategias importantes para combatir la discriminación y el racismo, pero, como se dijo arriba, la lucha efectiva contra este flagelo también descansa en la fiscalización estatal.

Los fundamentos de leyes efectivas contra la discriminación y el racismo se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948. Guatemala es signataria de esta Declaración. Asimismo, se encuentran fundamentos en la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de marzo de 1966, la cual es piedra angular del mecanismo internacional de Naciones Unidas en la esfera de la lucha contra estos flagelos, e impone obligaciones precisas a los Estados Partes para combatirlos.

Los resultados de acciones legales contra la discriminación y el racismo no sólo hacen justicia, sino que dan lecciones contundentes a la sociedad: castigan penalmente y actúan judicialmente contra manifestaciones de intolerancia.

En Guatemala la Carta Magna obliga al Estado a garantizar el reconocimiento y respeto de los diferentes grupos socioculturales, etnias, comunidades lingüísticas, de género y culturales en general que pueblan el país, así como a garantizar la dignidad intrínseca de todas las personas, sus derechos y libertades fundamentales.

La base de estas acciones legales está, entonces, asentada en la condición de ciudadanos de todos los miembros de la sociedad, al amparo de la ley. El encargado de garantizar la ciudadanía plena de todos los guatemaltecos es el Estado.

El debate y la sentencia en el delito de discriminación

Benito Morales³⁴

Introducción

Por una cuestión de estricto sentido común, principalmente para los que se relacionan con el derecho en general y con el derecho penal en particular, se puede asegurar -sin duda alguna- que en todos los ordenamientos jurídicos existen delitos más complejos que otros, delitos más ambiguos que otros, delitos más trascendentales que otros, etc. Esto por el bien jurídico que tutelan, su impacto social o la naturaleza del acto que deba considerarse punible y antijurídico.

De esa cuenta y como análisis podemos considerar que probar la comisión de un delito de homicidio es menos complejo que probar uno de prevaricato, por ejemplo. El primero -sobre todo si la evidencia radica en prueba científica y no testimonial-, porque "no representaría gran tarea" hilar una acusación habiendo un cadáver con una causa de muerte determinada y una pruebas científicas -ADN, balística, etc.- que vinculan a una persona en particular; mientras que el segundo, la comisión de delito la constituye una resolución judicial que es atribución jurisdiccional, pero que requiere la subjetividad y por tanto el probar si es error o bien si ¿Es "a sabiendas"? -¿como dice el tipo penal-, es incapacidad?, etc. por mencionar algunos elementos. Con esta misma lógica podríamos analizar el homicidio y el genocidio donde ambos tutelan la vida y concluiríamos en el mismo sentido: unos son más complejos que otros.

Por su naturaleza, el bien jurídico que tutela, las formas de su comisión y los elementos de contexto que se interrelacionan -no sólo en su autoría sino en su juzgamiento-, la discriminación es uno de esos delitos complejos.

Sin pretender que constituye la regla o el único camino para conducir una acusación seria y profesional que derive en una sentencia contundente y favorable -dado que se plasman experiencias particulares y juicios de valor- en un caso por el delito de discriminación -sean cual sea el motivo-, existen unos presupuestos básicos que deben establecerse, crearse o fortalecerse previamente, así como unas lógicas elementales de estricto procedimiento, que pueden contribuir a un mayor éxito; los cuales tienen su razón de ser, precisamente por el racismo imperante en la sociedad y el Estado guatemalteco. Esos presupuestos y lógicas son: 1) especial sensibilidad con el tema de discriminación y racismo, 2) comprensión adecuada del tipo penal (estereotipos y prejuicios, estructura y supuestos del tipo, violación de derechos, etc.), 3) convencimiento personal, y 4) manejo y comprensión del contexto (que significa para abogados, partes procesales, funcionarios judiciales, etc.).

34 Abogado y notario guatemalteco, especialista en litigio en casos de discriminación.

Generalidades

Debate y sentencia

Por el ineludible buen manejo que hay que tener del tema –clave de éxito o fracaso–, es importante recordar y tener presente algunos elementos que constituyen el “debate oral y público”, conforme las disposiciones del Código Procesal Penal. Es el momento procesal en el que la evidencia se valora y pasa a ser prueba, en el que casi todo es oral, en el que se concreta la auditoría social por la publicidad del acto y en el que el manejo adecuado del tema se evidencia y puede marcar la suerte del caso. Es el momento donde nuestro propio convencimiento de un tema tan difuso puede convencer o no a un tribunal que, muy probablemente, no entienda del tema.

También hay que tener presente que lo que se verifique en el debate es la base de una decisión, que no es otra cosa que la sentencia. Sentencia que tiene como obligación evitar el error judicial, es decir, la decisión desprovista de la más mínima duda. Por eso la evidencia debe ser contundente y precisa, el manejo del tipo, adecuado, y, el argumento, sustentado y convincente.

Especial sensibilidad

Dadas las condiciones y la forma en que la discriminación funciona o se manifiesta en Guatemala en la actualidad, especialmente aquella cometida por motivos étnicos, ser sensible al mismo es la clave para llevar a buen puerto una acusación por este delito. Esa sensibilidad o especial sensibilidad es lo que permite la perspicacia para detectar la conducta, entender cómo funciona y cómo encuadra dentro de las conductas de tipo penal (exclusión, distinción, restricción o preferencia); asimismo favorece la calidad, la oportunidad y la pertinencia de los interrogatorios, y la contundencia y la capacidad de hacer “vivas” e ilustrativas (con ejemplos) las conclusiones. En un plano más subjetivo, contribuye a “sentir lo que duele la discriminación”, lo cual también favorece la contundencia.

La discriminación como delito

Estructura del tipo

El delito de discriminación regulado en el artículo 202bis del Código Penal es de los llamados “delitos compuestos” o abiertos. Adolece de algunas fallas técnicas y sustantivas en algunos de sus verbos rectores y en sus agravantes, sin embargo es viable y es lo que existe.

De su lectura se desprende que hay tres momentos o fases que deberán verificarse al aplicarse en un caso concreto: a) una conducta, b) que la conducta constituya, bien una exclusión, una distinción, una restricción o una preferencia, y c) que la conducta restrinja o dificulte derechos.

Este orden, tanto en la etapa preparatoria (investigación), como en la acusación y el debate oral y público, es lo que debe regir en el seguimiento de un caso por discriminación. Dentro de ese esquema, la adecuación de la conducta (que se manifiesta y se puede dar de diversas e inesperadas maneras) es lo que representa mayores dificultades, siendo necesario tener muy claro lo siguiente.

Conductas punibles

Las conductas que son punibles y constituyen discriminación son la exclusión, la distinción, la restricción o la preferencia. Pueden ser todas, algunas de ellas o una de ellas.

Teniendo claro qué significan cada uno de estos conceptos y conforme el Diccionario de la Lengua Española (mecanismo de interpretación legal), se trata de demostrar que una conducta atribuida a una o varias personas en particular (evidenciado previamente) no significan otra cosa que cualquiera de los verbos rectores del tipo penal. Es en este momento -que en el debate se concreta generalmente en la etapa de conclusiones-, donde radica en buena medida el éxito o fracaso del caso, lo cual depende principalmente de los abogados o abogadas que intervengan, sea como Fiscales del Ministerio Público o abogados directores en caso de los querellantes por adhesión.

El análisis de algunas de las expresiones dirigidas a la Sra. Rigoberta Menchú, ilustran cómo funcionan las conductas dispuestas en el tipo penal de discriminación.

- “india”
- “andá a vender tomates a la terminal”
- “tomatera, tomatera”, “india shuca...”

Como se ha dicho, se parte de cuatro formas de discriminación: una actitud de **distinción**, una actitud de **exclusión**, una actitud de **restricción** y por último una actitud de **preferencia**.

La **distinción, exclusión, restricción o preferencia** por sí solas no configuran un hecho punible, sino que deben darse por una motivación, que nosotros llamamos el “**fin teleológico**”, que es el **impedir o dificultar a una persona, grupo de personas o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido**

Quien por acción u omisión incurriere en la conducta descrita será el responsable del delito de discriminación.

Luego, en el inciso segundo, dispuestas como agravantes cuando podrían ser verbos rectores de una conducta determinada, se describen otras tres conductas punibles que configuran cuando se completan con otros elementos. Ellas son **la difusión, el apoyo y la incitación** de ideas discriminatorias.

Finalmente, en el artículo 202 bis también se consideran los “agravantes”, es decir de aquellas circunstancias que **luego de determinada la existencia de un hecho discriminatorio punible, y después de establecida la autoría de uno o la coparticipación de varios, sirve como agravante de la pena.**

Como se ha descrito, para que alguien sea responsable de cometer un delito de discriminación debe tener una conducta o actitud de distinción, exclusión, restricción o preferencia que impida o dificulte el ejercicio de un derecho legalmente establecido.

Pues bien, cuando en la Corte de Constitucionalidad se agrede, se insulta, etc., a Rigoberta Menchú Tum, se está cometiendo un delito de discriminación por los siguientes motivos:

Al decir a Rigoberta Menchú “*india...*” se está tomando una actitud discriminatoria por medio de una “distinción”, que según el R.A.E es *manifestar, declarar la diferencia que hay entre una cosa y otra con la cual se puede confundir*. Obviamente al declarar “india” a una persona se está haciendo una clara distinción entre “indios y no indios” lo cual es una conducta discriminatoria.

Cuando se “envía” a Rigoberta Menchú a “*vender tomates a la terminal*” se está tomando una actitud discriminatoria por medio de una “restricción”, que según el R.A.E es *limitar o reducir a menores límites*. Es notorio que el propósito de la expresión “andá a vender tomates a la terminal” es manifestar públicamente el rechazo a las capacidades de Rigoberta Menchú, reduciendo las mismas (a vender tomates) y limitándolas a otros espacios, (la terminal).

Del mismo modo se comete un delito de discriminación, por “restricción” y “distinción” cuando se dice a Rigoberta Menchú, “*tomatera, tomatera*”, “*india shuca...*”, etc.

Cuando las personas simpatizantes del FRG abuchean, hacen burla y gritan a Rigoberta Menchú toman actitudes discriminatorias por medio de “distinción”, y “exclusión”, ya que se está quitando a una persona del lugar que ocupa, que es como define el R.A.E la exclusión. En este caso se puede hablar de una exclusión física pues se impide a Rigoberta la “libre locomoción” (agravado por el hecho de rodear el carro e impedir su salida) y una exclusión moral pues se le está quitando a Rigoberta Menchú el lugar que la corresponde como Premio Nobel de la Paz.

Con estas actitudes se *dificultó a una persona (Rigoberta Menchú Tum) el ejercicio de un derecho legalmente establecido* como es, entre otros derechos vulnerados, el de asistir a una vista pública.

De esa cuenta las responsabilidades pueden ser atribuidas a las personas que gritaron “*india shuca...*” “*india... andá a vender tomates a la terminal*” con el agravante de incitar al resto a ideas discriminatorias: “*tomatera, tomatera*”. A todas las personas que abuchearon, gritaron e hicieron burla a Rigoberta Menchú Tum, ya que con su actitud de “distinción” y “restricción”, por comisión, apoyaron ideas discriminatorias. También al entonces Presidente de la Corte de Constitucionalidad, quien con su actitud de “preferencia” dio primacía y ventaja a un grupo de personas (simpatizantes FRG) sobre otra (Rigoberta Menchú Tum), obviando sus obligaciones como presidente de la Corte, con el agravante de que por su omisión apoyó ideas discriminatorias.

De esa cuenta las responsabilidades pueden ser atribuidas a las personas que gritaron “*india shuca...*” “*india... andá a vender tomates a la terminal*” con el agravante de incitar al resto a ideas discriminatorias: “*tomatera, tomatera*”. A todas las personas que abuchearon, gritaron e hicieron burla a Rigoberta Menchú Tum, ya que con su actitud de “distinción” y “restricción”, por comisión, apoyaron ideas discriminatorias. También al entonces Presidente de la Corte de Constitucionalidad, quien con su actitud de “preferencia” dio primacía y ventaja a un grupo de personas (simpatizantes FRG) sobre otra (Rigoberta Menchú Tum), obviando sus obligaciones como presidente de la Corte, con el agravante de que por su omisión apoyó ideas discriminatorias.

Igual ejercicio implica casos donde se ha constatado expresiones como “usted no puede entrar, porque aquí las sirvientas no pueden entrar” (caso MT) o gestos corporales

“cuando le dije [tercera persona] que era la Viceministra me miró de pies a cabeza (caso CG).

Derechos vulnerados

Esto no es más que la demostración que un comportamiento, atribuido a una persona y encuadrado en las conductas del tipo penal (exclusión, distinción, restricción o preferencia), restringen o dificultan derechos legalmente reconocidos. En el caso de la discriminación, siempre tendremos la igualdad como derecho restringido o dificultado.

Situación de la discriminación en Guatemala

Este punto, entendido como presupuesto personal o profesional para llevar a cabo con mayor rigor científico un caso por el delito de discriminación, es una condición necesaria para abogados y abogadas que litigan casos de esta naturaleza en el sistema de justicia. En otras palabras, la intervención adecuada y contundente en un debate será mejor si hay un manejo apropiado del tema del racismo y la discriminación. Cómo se manifiesta y cómo funciona en Guatemala. Ello dará claves, criterio y capacidad de reacción en el momento, como suele ser necesario en todo debate oral y público.

Este presupuesto personal -en algunos casos- puede representar ventaja frente a los abogados de la contraparte, quienes siempre pretenderán negar los hechos y no entrar en los argumentos de fondo que son la base para entender las conductas. También representa la base y la rigurosidad de la estrategia de acusación, dado que de antemano se comprenderá que los propios operadores del sistema de justicia, en este caso del tribunal de sentencia, también reflejan la lamentable realidad del racismo y la discriminación del país.

Finalmente y de una importancia capital, tanto en la etapa preparatoria como en la fase de debate per se, el manejo personal de esa realidad de discriminación y racimo y su contexto, es la condición del criterio para solicitar e incorporar prueba pericial. Las pruebas periciales, en caso de necesidad, son básicamente para demostrar que cierta conducta constituye discriminación. El desconocimiento preciso de cómo se manifiesta, se muta y subyace, impide saber que se quiere y cómo se quiere la prueba pericial.

Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en casos de discriminación

M.A. Carolina Reyes de Barahona³⁵

M.A. Aylín Ordóñez Reyna³⁶

Este ensayo recopila, clasifica y analiza la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en materia de discriminación.

Casos con relación a discriminación por razones de género

La preocupación por generar una nueva sociedad sin los estigmas de discriminación hacia las mujeres, ha hecho que se hagan algunos esfuerzos por crear en esos integrantes de las sociedades adultas futuras, una convicción de igualdad y respeto mutuo que en mucho se complica lograr en el seno de los hogares guatemaltecos, habida cuenta que se van arrastrando de generación en generación aquellas convicciones diferenciadoras entre hombres y mujeres que, si bien las hay y por eso hacen distintos a unos de otros, no los hace menos a unos ante los otros.

Eliminación de estereotipos sexistas en libros de texto

En ese esfuerzo por erradicar aquellos pensamientos o convicciones de diferencias discriminatorias, o esos estereotipos machistas, en el año 1990 el Ministerio de Educación emitió el **Acuerdo 1095**, mediante el cual creó una **“Comisión presidida por el Consejo Técnico del Ministerio de Educación”**, que trabajaría en coordinación con la **Oficina Nacional de Mujer –ONAM-**.

Según el texto del referido Acuerdo, la Comisión, el Consejo Técnico del Ministerio y la ONAM debían:

Revisar los libros de texto, nacionales y extranjeros, previo a ser editados o en su caso a ser utilizados en el sistema guatemalteco.

El objeto de tal revisión era:

- Eliminar la discriminación contra la mujer;
- Eliminar la inclusión en los programas educativos estereotipos prejuiciados y sexistas que discriminaran a la mujer;

35 Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Estudios de post-grado en Derecho Económico Mercantil en la misma Universidad y Diplomado de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid. Catedrática de los cursos: Derecho Constitucional, Jurisdicción Constitucional, Derecho Civil y Teoría General del Proceso en la Universidad Rafael Landívar. Asesora y Coordinadora de Magistratura en la Corte de Constitucionalidad. Integrante de la primera generación de mentores de la cultura cívica constitucional e integrante de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional de Guatemala.

36 Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Magíster en Derechos Humanos por la misma universidad y Magíster en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona. Doctoranda en Derecho Público por la citada Universidad. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar. Abogada asesora de la Magistratura en la Corte de Constitucionalidad donde también ha desempeñado los puestos de Jefa de la Sección de Jurisprudencia y Secretaria General.

- Velar porque se dignificara y valorizara el papel de la mujer y el hombre, dando pautas de comportamiento no sexista;
- Premiar el libro de texto que se hubiera distinguido por su contribución a la interpretación no sexista de la historia y/o sociedad;
- Se cumplieran los preceptos legales que establecen la no discriminación de la mujer.

Una asociación de padres de establecimientos educativos denunció que el citado Acuerdo era inconstitucional porque otorgaba al Ministerio de Educación, la “potestad de calificar los libros de texto nacionales y extranjeros, previamente a ser utilizados o editados en el sistema educativo guatemalteco, lo que impedía a los educadores escoger los textos que consideraran pertinentes y adecuados para cumplir con el propósito de la educación de la mejor forma posible de conformidad con su criterio”.

La Corte de Constitucionalidad, en sentencia de 26 de septiembre de 1991 (expedientes acumulados 303-90 y 330-90), acogió la denuncia y declaró la inconstitucionalidad del Acuerdo 1095. Los fundamentos básicamente fueron:

Sostuvo que la Comisión era de “censura” porque otorgaba a aquella una facultad de censura como “conditio sine qua non” para que los libros de texto fueran editados o utilizados en el sistema educativo nacional.

Al establecerse que la comisión nombrada debía hacer los estudios para incluir dentro de los programas educativos reformas curriculares de los libros de texto y material didáctico, y dentro de éstos se incluyera la revisión de los estereotipos prejuiciados y sexistas a efecto de eliminar todas las formas de discriminación en contra de la mujer, otorgaban a la comisión una facultad de acción para eliminar partes en los libros de texto, lo cual violaba el artículo 35 sobre el derecho a la libre emisión del pensamiento y al derecho a estar informado, y el artículo 71 sobre la libertad de enseñanza y de criterio docente.

La comisión no se formó para hacer recomendaciones en relación con sus objetivos sino la finalidad era la revisión sobre los libros de texto, previo a ser editados y utilizados en el sistema educativo guatemalteco, estableciéndose así un límite a las libertades constitucionales mencionadas.

La Corte estimó que si la igualdad y la no discriminación son principios garantizados por la Constitución, la misma es una norma imperativa que debe regir en todo el país, y la **violación a dichos principios debe ser examinada en relación a situaciones jurídicas planteadas en casos concretos**. En este caso, el acuerdo sub judice, llevaba implícito, la violación de derechos constitucionales que debían ser respetados como el relacionado con la libertad de la emisión del pensamiento de los autores nacionales y extranjeros que señala que “Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa, derecho constitucional que no puede ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna”.

Desde el punto de vista de la libertad de cátedra y de los beneficiarios de la educación,

la misma norma constitucional garantiza el libre acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho; el artículo 71 Constitucional garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente.

Con tales consideraciones, aquel texto con intenciones de educar y propiciar un modo de vida en el que no se concibieran las diferencias como elementos de discriminación quedó fuera del ordenamiento jurídico.

También se advierte de lo expresado por la Corte de Constitucionalidad, que los objetivos (por loables que sean) no podían establecerse lesionando otros derechos. Habría sido interesante realizar una interpretación que permitiera el mantenimiento de situaciones como la del premio al libro de texto que no contuviera estereotipos machistas y de ésta manera estimular la eliminación de discriminación contra la mujer, eliminando por ejemplo la frase "previo a ser editados" y de esa manera evitar la lesión a la libertad de expresión, sin embargo, en aquél momento se estimó la inconstitucionalidad de toda la norma.

El Tribunal si bien no consintió aquella normativa dejó dicho que la **violación a dichos principios debía ser examinada en relación a situaciones jurídicas planteadas en casos concretos.**

Discriminación en materia civil-familia

Una de las normas de nuestro ordenamiento legal que ha tenido cuestionamientos muy particulares por contener normas discriminatorias hacia la mujer es el Código Civil. Así, en el expediente 84-92, aparece el planteamiento de inconstitucionalidad contra los siguientes artículos:

Artículo 81. Este regula que la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio, sin embargo, pueden contraerlo **el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce**". Se denunció en inconstitucionalidad general que la norma hace una diferenciación entre sexos por razón de edad, contraponiéndose con el principio de igualdad.

Artículo 89. Preceptúa, entre los casos en que no puede ser autorizado el matrimonio, el inciso 3o. **"de la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio,** o de la unión de hecho o desde que se declare nulo el matrimonio a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarado por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin esperar término alguno...".

Se denunció que la norma es discriminatoria contra la mujer puesto que pretende proteger la filiación del hijo por nacer, pero se opone a los principios de libertad e igualdad.

Artículo 110. Indica que "el marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas".

Se denunció que es una disposición que tiende a situar a la mujer como el sexo débil a quien el hombre debe proteger, relegándola únicamente al desempeño de las tareas domésticas, por lo que es obsoleta y discriminatoria al restringirle su derecho a la igualdad, porque plasma la división de trabajos.

Artículo 113. La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio **“cuando ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni las demás atenciones del hogar”**.

Se denunció que con ello se supedita a la mujer a una condición que no es igual para el hombre en quien descansa todo el desarrollo económico y social, mientras que a la mujer se le limitan tales oportunidades, ubicándola en las labores del hogar.

Artículo 114.- Faculta al marido para oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientemente justificados, y en su caso, el juez resolverá de plano lo que sea procedente.

Se denunció que es una norma absolutamente discriminatoria contra la mujer.

Artículo 115.- Confiere la representación conyugal al marido al igual que el artículo 109.

Se denunció que sólo permitirle ejercer tal representación cuando el marido falta, es discriminatoria contra los derechos de la mujer.

Artículo 131.- “El marido es el administrador del patrimonio conyugal...”

Se denunció que encierra una clara discriminación contra la mujer, al excluirla de la administración del patrimonio conyugal lo que contraviene y viola el principio de igualdad.

Artículo 317.- Excluye de la tutela y la protutela a las mujeres.

Se denunció que al contener una discriminación por razón de sexo, conculca a la mujer su derecho de igualdad regulado en los artículos 4o. y 47 de la Constitución Política de la República.

La Corte de Constitucionalidad en sentencia de 24 de junio de 1993 desestimó la acción estimando que no se producía la violación a los derechos indicados con anterioridad. Con posterioridad a ello se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y a consecuencia de las recomendaciones de ésta al Estado de Guatemala, se realizaron algunas reformas al Código Civil, sin embargo, algunas de las normas que se estimaban discriminatorias hacia la mujer mantuvieron su vigencia, por lo que posteriormente se promovió una nueva acción contra algunos de los artículos del Código Civil.

Esta nueva acción originó el expediente 541-2006 donde se profirió sentencia el 29 de noviembre de 2007.

En esta ocasión se impugnaron los artículos 81, 89 incisos 2) y 3), 169 segundo párrafo; 216, 226 inciso 1), 229 incisos 1), 2), 3), 4) y 5), y 317 del Código Civil. La acción se promovió por Elsa Angélica Blanco Amaya, Floridalma Contreras Vásquez y Ana María Lara Contreras.

En cuanto a la impugnación relacionada con el artículo 81 y 89 incisos 2) y 3) del Código Civil, se reiteraron los criterios expuestos en la sentencia anterior, desestimando la pretensión de inconstitucionalidad, precisándose en cuanto al inciso 2) del artículo 89 que se contempla una limitación no absoluta, pues se establecía la excepción, en el caso de poderse autorizar el matrimonio civil si la mujer hubiere concebido, por lo que se estimó que "lejos de generar una limitación discriminatoria, coadyuvaba a hacer positivos los preceptos contenidos en los artículos 47 y 52 de la Constitución Política de la República de Guatemala". En cuanto al resto de argumentaciones se reiteraron las apreciaciones vertidas en la sentencia anterior y se desestimaron las pretensiones.

Es preciso mencionar, que con posterioridad a esta sentencia, fue promovida una nueva acción, en este caso específicamente contra el inciso 3) del artículo 89 del Código Civil, por parte de la Procuradora Adjunta de Derechos Humanos, María Eugenia Morales Aceña de Sierra, lo que originó la formación del expediente 794-2010 de la Corte de Constitucionalidad, en el cual se dictó auto de 12 de marzo del año en curso, publicado en el Diario Oficial el 17 del citado mes y año en el cual se suspendió provisionalmente la vigencia de la referida norma. Si bien, esto constituye una suspensión provisional de esa norma, debe tenerse en consideración que los factores que imponen tal actuar, se describen en el artículo 138 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, estableciéndose la procedencia de tal suspensión cuando "a su juicio (de la Corte), la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables", por lo que aun cuando no se ha proferido la sentencia definitiva, y no obliga el hecho de suspender provisionalmente una norma a declarar su inconstitucionalidad resulta interesante apreciar que tal norma ha sido suspendida provisionalmente, y de ello resulta importante esperar la sentencia de fondo que al respecto se dicte.

Continuando con el análisis de la sentencia dictada dentro del expediente 541-2006, puede señalarse que se cuestionó el artículo 169 del Código Civil al regular lo relativo a la pensión alimenticia de la mujer específicamente en cuanto a la frase que indica que ésta "gozará de la pensión mientras observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio", pues se afirma que el condicionar a que observe buena conducta la mujer viola la igualdad de la ley pues establece la pérdida de una pensión sobre la base de una calificación de su conducta como moral o no, aspectos eminentemente subjetivos.

La Corte procedió a analizar que en lo referente al marido, para determinar la procedencia de la pensión se establecía que éste se encontrara imposibilitado para dedicarse a trabajos que le proporcionaran los medios de subsistencia, -lo que podía determinarse objetivamente- y para la mujer siempre que observara buena conducta, -lo que implica determinación subjetiva-, lo que provocaba en ambos casos que no se obtuviera la pensión, ahora bien, en ambos casos no se tendrá derecho a la pensión al contraer nuevo matrimonio. Se estimó que con base a lo previsto en el artículo 4º de la Constitución, lo regulado en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, se apreciaba un trato "legal discriminatorio carente de razonabilidad" en la frase cuestionada lo que derivaba en violatorio del artículo 4 constitucional y de ahí que debía declararse inconstitucional.

Se atacó también el artículo 216 del Código Civil en la parte que establece: “Reconocimiento por los abuelos. En caso de muerte o incapacidad del padre o de la madre, el hijo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno, respectivamente...” aduciéndose que se viola con esa norma el principio de igualdad ante la ley, al indicarse que solamente los abuelos varones (paternos o maternos) pueden reconocer como hijos o hijas a los menores. Se adujo por la Corte que tal argumentación era producto de una interpretación en rigor positivista de tal artículo, por la que se entendía por abuelo al varón.

Se señaló:

“A juicio de esta Corte, en una interpretación conforme lo que se pretende preservar en los artículos 47, 50, 51 y 52 de la Constitución Política de la República, bastará, para evidenciar que no existe la desigualdad señalada, entender que en la palabra “abuelo” a que se refiere el artículo 216 antes citado, están comprendidos tanto el abuelo hombre como la abuela mujer, pues tal expresión (abuelo: hace referencia a la persona que es padre o madre de la mujer progenitora, sin entenderse que por el hecho de que en el artículo precitado se le mencione a los abuelos en género masculino, con ello se esté haciendo una distinción discriminatoria por razón de género”.

De esa cuenta, resulta muy importante conocer tal interpretación pues es ésta la que deberá hacerse valer para el caso de ser necesario que la abuela o abuelo reconozcan a la hija o hijo nacidos ante la imposibilidad de hacerlo de la madre o el padre, respectivamente, y aunque no se puntualizó tal afirmación con una exhortación de la Corte a que ese criterio sea el que se aplique por los Tribunales, al haberse realizado esa interpretación dentro del fallo, será el que prevalezca, a tenor de lo previsto en el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que establece que las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos.

En el Código Civil, artículo 225 se establece que la madre tiene derecho a una indemnización por el daño moral, en los casos de acceso carnal delictuoso o cuando fuere menor de edad al tiempo de la concepción. Sin embargo, el artículo 226 del precitado cuerpo legal prevé la improcedencia de ésta “Si durante la época de la concepción, la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo comercio carnal con persona distinta del presunto padre”. La Corte consideró que para evidenciar la inconstitucionalidad de esa norma se tomarían como base dos elementos que excluirían el derecho a indemnización, siendo éstos: “i) el haber llevado una vida notoriamente desarreglada, para cuya determinación no podría soslayarse la elevada carga de subjetividad de quien realiza la calificación de concurrencia de este evento; y ii) el que haya tenido comercio carnal con persona distinta del presunto padre, circunstancia fáctica que sí podría determinarse objetivamente. Por lo que al considerar que ante la falta de certeza jurídica, dentro de parámetros objetivos legalmente establecidos respecto de cuándo o en qué eventos podía entenderse que una mujer llevaba una vida notoriamente desarreglada, se concluyó que tal regulación conllevaba prejuizgamiento irrazonable sobre la dignidad de una persona, en este caso de una mujer, lo que devenía

contrario a los postulados contenidos en los artículos 1, 2 y 4 de la Constitución. También

se advirtió que la ausencia de parámetros que sirvieran para determinar la concurrencia de la conducta “notoriamente desarreglada” que se pretendía sancionar en la norma antes indicada, hacía nugatorio por determinaciones subjetivas, el cumplimiento de las obligaciones que se pretendían tutelar en los artículos 47, 50, 52 y 55 de la Constitución. Se estimó la inconstitucionalidad de esa frase, sin realizar posterior análisis del segundo supuesto contenido en el artículo 1º cuestionado.

Se impugnó el artículo 299 del Código Civil el cual establece la tutela legítima y el orden en que ésta se establece, siendo éste el abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna, abuela materna, los hermanos, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas, y entre éstos el de mayor edad y capacidad, por estimarse lesiona el derecho de igualdad al jerarquizar el orden en que debe llamarse a la misma. Asimismo, se atacó la frase “de los hijos fuera del matrimonio” contenida en el segundo párrafo del artículo señalado. La Corte estimó que:

“precisamente, la forma en la que se regula el orden para ejercer la tutela legítima de los menores, y la distinción que se hace entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y aquellos que nacen fuera del matrimonio en dicho artículo, es lo que no genera el trato discriminatorio que se denuncia como violatorio del artículo 4 constitucional... Como puede verse, el hecho de que exista preferencia de la línea materna sobre la línea paterna para la tutela de los hijos fuera del matrimonio, es la que equipara el orden que se establece en los incisos impugnados, con aquel orden de prelación establecido en el segundo párrafo del artículo 229 del Código Civil”.

Por último se atacó en esta acción el artículo 317 inciso 4 del Código Civil el cual se refiere a la excusa de las mujeres para ejercer la tutela, estimándose por las interponentes que con dicho acto discriminaban a la mujer, pues al indicarse que solamente por la razón de pertenecer a un grupo sexual determinado se les considera incapaces de ejercer dicho mandato, violando con ello el derecho de igualdad. La Corte estimó que no existía el trato discriminatorio aludido, puesto que lo establecido en el artículo relacionado es una facultad, la de excusarse de ejercer o no la tutela, lo que no convierte a la norma en inconstitucionalidad.

De esa cuenta se declaró con lugar la acción únicamente en cuanto a la inconstitucionalidad de la expresión “observe buena conducta” contenida en el artículo 169 del Código Civil y “llevó una vida notoriamente desarreglada o” contenida en el artículo 226 del Código Civil.

Por último, el caso que puede citarse en el que también se promovió una inconstitucionalidad alegándose el hecho de contraer matrimonio, es el contenido dentro del expediente 3846-2009, cuya sentencia se profirió el 12 de marzo de 2009, dentro de una acción promovida por el Procurador de Derechos Humanos. En esta ocasión se atacaron las siguientes normas:

Artículo 26 del Acuerdo 1124 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, aprobado por Acuerdo Gubernativo 93-03 del Presidente de la República, en los incisos b) y c), en la frase: “en caso de nuevo matrimonio o vida marital, tendrán derecho a una prestación única igual a doce mensualidades de su pensión”.

Artículos 52 inciso b) (La prestación por viudez si contrae nupcias, convive de hecho el cónyuge sobreviviente), y 54 incisos a), b) y d) de la Ley Orgánica del Instituto de Previsión Militar, Decreto Ley 75-84. Estos incisos establecen: a) Cuando el cónyuge sobreviviente viva en concubinato; b) Cuando el cónyuge sobreviviente lleve vida deshonesta comprobada que desprestigie a la institución y d) por contraer nupcias o declarar su unión de hecho los hijos menores;

Artículo 41 inciso b) en cuanto a la frase: “por contraer nupcias la viuda o el viudo, la madre o el padre solteros, de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado, Decreto 63-98 del Congreso de la República. Se adujo en el planteamiento que tales normas lesionaban los artículos 44, 47, 48, 49, 175 y 204 de la Constitución, pues al extinguir o suspender el derecho de una pensión por sobrevivencia por el hecho de contraer matrimonio o hacer una nueva vida marital, se contrarían los artículos antes citados. Se adujo que con ello se discriminaba negativamente a las personas beneficiadas por una pensión por el hecho de un matrimonio o haberse unido de hecho con otra persona.

En primer término se analizó la pérdida de derechos por el hecho de contraer un nuevo matrimonio o vivir en unión de hecho, comprendidos en los artículos 26 incisos b) y c) del Acuerdo Gubernativo 93-2003 del Presidente de la República de Guatemala, el artículo 52 inciso b) y artículo 54 inciso d) de la Ley Orgánica del Instituto de Previsión Militar, así como el 41 inciso b) de la Ley de clases Pasivas Civiles del Estado, estableciéndose con relación a ello que:

“tanto el matrimonio como la unión de hecho son uniones por las cuales un hombre y una mujer libremente deciden crear un vínculo que nace a la vida jurídica con su reconocimiento de conformidad con la ley, que se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos con un carácter de permanencia; como se indicó anteriormente, de dicha unión emergen derechos y obligaciones entre los que se encuentra el de auxiliarse entre sí. Al referirse a la palabra auxilio, se entiende... ayuda, socorro, amparo. Es por ello que al indicar que deben auxiliarse entre sí se deben ayuda recíproca, apoyándose mutuamente para cumplir con los fines de estas instituciones. Además de la obligación de auxiliarse recíprocamente, también surgen de estas uniones, las siguientes obligaciones: i) que el marido suministre todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas (artículo 110 del Código Civil), y ii) que la mujer debe contribuir equitativamente en el sostenimiento del hogar si tuviere bienes propios o desempeña empleo, profesión, oficio o comercio, si el marido estuviere imposibilitado la mujer cubrirá todos los gastos (artículo 11 del Código Civil), obligaciones que se equiparan para la unión de hecho de conformidad con lo que regula el numeral 5° del artículo 182 del Código citado”.

Se estimó que si bien con el fallecimiento de uno de los cónyuges, surgían derechos como una pensión hacia el cónyuge supérstite, cuando el otro cónyuge hubiere contribuido al régimen de seguridad social que la regula, también es cierto que estas tienen por objeto ayudar al necesitado, por lo que se prolongan mientras se mantenga tal estado de necesidad, por lo que al haber un nuevo matrimonio de allí surgirá un nuevo apoyo, dejando ese estatus de necesidad. Por ello se estimó que las normas relacionadas con contrariaban la Constitución. Ahora bien, en cuanto a los incisos a) y b) del artículo 54 de la Ley Orgánica del Instituto de Previsión Militar, que se refiere al hecho de que el beneficiario viva en concubinato, esta constituye una relación marital de un hombre

y una mujer sin estar casados, que si bien es cierto se decide de mutuo acuerdo, no se contrae matrimonio ni unión de hecho y por ende, no derivan los derechos de éste, por lo que allí sí se dejaría al beneficiario en una situación irregular, porque sin haber cambiado de estatus de necesidad, por el cual surgió la pensión, pues su pareja no está obligado a suministrar lo necesario para su sostenimiento, se le suprime su pensión, con lo que se estima que en esta norma lesiona el artículo 47 de la Constitución y por ello se estimó inconstitucional.

En cuanto al inciso b) del artículo 54 de la Ley relacionada, que establece el cese de la pensión cuando el cónyuge sobreviviente lleve vida deshonesto comprobada que desprestigie a la institución, se estimó que dicha frase produce una falta de certeza jurídica, dentro de parámetros objetivos legalmente establecidos, respecto de cuándo o en qué eventos puede entenderse que una persona lleva una vida “deshonesto” que desprestigie a la institución, por lo que se concluyó que tal regulación conllevaba un prejuicio irrazonable sobre la dignidad de la persona, que era contrario a lo establecido en los artículos 1º, 2º y 4º de la Constitución Política de la República, por lo que se debía expulsar del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 54 incisos a) y b) de la Ley Orgánica del Instituto de Previsión Militar en las frases que establecían:
Cuando el cónyuge sobreviviente viva en concubinato;
Cuando el cónyuge sobreviviente lleve vida deshonesto comprobada, que desprestigie a la institución.

Discriminación en materia penal

En materia penal también hubo incorporados al ordenamiento legal, preceptos legales notoriamente discriminatorios para la mujer. El primer caso, en lo que a tipificación delictiva se refiere. Las normas reguladoras de delitos, establecían penas y agravantes distintas a una misma conducta antijurídica, diferenciación que se hacía en relación directa con el género del infractor.

Los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal tipificaban de forma distinta un mismo hecho (la infidelidad), en tanto se es hombre o mujer, lo cual, se denunció, violaba los artículos 4o., 44, 46 y 47 de la Constitución. Además, se regulaban circunstancias agravantes de la pena sólo para la mujer y se establecía de forma distinta la acción y el perdón.

El artículo 235 del Código Penal que tipifica el delito del concubinato para los hombres casados, sin contemplar agravantes, imponía pena notoriamente menor que la establecida para el delito de adulterio, y requería que el marido tuviera a la concubina en el hogar conyugal, lo que se denunció violatorio al principio de igualdad, porque dicha circunstancia constituía una agravante para el caso del adulterio en el que el sujeto pasivo fuera una mujer. El artículo 232. Comete el delito de adulterio, la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y quien yace con ella sabiendo que es casada; y que si el hecho se practicare reiteradamente en el hogar conyugal, con publicidad o con escándalo, la pena se agravará en una tercera parte y que será sancionado con prisión de seis meses a dos años. Se estimó el trato en forma

discriminatoria a la mujer casada por su sexo, pues la concurrencia de los mismos hechos en iguales condiciones o circunstancias si los cometía el varón casado no tipificaban delito de adulterio, teniendo el género una relación directa e inequívoca con el delito; la conducta infiel de la mujer casada es la que configuraba el adulterio no así idéntica conducta observada por el hombre casado. Esta figura delictiva que sanciona sólo la infidelidad conyugal de la mujer, da un trato desigual a idénticos actos, por lo que se consideró el artículo discriminatorio.

El artículo 235. “El marido que tuviere concubina dentro de la casa conyugal será sancionado con prisión de cuatro meses a un año. La concubina será sancionada con multa de cincuenta a quinientos quetzales. Se concluyó que tal norma era discriminatoria respecto de la mujer.

La Corte afirmó que la conservación de los artículos impugnados no sólo harían nugatorio el mandato constitucional de erradicar la desigualdad, al quedar virtualmente vacíos de contenido y sin cumplimiento los convenios internacionales ratificados por Guatemala en esta materia, según el artículo 46 de la Constitución, razón por la que fueron declarados inconstitucionales los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, por las razones consideradas.

Por otra parte puede señalarse otra situación en materia penal en la que se ubicaba en una situación de discriminación a la mujer fue la relacionada con una modificación a la acción para perseguir el delito de asistencia económica. Así puede señalarse que en materia penal, se concibe como delictuoso el incumplimiento del deber de prestar alimentos (negación de asistencia económica). Este delito había estado concebido como de acción pública, de modo que el Estado, por medio de su ente acusador, era el encargado único de su persecución. En reforma posterior, sin embargo, se previó que ese delito si bien sería de acción pública, **dependería en adelante de instancia particular.**

Se denunció que tal regulación trasgredía el artículo 4º, en perjuicio de la mujer y del menor, imponiendo a la víctima del mismo (la mujer y el menor), una carga adicional que apareja discriminación, ya que previo a perseguirlo, debía existir un requerimiento de pago infructuoso derivado de dos procesos civiles previos (oral de fijación de pensión alimenticia y ejecución en vía de apremio). Se denunció que se imponía un requisito adicional difícil de cumplir para la mujer por su condición de vulnerabilidad económica y social.

La Corte de Constitucionalidad estimó que por elemental lógica de no mediar tal impulso procesal de parte, la comisión de dichos delitos podía quedar impune en determinados casos, al esgrimirse impedimento para que el órgano acusador oficial actuara oficiosamente por no haber mediado la iniciativa particular, y de ahí que no pudiera iniciarse válidamente por parte del citado órgano acusador la persecución de los supuestos responsables de la comisión de dichos ilícitos, razón por la que se declaró la inconstitucionalidad del numeral 2) del artículo 24 ter del Código Procesal Penal, en sentencia de 9 de diciembre de dos mil dos dictada dentro del expediente 890-2001. Un tercer caso en materia penal lo constituye la impugnación que se formuló contra el artículo 200 del Código Penal, el cual establecía: “Matrimonio de la ofendida con el ofensor. En los delitos comprendidos en los Capítulos I, II, III y IV anteriores, la responsabilidad penal del sujeto activo o la pena, en su caso, quedarán extinguidas por

el legítimo matrimonio de la víctima con el ofensor siempre que aquella fuere mayor de doce años, y en todo caso, con la previa aprobación del Ministerio Público”.

Se adujo en el planteamiento que tal artículo lesionaba el contenido de los artículos 4º, 29 y 47 de la Constitución, pues colocaba a la mujer en una posición subordinada, en la que un acto sexual violento contra ella no era considerado en sí mismo un atentado contra la libertad sexual, sino fundamentalmente un atentado con el honor, no de la mujer, sino de la familia misma.

Estimó la Corte que:

“siendo que los delitos de Violación, Estupro y Abusos Deshonestos, tienden a la protección del bien jurídico tutelado de la libertad y la seguridad sexuales, no puede aceptarse, bajo ningún punto de vista, que el matrimonio del ofensor con la víctima haga desaparecer el perjuicio que la perpetración de aquél hecho delictivo haya podido ocasionar a esta última tanto a nivel somático como psicológico... la norma impugnada equipara al acto sexual violento a aquellos atentatorios contra el honor, pues pareciera que debe comprenderse que una vez unido en matrimonio el victimario con su víctima, desaparece el agravio que la comisión del delito pudo producir a ésta. Ello en deterioro de la condición de mujer de la víctima. Esta Corte estima que normas como la que ahora se analiza no pueden mantenerse vigentes pues a tenor de lo que establece el artículo 5º de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados parte, -entre los que se encuentra Guatemala- deben tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que esté basada en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Por otra parte, estableció la sentencia, que si bien el artículo 106 del Código Penal establece la posibilidad del perdón del ofendido, según la normativa penal, los delitos de violación, rapto, estupro o abusos deshonestos cometidos contra una menor son delitos de acción pública, y por ello no opera el perdón del ofendido, ahora bien, en los casos de que éstos delitos sean cometidos contra personas mayores de edad, al ser de acción pública, pero perseguibles a instancia de parte, podría provocar esa extinción de la responsabilidad la falta de instancia de parte, sin ser necesario establecer una norma como la cuestionada de inconstitucional.

Por las anteriores consideraciones se estimó que la norma atacada contravenía los artículos 4º, 29 y 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y por ello se declaró con lugar la acción instada y se expulsó la norma del ordenamiento jurídico guatemalteco, en sentencia de 17 de marzo de 2006, dictada dentro del expediente 2818-2005.

Discriminación en materia laboral

A pesar de los principios tutelares que inspiran el derecho del trabajo, aun existen normas vigentes en el mismo que posibilitan su impugnación por la vía de la inconstitucionalidad al regular de manera muy particular, algunas formas de trabajo, tal es el caso de lo acontecido con el trabajo doméstico.

De esa cuenta, se presentó un caso en el que se alegó discriminación de género y fue el referente a la inconstitucionalidad denunciada de los artículos 164 y 165 inciso c) del Código de Trabajo, referentes al trabajo doméstico. Se afirmó que el primero de ellos contiene disposiciones discriminatorias, por un lado hacia las clases de trabajos, pues restringe el derecho a una jornada que no exceda de ocho horas diarias, y cuarenta y cuatro a la semana, y por el otro hacia las mujeres, pues en el trabajo doméstico existen al menos ciento sesenta mil mujeres que prestan su trabajo de esta forma. Por su parte el inciso c) del artículo 165 del Código de Trabajo se estimó discriminatorio, en el planteamiento al establecer cuatro meses, como máximo, para el pago de la indemnización cuando sea motivada por la terminación de la relación de trabajo, violando así los incisos o) y p) del artículo 102 de la Constitución, en cuanto al monto de la misma.

La Corte desestimó la inconstitucionalidad promovida y señaló en cuanto a la primera que:

“la naturaleza del trabajo doméstico implica la convivencia en el seno del hogar del patrono y, por ende, la adquisición de derechos distintos que los de una relación no sujeta a regímenes especiales, - tal es el caso del derecho a la habitación y a la manutención-; además, porque la disponibilidad del trabajador doméstico, en el domicilio del patrono, no puede entenderse como continua, pues en el horario están incluidos los períodos de descanso y consumo de alimentos de éstos, durante los cuales dispone de su propio tiempo. Pero también implican –para el patrono-, obligaciones que no son prestadas a otra clase de trabajadores, tal es el caso del derecho a un salario por la infección de alguna enfermedad al trabajador, cuando ésta fue provocada por el patrono (inciso d) del artículo 165 del Código de Trabajo), la gestión y pago de los gastos razonables del asilo u hospitalización del trabajador doméstico (inciso e) Ibíd.), y el pago de los gastos razonables por el fallecimiento del trabajador doméstico en casa del patrono... existen condiciones distintas con respecto a los demás trabajos, que requieren normativas específicas, las cuales se regulan en las normas impugnadas, entre otras, las que el legislador ha estimado darles un tratamiento distinto... pero que no constituyen discriminación alguna...”

En cuanto a la impugnación del artículo 165 inciso c) que prevé la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo cuando el trabajador doméstico posea una enfermedad que lo imposibilite para trabajar por más de una semana, teniendo la obligación el patrono de pagar un mes de salario por cada año de servicio continuo, con un límite máximo de cuatro meses, siempre que no se acoja a las prescripciones del artículo 67 del Código de Trabajo, lo que es estimaba por las interponentes como lesivo del artículo 4º y 102 literales o) y p) de la Constitución.

Al respecto se consideró que:

“despido –justo, injusto, directo o indirecto- y terminación del contrato de trabajo no son sinónimos, y aunque el despido es una causa de terminación del contrato de trabajo, la sanción que contempla el artículo 78 del Código de Trabajo relativa a una indemnización por despido, solo puede ocurrir cuando la cesación de la relación laboral ocurre sin causa justificada, esto quiere decir que le es imputable al patrono... son diferentes clases de indemnizaciones las reguladas en la norma impugnada y en el artículo constitucional que se estima vulnerado, las cuales ocurren por causas distintas. La norma que se analiza es por enfermedad, la que sólo es aplicable en el caso en que el patrono no se acoja a las prescripciones del artículo 67 del Código de Trabajo, con relación al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, y la del inciso o) del artículo 102 constitucional, es por despido injustificado...”

Como consecuencia de estas consideraciones se declararon sin lugar las impugnaciones formuladas contra ambas normas.

Otros casos que vale la pena mencionar, son los acontecidos con relación a los derechos de la mujer trabajadora que se encuentra en estado de gravidez o en época de lactancia. Contrario de lo que sucede en el ámbito civil, de familia y penal, no son las normas jurídicas las que han dado motivo a conflictos constitucionales por discriminatorias, pues en esta materia existe una regulación satisfactoria en cuanto a protección preferente para la mujer. Así, existe regulación especial que protege de manera casi absoluta su estabilidad laboral en situaciones especiales relacionadas directamente con la maternidad. Es en el ámbito real que la discriminación ocurre, pese a la existencia de normativa como la relacionada. Los patronos manifiestan tendencia a prescindir de los servicios de una mujer cuando conoce de la condición de futura maternidad de éstas. Son muy frecuentes los casos que llegan en amparo en reclamo de revisión de decisiones jurisdiccionales que decretan la reinstalación de mujeres destituidas en período de embarazo o de lactancia.

Por otro lado, también las mujeres sufren discriminación al no ser contratadas en puestos de trabajo por el simple hecho de estar en una etapa de la vida de formar una familia. En amparo no se ha hecho denuncia de esta última situación, es decir, casos en los que no se contrate a una mujer por el hecho del embarazo.

Protección preferente de la mujer en estado de embarazo

El ordenamiento laboral regula la protección para la mujer trabajadora y que está en estado de embarazo. Prevé que ésta goza de protección desde que informa de su situación al patrono, quedando luego obligada a presentar prueba fehaciente de ello. Los patronos ejecutan despidos y, cuando son emplazados por las trabajadoras, oponen defensa que hacen radicar en que, cuando destituyen a la trabajadora, no tienen noticia del embarazo. Tal defensa ha sido acogida por los Tribunales de Trabajo que sostienen que si la trabajadora no dio el aviso no estaba protegida.

En una tendencia por demás tutelar la Corte de Constitucionalidad ha otorgado amparo a la mujer trabajadora, invocando en primer término, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ha sostenido para el efecto, la siguiente tesis:

“...la regulación especial del Código de Trabajo busca la tutela directa de la mujer en su condición de madre; estableciéndose, por ello, la prohibición de ser despedida, salvo que sea por causa justificada. De esa manera, lo que la norma pretende es impedir la discriminación de la mujer, sólo por su condición de embarazada o por estar en período de lactancia... Entonces, debe quedar claro que tal protección se estableció para evitar la discriminación; por lo que ello no obsta para que la relación de trabajo pueda concluirse debido a la comisión de una falta grave por parte de la trabajadora o bien por cualquier otro motivo objetivo y legítimo que imposibilite la continuación del contrato; porque, claro está, no se trataría entonces de un acto discriminatorio. De esa manera, queda prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia... Por su parte, para poder gozar de esos beneficios legales aquélla debe cumplir con el obligado requisito de dar aviso al empleador de su estado de gravidez; con la opción de hacerlo, incluso, al momento del despido. ...Otro aspecto que se debe resaltar es que las disposiciones legales que amparan a la madre y a la persona por nacer no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora. La trabajadora debe comprobar ante la Inspección General de Trabajo si realiza su reclamo en sede administrativa o, en su caso, ante el juez del ramo laboral, que en efecto está embarazada o está en el período de lactancia. Como medio de prueba se le exige aportar certificación médica. El certificado es un elemento probatorio, no un requisito solemne que pudiera erigirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho. En otros términos, es el hecho del embarazo o el hecho de la lactancia lo que impide al patrono despedir cuando no concurre falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 77 del Código de Trabajo.- “Para gozar de la protección relacionada”, dispone el inciso d), del artículo 151 del Código de Trabajo, “la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, quedando desde ese momento provisionalmente protegida y dentro de los dos meses siguientes deberá aportar certificación médica de su estado de embarazo para su protección definitiva”. La certificación o la constancia o el aviso, entonces, no operan a modo de requisitos de admisibilidad -requisitos solemnes cuya omisión acarrearía ab initio la pérdida de la protección que otorga la ley-; son requisitos probatorios que han de aportarse a la administración y, en su caso, al juez y cuyo propósito es evitar el fraude y no, obviamente, facilitar el despido de la embarazada que liminarmente omite presentarlos.” Las negrillas no aparecen en el texto original. El criterio antes relacionado se encuentra en las sentencias de 12 de diciembre de 2007, expediente 2455-2007; 7 de agosto de 2007, expediente 40-2007 y 8 de julio de 2008, expediente 1466-2008.

Se extrae de los fallos antes mencionados una afirmación muy importante del Tribunal y es que las normas que regulan los derechos de la mujer en materia laboral no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora.

Por ello, respecto de la forma de acreditar el estado de embarazo, la Corte afirmó:

- 1.- La trabajadora tiene la opción de dar el aviso de embarazo, incluso, al momento del despido;
- 2.- La trabajadora debe comprobar ante la Inspección General de Trabajo si realiza su reclamo en sede administrativa o, en su caso, ante el juez del ramo laboral, que en efecto está embarazada o está en el período de lactancia.
- 3.- El certificado es un elemento probatorio, no un requisito solemne que pudiera

erigirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho.

- 4.- Es el hecho del embarazo o el hecho de la lactancia lo que impide al patrono despedir cuando no concorra falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 77 del Código de Trabajo.
- 5.- La certificación, la constancia o el aviso no operan a modo de requisitos de admisibilidad -requisitos solemnes cuya omisión acarrearía ab initio la pérdida de la protección que otorga la ley.
- 6.- El propósito del certificado es evitar el fraude y no, obviamente, facilitar el despido de la embarazada que liminarmente omite presentarlo.

Estas razones son las que han permitido el otorgamiento del amparo a las mujeres que lo reclaman en estos casos.

Otro caso interesante en cuanto a la protección a la mujer por el hecho del embarazo se presenta dentro de la inconstitucionalidad promovida por el Procurador de los Derechos Humanos al impugnar el artículo 25 de la Ley del Servicio Cívico, contenida en el Decreto 20-2003 del Congreso de la República y el artículo 30 del Reglamento de la misma, lo que originó la formación del expediente 3914-2009. Se cuestionaba el hecho de que estas normas establecían como causales para dar por terminado el servicio cívico el hecho del embarazo. Las otras causales que se establecían para tal terminación anticipada eran el alistamiento que se producía por coacción, amenaza o engaño, o cuando quien debía prestar el servicio se negaba a ello, es decir devenían siendo sanciones. Sin embargo, se adicionaba a estos casos la frase: "Para las mujeres, también se considerará como causal para dar por terminado el servicio en forma anticipada, acreditar encontrarse en estado de gravidez". De igual manera se regulaba en el artículo reglamentario.

El Procurador de los Derechos Humanos por estimar que tales disposiciones contravenían lo previsto en los artículos 1º, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 100, 102 inciso k), 175 y 204 de la Constitución promovió la acción de inconstitucionalidad a efecto de que tal norma perdiera su vigencia.

Dentro de las consideraciones vertidas por la Corte en su sentencia de 9 de febrero de 2010 se estableció que:

"la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer –de la cual es parte Guatemala- en su artículo 11 numeral 2, inciso a) establece: 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil".

Se estimó además que la mujer embarazada tiene el derecho a gozar de una especial protección, garantizada por la Constitución y tratados internacionales, tanto durante su embarazo como en la época de lactancia, y que si bien, no constituye una relación

laboral el servicio cívico, el mismo es remunerado, por lo que el tiempo que dura es compensado económicamente, por lo que al darse por finalizada anticipadamente la relación, por el hecho de estar embarazada la mujer, se le está sancionando económicamente lo que viola el artículo 1º y 52 de la Constitución. Por otra parte, se consideró que tiene que tenerse presente que en el caso de una mujer en estado de gravidez continúe prestando su servicio cívico militar, deberá ser situada en una posición en la que no se coloque en riesgo a ella en su especial situación de futura madre ni al fruto de ese embarazo, a pesar de que dicho servicio no constituye relación laboral, que se le brinden las protecciones que por su especial condición le otorga la ley.

Por ende, fueron declarados inconstitucionales los artículos 25 de la Ley del Servicio Cívico en la frase que dice: "Para las mujeres, también se considerará como causal para dar por terminado el servicio en forma anticipada, acreditar encontrarse en estado de gravidez..." y 30 del Reglamento para la prestación del Servicio Cívico Militar en la parte que establece: "Para las mujeres, se considera causal para dar por terminado en forma anticipada el Servicio Cívico Militar, estar en estado de gravidez", por contrariar los artículos 1º y 52 de la Constitución.

Protección preferente de la mujer en período de lactancia.

El Estado de Guatemala, como patrono, ha reclamado contra resoluciones que le imponen la reinstalación de trabajadoras que fueron destituidas cuando aún gozaban del período de lactancia. Hay reclamos particulares que estriban principalmente en la negación que hace el Estado de que a la trabajadora, contratada bajo el renglón presupuestario 029, pueda tener derecho a la protección laboral aludida.

Al resolver esos casos, esta Corte, en primer término, se detiene a dilucidar la naturaleza de la relación laboral a efecto de establecer si aquella condición de contratada bajo el renglón 029 puede invocarse para negar la estabilidad laboral. Respecto de este tema, la Corte ha sostenido que en materia laboral priva el principio de realidad sobre la formalidad que las partes han pretendido darle a una relación laboral. La sustentación del Tribunal se describe, a modo de paráfrasis, como sigue:

Entre los principios del Derecho del Trabajo, se encuentra el de realidad o primacía de la realidad que se encuentra reconocido en el inciso d), cuarto considerando del Código de Trabajo. El principio aludido es de amplia aplicación en el seno de la disciplina laboral y es uno de los medios técnicos frecuentemente utilizados por los jueces de Trabajo al momento de atacar actos fraudulentos o simulados. Se entiende en tal sentido, que el contrato de trabajo es un contrato realidad, fundado en hechos objetivos apreciables, y que en caso de discordancia entre los hechos y lo documentado -de buena o mala fe por las partes-, debe darse preferencia a los hechos que fijan la base fáctica para la aplicación del Derecho. El contrato de trabajo es un "contrato realidad", que prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que efectivamente sucede o sucedió. En aplicación de este principio, el juez debe desentrañar las verdaderas características de la relación que unió a las partes, por sobre los aspectos formales de la misma, porque más allá del nomen juris que las partes utilicen en sus negocios jurídicos y por encima del ropaje instrumental al que ellas recurran, es tarea propia e indeclinable del intérprete

judicial calificar el vínculo según sus características propias y establecer sus notas relevantes en función de las normas de cuya aplicación. En el caso de análisis, la trabajadora se desempeñó como Subdirector Ejecutivo y celebró cuatro contratos de trabajo lo que confirma la existencia de un contrato de trabajo.

La Corte de Constitucionalidad ha establecido la doctrina que indica que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección de su trabajo, pues la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar los derechos que tiene la mujer en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una estabilidad laboral reforzada, que está fundada, para el caso que nos ocupa, en que el período de lactancia que es una medida tendiente a proteger la salud del recién nacido.

En efecto el legislador ha considerado ilegal todo despido cuyo motivo sea el embarazo o la lactancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Trabajo, al indicar que en caso de que el patrono no cumpliera con lo dispuesto en la norma referida, la trabajadora tiene derecho a concurrir a los tribunales a ejecutar su derecho de reinstalación. Además, ha estimado la Corte de Constitucionalidad que el despido en los períodos legalmente amparados dentro de la maternidad sin que medie autorización previa del funcionario competente -juez de Trabajo y Previsión Social-, será considerado nulo. Por ello, debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora en estado de embarazo, o en los diez meses posteriores desde el retorno a sus labores, tal como lo establece la legislación guatemalteca, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente: Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe probar la justa causa y obtener la previa autorización del juez de Trabajo y Previsión Social, para notificarle a la trabajadora que su contrato se ha extinguido. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar los salarios dejados de percibir durante el tiempo que la dependiente estuvo sin laborar, sino que además el despido es ineficaz, con el consabido derecho que tiene la empleada, a ser reinstalada en el trabajo que venía desempeñando. (Sentencias de 25 de marzo de 2009, expediente 228-2009 y 18 de marzo de 2010, expediente 579-2009).

Discriminación hacia comunidades indígenas

La discriminación se ha presentado en cuanto a diferentes grupos de la población y otro de ellos es el sector indígena, el cual ha reclamado en diversas ocasiones el respeto de sus derechos, y en forma particular el derecho a ser consultados cuando se adoptan decisiones que pueden afectar a la comunidad en la que se desempeñan. De esa cuenta, puede mencionarse que se promovió una acción de amparo contra el Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez, por parte de algunos Consejos Comunitarios de Desarrollo, Alcaldes Auxiliares, y Asociaciones de Vecinos, todos de ese municipio, en la que se reclamaba contra la decisión de ese Concejo Municipal de revocar la convocatoria a una consulta de vecinos de las comunidades indígenas mayas kaqchikeles de esa región a realizarse con relación a la autorización de una licencia de exploración y explotación minera concedida a Cementos Progreso, Sociedad Anónima. Tal expediente formó el proceso 3878-2007 de la Corte de Constitucionalidad.

En primera instancia se denegó la protección constitucional reclamada por estimar la concurrencia de falta de definitividad, por lo que en primer término se revisó por la Corte de Constitucionalidad este aspecto, habiéndose considerado en alzada, que al no haberse dictado la decisión atacada dentro de un procedimiento administrativo en el que los reclamantes fueran parte, no era dable exigir el agotamiento de recursos, por lo que devenía improcedente la exigencia de tal presupuesto.

Si bien, para fallar se cita en primer término el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y seguidamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, seguidamente tal sentencia se fundamenta en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, ratificada por Guatemala en 1983, precisándose que ésta en consonancia con la Recomendación General número 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de la Organización de Naciones Unidas, de 18 de agosto de 1997 exhorta a los Estados partes para que adopten decisiones que garanticen a los miembros de las comunidades indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopten decisiones directamente relacionadas con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado.

Un aspecto de especial relevancia en esta sentencia lo constituye el hecho que después de precisar los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las poblaciones indígenas a la consulta popular, se precisa en la página 24 de la sentencia citada:

“supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho, y por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable- a fin de dar cumplimiento a esta obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país”.

En la sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada al resolver este expediente se precisaron varios aspectos que vale la pena mencionar, siendo éstos:

- Se reconoce que la normativa internacional relacionada con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se inserta en el “bloque de constitucionalidad”, noción que no se había establecido con anterioridad en sentencias de la Corte de Constitucionalidad, por lo que se puede apreciar la jerarquía que se está confiriendo a los derechos de los pueblos indígenas.
- Por otra parte se establece no solo la obligación del Estado de garantizar los derechos de este grupo de la población sino de modificar las estructuras estatales a efecto de lograr la efectividad de ese derecho.
- Se define lo que debe entenderse por el derecho de consulta, regulándose un

procedimiento en tanto no exista una ley interna que establezca el derecho de consulta de las comunidades indígenas y se exhorta al Congreso de la República para que priorice en su agenda legislativa la cristalización de un proyecto de ley o la aprobación de los ya existentes, referentes a la regulación del procedimiento consultivo.

Discriminación por razón de la profesión

Se ha reclamado también en la jurisdicción constitucional, actos de autoridades a los que se atribuye discriminación por razones de grados académicos. Así, los casos que se pueden puntualizar son los de funcionarios del Organismo Judicial (Jueces de Paz y Trabajadoras Sociales, para ser específicos) que tienen distinto salario, pues gana más quien posee un título universitario que aquél que no lo tiene, aunque ambos, profesional y no profesional, realicen el mismo trabajo y en las mismas condiciones.

En efecto se ha señalado en amparo que la diferencia de salario es discriminatoria hacia aquél que no ha obtenido el título académico, pues lo que debe tomar en cuenta la autoridad es que el trabajo se presta en la misma intensidad y calidad, sin que sea trascendente el título. Además, invocan que conforme el Protocolo Adicional a la Convención América sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), las personas tienen el derecho de gozar de un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción. Se ha denunciado que aquella distinción salarial viola el Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, pues no se realizaron evaluaciones para calificar la capacidad en el desempeño del trabajo que realizan.

La Corte ha reiterado su doctrina sobre la igualdad, reiterando que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad siempre que tales diferencias tenga una base de razonabilidad. (Invocada la Opinión Consultiva emitida el 4 de noviembre de 1998, expediente 482-98). Respecto de los casos concretos de los jueces de Paz y los trabajadores sociales, expresamente sustentó:

“(...) efectivamente, las funciones de las trabajadoras sociales con grado académico de Licenciadas en Trabajo Social y las de quienes no tienen, son las mismas; sin embargo, la calidad y los méritos alcanzados por quienes ostentan el grado académico de Licenciatura en trabajo social es distinta de quienes aún no han obtenido tal nivel académico, cuestión que ubica a los trabajadores sociales en situaciones diferentes que merecen ser tratadas desigualmente conforme sus diferencias, puesto que resultaría no equitativo y desestimulante para quienes se han preocupado y esforzado por profesionalizarse no verse compensados por un mejor salario. Las trabajadoras sociales, en el desempeño de las labores que están llamadas a cumplir, prestan un servicio especializado que, como tal, ha de provocar a quienes lo llevan a cabo a alcanzar la superación académica, luego de lo cual pueden optar a que se les equipare el sueldo de conformidad con la normativa aplicable...” (Sentencia de 20 de mayo de 2008, expediente 3399-2007).-

“(...) indudablemente, las funciones de los jueces de paz que tienen el título de

Abogado y las de quienes no lo tienen, son las mismas, debido a que realizan el mismo trabajo; sin embargo, respecto al ejercicio de éste hay diferencia, porque unos tienen la calidad de profesionales por ser graduados y ostentar el título de Abogado, condición con que no cuenta el postulante y que lo ubica en situación distinta que amerita ser tratada desigualmente conforme sus diferencias, puesto que resultaría no equitativo y desestimulante para los jueces que se han preocupado y esforzado por profesionalizarse no verse compensados por un mejor salario. Los jueces de paz, en su diario desempeño, ejercen una potestad exclusiva del Estado, como lo es la jurisdicción, circunstancia que resulta sumamente importante y obliga a todos los que se encuentren en similares situaciones a tener el título de Abogado, para que se les equipare en sueldo de conformidad con la propia Ley de la Carrera Judicial que en el artículo 56, preceptúa: “Dentro de un período de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Consejo de la Carrera Judicial podrá admitir como aspirantes a jueces de Paz, a personas que no cuenten con el título de Abogado. Una vez nombrados, los jueces de Paz que no cuenten con el título de abogado, se les dará un plazo de tres años para graduarse; de lo contrario no podrán seguir desempeñando el cargo. Esta disposición deberá hacerse constar efectivamente en el nombramiento respectivo...”. (Sentencias de 25 de enero y 21 de junio, ambas de 2007, expedientes 1361-2006y 3072-2006; y sentencia de 29 de mayo de 2008, expediente 2947-2006).

Discriminación por razones económicas

También se han hecho denuncias por personas que resienten que determinadas disposiciones de autoridades las dejan en desventaja respecto de otras personas con mejores posibilidades económicas que los denunciados.

Se cita la denuncia que formularon defensores públicos contra el artículo 55 del Código Penal que regula que la pena de multa, en caso de impago se cumplirá mediante encarcelamiento. Se afirmó que las personas de escasos recursos se ven ante la realidad de que han cumplido o cumplirán su condena de prisión corporal, pero por no poder hacer efectiva la multa tienen que continuar guardando prisión por un tiempo, que incluso puede ser superior a la pena de prisión impuesta, pues en muchos casos el pago de la multa no está al alcance de las posibilidades económicas del condenado. A ello, la Corte respondió:

“(...) la privación subsidiaria de libertad, producto de la conversión permitida por el artículo 55 del Código Penal cuestionado, no está llamado a recaer sobre una persona al margen y con independencia de toda estimación sobre su culpabilidad, sino en tanto que la medida sustitutoria de una pena (inejecutable) asignada, al término del debido proceso judicial, a quien ha sido precisamente considerado culpable por la realización de la acción típica y antijurídica sancionada por la ley penal.

La insolvencia determinante de la inejecutabilidad de la pena patrimonial no es el determinante de la posible aplicación de la medida sustitutoria que se considera; la finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada trasgresión del ordenamiento penal. Parece en principio, correcto atribuir a una pena de segundo grado la misma dependencia de la realización de un hecho típico, antijurídico y culpable que tenía la pena impuesta en primer grado,

pues, en definitiva, el arresto sustitutivo no se impone por ser el sujeto insolvente, sino por haber cometido el delito (al que en principio correspondía una pena distinta). Es de entender que en el artículo 55 del Código Penal, no se ha pretendido establecer una equivalencia entre patrimonio y libertad, poniendo a la par e igualando dos bienes jurídicos tan diferentes y subvirtiendo, en consecuencia, la escala de valores que resulta de la posición de los artículos 2º y 17 constitucionales; como en los supuestos en los que la misma ley penal establece alternativamente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad, la norma no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena sino atender a exigencias de política criminal, inobjetable en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización de la pena, ya como en el cuestionamiento que nos ocupa, en la predisposición de una sanción sustitutiva de la que, impuesta con carácter principal, resulta de ejecución imposible.

Esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que a lo largo del articulado del Código Penal prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito, y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica (no diferenciadora), para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Diferentes así los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el parangón que da lugar al juicio de igualdad entre unos y otros (entre solventes y quienes no lo sean)... (la norma) se ha limitado a disponer una previsión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la ley penal, la generalidad del mandato sancionador; se reitera que la finalidad de la ley no es establecer una discriminación, sino sentar una regla general para los supuestos en que la ejecución de la pena primeramente prevista se haga imposible. No se puede reprochar al legislador que haya hecho extensiva a los insolventes sin culpa la misma regla especial que a quienes frustran la ejecución de la pena patrimonial, porque se entiende que la finalidad perseguida por la disposición cuestionada no es la de sancionar una conducta intencionadamente elusiva de la condena penal, que sería un ilícito de naturaleza distinta, sino la de regular un supuesto de inejecutabilidad de la pena de multa..." (Sentencia de 10 de septiembre de 2008, expediente 830-2008).-

En un segundo cuestionamiento encontrado, aparece la denuncia formulada contra el Reglamento de Recaudaciones de los Fondos en los Establecimientos Educativos Oficiales –Acuerdo Presidencial 399-. Los denunciantes afirman que se ha promulgado el cobro de cuotas privativas, como un requisito previo para poder ser inscrito en el ciclo escolar correspondiente, lo que representa una discriminación no razonable ni proporcional contra los alumnos de escasos recursos que no pueden pagar los cobros que se fijan de forma arbitraria e inconstitucional.

La Corte de Constitucionalidad descartó el cuestionamiento por vía de una sentencia interpretativa, pues afirmó que "debe entenderse que las recaudaciones que se hagan por concepto de refacción escolar y colectas especiales, regulados en el Acuerdo analizado, son con carácter de donativo, que en ningún caso pueden exigirse como condición para la admisión de un estudiante a un centro educativo público. (Sentencia de 24 de septiembre de 2008, expediente 478-2008).

Discriminación por razón de la edad

Se denunció por vía de la inconstitucionalidad general los preceptos del Reglamento de Prestaciones del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, en cuyo artículo regula distintos porcentajes de pensiones por jubilación, dependiendo si el abogado se jubila a los 63, 64 o 65 años de edad. El fundamento de la impugnación fue que con lo establecido se disminuye el derecho adquirido de los colegiados y que viola el derecho de igualdad al establecerse distintas categorías de beneficiarios, definitivas e invariables, otorgando beneficios desiguales a los colegiados no obstante que todos han contribuido y cumplido los requisitos para poder gozar de dicha prestación.

La Corte de Constitucionalidad no acogió tal denuncia y, para el efecto, sustentó:

“(...) es un principio fundamental de los planes de prestación, de naturaleza similar al del impugnado mediante la presente acción, la no discriminación, entendida en el sentido que cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación con el promotor pueda acceder al mismo; este principio no resulta incompatible con la diferenciación de aportaciones realizadas por el promotor, siempre que las mismas estén fundamentadas en criterios objetivos basados en circunstancias de la misma naturaleza (tales como edad, salario, servicios pasados, aportaciones, etc.) y los citados criterios sean aceptados por los partícipes... la diferenciación de las edades para poder obtener las prestaciones incluidas en el Plan de Prestaciones del Colegio... cumplen con el requisito de estar debidamente justificadas ya que el derecho a la jubilación está motivado directamente con la edad del partícipe e indirectamente con el tiempo que la persona ha laborado, razón por la que no se evidencia limitación, restricción o eliminación de los derechos de las personas ya que éstas no se encuentran en una misma posición respecto del ejercicio del derecho...”

La utilidad y viabilidad de los procesos administrativos disciplinarios en casos de discriminación

Carlos Paz Archila³⁷

1. Presentación

El presente documento se ha elaborado partiendo de una delimitación de la temática planteada, circunscribiendo el análisis de los sistemas disciplinarios de las dos principales instituciones del Sistema de Justicia con las que se puede interactuar en el proceso de litigio estratégico en casos de discriminación, siendo éstas el Organismo Judicial y el Ministerio Público.

Adicionalmente, el lector podrá detectar que el análisis presentado a través de este texto no profundiza en todos los aspectos relacionados con la temática, sin embargo, debe tenerse presente que su objetivo es plantear de modo general el diseño y funcionamiento de los sistemas disciplinarios de las instituciones antes indicadas, proponiendo algunos temas de reflexión que pretenden constituirse en el motor de la discusión que se busca generar. De esa cuenta, no se presenta una investigación exhaustiva del tema, sino más bien reflexiones generales alrededor del mismo.

2. El actuar del funcionario público

Al tratar de desarrollar el tema respecto a la utilidad y viabilidad de los procesos administrativos disciplinarios, con énfasis en el Organismo Judicial y el Ministerio Público, se hace necesario iniciar un breve proceso de reflexión respecto al marco legal que delimita el actuar de los funcionarios públicos en general y que constituye el punto de partida para determinar las responsabilidades administrativas que se le pueda deducir al funcionario por ejecutar un acto apartado de ese marco normativo.

En ese sentido, a nivel constitucional debemos hacer referencia a la obligatoriedad de sujeción a la ley que plantea la Carta Magna, hacia el ejercicio de la función pública. Al respecto, el artículo 154 de la Constitución es muy claro al indicar: *“Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución³⁸”*.

37 Abogado y Notario egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la misma Universidad, Maestría en Políticas Públicas por la Universidad Rafael Landívar y Doctorado en Derecho en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Asesor legal de entidades nacionales e internacionales, con experiencia en litigio en materia de Derecho Penal y Derecho Constitucional. Consultor de entidades nacionales públicas y privadas, organismos internacionales como Banco Interamericano de Desarrollo, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala y USAID.

38 Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 31 de mayo de 1985.

De acuerdo con el propio criterio emanado por la Corte de Constitucionalidad, esta disposición implica que en su actuar todo funcionario público debe ceñirse estrictamente a los postulados de la ley y, en caso de no atender dicho mandato legal, debe responder por las consecuencias de los actos realizados de manera ilegal. Implica pues, un marco legal de protección del ciudadano frente a cualquier tipo de arbitrariedad, ya que como lo indica la propia Corte "(...) se puede afirmar que la Constitución no prevé la posibilidad de eximir de responsabilidad a ningún funcionario en el ejercicio del cargo, por lo que cualquier disposición en ese sentido la contraría y, por ese hecho, no puede coexistir con la Constitución (...)"³⁹.

En consonancia con lo establecido para los funcionarios públicos en general, para el caso de los jueces y magistrados del Organismo Judicial, la Constitución Política plantea una disposición similar en su artículo 203 que contempla: "*Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y las Leyes.* (...)"⁴⁰.

Para el caso del Ministerio Público no se detecta ninguna disposición específica a nivel constitucional, relacionada con el accionar del personal que conforma esta institución. Sin embargo, se considera importante rescatar el mandato que el artículo 251 la Constitución Política le asigna a esta institución que es "velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país". En ese sentido, con mayor razón compete a esta institución y su personal sujetar su actuación de conformidad con los distintos preceptos legales.

Luego de analizar de manera general las disposiciones constitucionales que hacen referencia al actuar de los funcionarios públicos, conviene adentrarnos en el diseño normativo y operativo que tanto el Organismo Judicial como el Ministerio Público han dado al tema disciplinario a lo interno de las instituciones, para poder establecer de manera general su utilidad y viabilidad específicamente en los casos de discriminación.

1. Los sistemas administrativos disciplinarios

Como se mencionara en párrafos anteriores, en este apartado se expondrán de manera general el diseño normativo y el funcionamiento operativo de los sistemas disciplinarios tanto del Organismo Judicial como del Ministerio Público.

Dado que el objetivo del presente documento es únicamente constituirse en un insumo básico que respalde el intercambio de opiniones, no se realizará una exposición en detalle de tales temas, ya que únicamente se pretende generar el debate sobre la base de los planteamientos generales.

3.1 Sistemas disciplinarios en el Organismo Judicial

Por disposición constitucional, para el caso del Organismo Judicial conviene hacer la separación de los sistemas disciplinarios en función de la clase de funcionario que se trate

39 Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 37, expediente No. 261-93, página No. 21. Sentencia del 19 de julio de 1995.

40 Asamblea Nacional Constituyente. Ob. Cit.

ya se juez o magistrado, o bien, secretarios y personal auxiliar (oficiales, notificadores, comisarios, etc).

Lo anterior se afirma como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 209 y 210 de la Constitución Política que indican lo siguiente: "Los jueces, secretarios y personal auxiliar serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Se establece la carrera judicial. Una ley regulará esta materia. Las relaciones laborales de los funcionarios y empleados del Organismo Judicial, se normarán por su Ley de Servicio Civil".

De esa cuenta el Congreso de la República aprobó el 27 de octubre de 1999 y el 30 de noviembre de 1999, en su orden, los decretos 41-99 y 48-99 que responden a la Ley de la Carrera Judicial y Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial respectivamente.

La Ley de la Carrera Judicial tiene por objeto, tal y como lo establece su artículo 1, establecer el sistema que regula el ingreso, permanencia, promoción, ascenso, capacitación, disciplina y otras actividades de los jueces y magistrados, es decir, enfocada al personal que realiza funciones meramente jurisdiccionales.

Mientras que, en el caso de la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, si bien de conformidad con su texto resulta aplicable para todo el personal del Poder Judicial, en materia disciplinaria su aplicación se dirige al personal auxiliar y los trabajadores administrativos y técnicos del Organismo Judicial.

a) Sistema disciplinario aplicable a jueces y magistrados

A través de su Título V, la Ley de la Carrera Judicial contempla el Régimen Disciplinario aplicable a jueces y magistrados, con el objetivo de sancionar administrativamente aquellas acciones u omisiones en que incurra un juez o magistrado que, de acuerdo con el catálogo de conductas establecidas en la propia ley, sea consideradas como faltas en el ejercicio de su función jurisdiccional⁴¹.

Resulta importante resaltar que la propia ley establece en su artículo 37 que la responsabilidad administrativa que se le deduzca al juez o magistrado, es independiente a la responsabilidad penal y civil que pueda determinarse conforme a la legislación ordinaria aplicable. Conviene en este apartado traer a colación el contenido del artículo 155 de la Constitución Política de la República que contempla: "*Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren*".

Respecto al catálogo de faltas, la Ley las ha clasificado en 3 clases a saber:

Leves:

- La inobservancia del horario de trabajo sin causa justificada, siempre que no implique una falta de mayor gravedad conforme a esta ley;

41 Asamblea Nacional Constituyente. Ob.Cit. onstituyente. Ob.Cit.

- La falta de respeto debido hacia el público, compañeros y subalternos en el desempeño del cargo, funcionarios judiciales, representantes de órganos auxiliares de la administración de justicia, miembros del Ministerio Público, del Instituto de la Defensa Pública Penal y los Abogados.
- La falta de acatamiento de las disposiciones administrativas internas del Organismo Judicial, siempre que no impliquen una falta de mayor gravedad; y,
- La negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo establecidos en esta ley, cuando no constituyan falta grave o gravísima.

Graves

- Abandonar total o parcialmente las tareas propias del desempeño del cargo judicial;
- Incurrir en retrasos y descuidos injustificados en la tramitación de los procesos y/o diferir las resoluciones, por otro motivo que no sean los señalados en la ley procesal de la materia;
- No guardar la discreción debida en aquellos asuntos que por su naturaleza o en virtud de leyes o reglamentos, requieran reserva;
- La conducta y tratamientos manifiestamente discriminatorios en el ejercicio del cargo;
- La falta de acatamiento de las disposiciones contenidas en los reglamentos, acuerdos y resoluciones que dicte la Corte Suprema de Justicia en materia jurisdiccional;
- Ocultar a las partes documentos o información de naturaleza pública;
- Ausencia injustificada a sus labores por un día;
- Asistir a sus labores en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes o en cualquier otra condición anormal análoga; e,
- La tercera falta leve que se cometa dentro de un mismo año que haya sido conocida y sancionada.

Gravísima

- Desempeñar simultáneamente a la función jurisdiccional, empleos o cargos públicos remunerados o prestar cualquier clase de servicio profesional relacionado con la función judicial; Interferir en el ejercicio de funciones de los otros Organismos del Estado, sus agentes o representantes o permitir la interferencia a cualquier organismo, institución o persona que atente contra el Organismo Judicial;
- Ocultar alguna prohibición que le sea imputable para el ejercicio de la función o abstenerse de informar una causal sobreviniente;
- Faltar injustificadamente al trabajo durante dos o más días consecutivos, o tres días en el mismo mes; Intentar influir ante otros jueces o magistrados en causas que tramitan en el marco de sus respectivas competencias;
- Interferir en el criterio de los jueces de grado inferior por razón de competencia, en cuanto a la interpretación o la aplicación de la ley, salvo cuando se conozca a través de los recursos legalmente establecidos;
- Cometer cualquier acto de coacción, especialmente aquellos de índole sexual o laboral;
- Solicitar o aceptar favores, préstamos, regalías o dádivas en dinero o en especies, a las partes o sus Abogados que actúen en casos que conozca;
- La tercera falta grave que se cometa en el plazo de un año, cuando las dos primeras hayan sido sancionadas.

Atendiendo a este catálogo de faltas, el artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial establece las siguientes sanciones a ser aplicadas:

Amonestación verbal o escrita para las faltas leves;

- Suspensión hasta por veinte (20) días, sin goce de salario, para las faltas graves; y,
- Suspensión sin goce de salario o destitución, para faltas gravísimas.

Para efectos de nuestro actual interés, conviene retomar dentro del catálogo de faltas graves, aquella que establece la sanción hacia los funcionarios jurisdiccionales por **“La conducta y tratamientos manifiestamente discriminatorios en el ejercicio del cargo”**. Por ser catalogada como falta grave, corresponde la aplicación de la sanción de suspensión por 20 días, sin goce de salario.

Sin embargo, conviene hacer una serie de reflexiones sobre esta falta. Desde el punto de vista de los sujetos pasivos, la conducta no indica hacia quién debe ser dirigida la conducta discriminatoria, pudiendo ser víctimas de dicha conducta tanto funcionarios del propio juzgado o sala, como usuarios o una de las partes que se encuentran en litigio ante el órgano jurisdiccional en mención.

Ahora bien, la descripción de la conducta no hace referencia precisa a qué práctica puede considerarse discriminatoria, debiendo recurrir a definiciones en otros cuerpos normativos tales como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la cual fue ratificada por Guatemala en 1983.

Así mismo, podrá hacerse uso de otros instrumentos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención de los Derechos del Niño.

Ahora bien, a quién le compete conocer el procedimiento y aplicar las sanciones antes indicadas. Para el efecto, la Ley de la Carrera Judicial ha establecido las denominadas Juntas de Disciplina Judicial integradas por dos magistrados de la Corte de Apelaciones y un juez de primera instancia.

Dicho órgano y, en especial, su integración ha sido objeto de numerosas críticas ya que dado que estos funcionarios juzgarán administrativamente la conducta de sus compañeros, se pone en tela de duda la objetividad de su actuar. Estas afirmaciones se ven respaldadas por las estadísticas que se conocen respecto al actuar de estos órganos.

Al respecto, ASIES con base a información proporcionada por la Presidencia de la Junta de Disciplina Judicial de 2008 afirma lo siguiente: *“En total, desde la vigencia de la LCJ hasta septiembre de 2008 han funcionado nueve JDJ para atender las quejas y denuncias del personal jurisdiccional de la República. En el período de estudio, de 910 denuncias recibidas, 82% no fueron admitidas, lo cual representa un incremento considerable respecto de períodos anteriores en los cuales el porcentaje de inadmisibilidad se había mantenido en un promedio del 73%. (...)”*⁴².

Adicionalmente a lo antes afirmado, deben mencionarse otros problemas que aquejan a este modelo como su centralización (la Junta de Disciplina tiene su sede en ciudad de

Guatemala), sus constantes cambios de integrantes ya que los mismos son electos por períodos de un año.

b) Sistema Disciplinario aplicable a personal distinto del jurisdiccional

Como se mencionara con anterioridad, para el caso del personal del Organismo Judicial que no cumple funciones jurisdiccionales (secretarios, oficiales, notificadores, comisarios, etc.), le resulta aplicable el sistema disciplinario contenido en la Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial.

Pese a esta diferenciación de carácter formal, el sistema en cuanto a su catálogo de faltas y sanciones es exactamente el mismo al diseñado para el personal jurisdiccional, salvo algunas leves diferencias en la descripción de las conductas lo cual evidencia, a criterio personal, una ausencia de visión y comprensión respecto de las funciones que cumple cada funcionario y las posibles faltas que pueda cometer, así como las sanciones más adecuadas que puedan ser aplicables a cada caso.

Corresponde la tramitación de este proceso y la aplicación de las sanciones a la Unidad de Régimen Disciplinario del Organismo Judicial.

Un aspecto importante que debe señalarse es el relativo a la prescripción, en ese sentido, la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial contempla en su artículo 63 que el derecho a accionar por la comisión de una falta disciplinaria prescribe en el plazo de 3 meses que empiezan a contar desde la comisión de la falta. El único mecanismo para interrumpir este plazo es a través de la presentación de demanda o gestión escrita ante autoridad competente.

3.2 Sistema Disciplinario del Ministerio Público

Para iniciar la explicación del diseño del sistema disciplinario del Ministerio Público, necesariamente debemos recordar que estamos frente a una institución organizada, por virtud de la ley, jerárquicamente. De esa cuenta, corresponde al Fiscal General de la República el nombramiento de los fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales⁴³.

A diferencia del Organismo Judicial, el Ministerio Público presenta un sistema disciplinario menos desarrollado desde un punto de vista normativo, lo cual tiene como consecuencia que su aplicación sea compleja, adicionalmente a algunos obstáculos legales que ha implicado la inclusión de algunos temas en materia disciplinario en el Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo de la Institución.

42 Asociación de Investigación y Estudios Sociales. Seminario Permanente sobre realidad nacional. Memoria General XXIV Sesión Anual (2008, Guatemala). Desafíos Actuales de la justicia penal. Proceso de Fortalecimiento del sistema de justicia: avances y debilidades julio 2006 – octubre 2008- Quinto Estudio (edición revisada). Guatemala 2009. Página 115.

43 Ver artículos 5 y 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94 del Congreso de la República.

- Amonestación verbal;
- Amonestación escrita;
- Suspensión del cargo o empleo hasta por quince días sin goce de sueldo;
- y
- Remoción del cargo o empleo.

Para la aplicación de las sanciones antes indicadas, el artículo 61 de la Ley contempla el siguiente catálogo de faltas:

- 1) Faltar frecuentemente, sin causa justificada, a sus respectivas oficinas, llegar habitualmente tarde a ellas o no permanecer en el despacho el tiempo dispuesto por la autoridad. Se exceptúan los casos en que por razones de trabajo deben efectuar sus funciones fuera de la oficina;
- 2) Ejecutar hechos o incurrir en omisiones que tengan como consecuencia la pérdida de actuaciones, dificultar o demorar el ejercicio de los derechos de las partes o de la institución en cualquier clase de asuntos.
- 3) Ofender a la víctima, al imputado, a los litigantes o a cualquier otra persona que acuda a las oficinas del Ministerio Público o a las audiencias de los tribunales, en demanda de justicia, o a informarse del estado que guarden los asuntos;
- 4) Extraer, en los casos en que la ley no lo autoriza, los expedientes y documentos fuera de las oficinas en que deban estar o de las del Ministerio Público, o revelar los asuntos reservados que allí se tramiten;
- 5) Ser negligentes en la búsqueda de las pruebas que fueren necesarias para la presentación de las acusaciones procedentes o para seguirlas ante los tribunales;
- 6) Hacer acusaciones, pedimentos, formular conclusiones o rendir dictámenes que tengan como base hechos notoriamente falsos, o que no expresen fundamentos legales.
- 7) Omitir informar a la víctima del resultado de las investigaciones u omitir notificar la resolución del juez que ponga fin al proceso, cuando aquella no se hubiere constituido como querellante adhesivo.
- 8) Ocultar información o dar información errónea a las partes, siempre que no se haya declarado el secreto de las actuaciones en los términos y condiciones establecidas en el Código Procesal Penal.

Frente a este diseño normativo, la primera debilidad que resalta es la ausencia de una catalogación tanto de las faltas así como de las sanciones aplicables, atendiendo a la gravedad de aquéllas, pudiendo darse el caso de aplicarse sanciones drásticas como la suspensión o el despido, por conductas que no necesariamente ameriten una sanción de tal naturaleza. Al respecto, lo único que se encuentra es una disposición del artículo 60 de la ley que indica: *“La sanción será adecuada a la naturaleza y gravedad de la falta y a los antecedentes de la función”*.

A diferencia del Organismo Judicial, en las disposiciones disciplinarias del Ministerio Público no se encuentra ninguna disposición o falta que haga referencia específica a conductas discriminatorias por parte del personal. Al respecto, únicamente podríamos rescatar la siguiente: *“Ofender a la víctima, al imputado, a los litigantes o a cualquier otra persona que acuda a las oficinas del Ministerio Público o a las audiencias de los tribunales, en demanda de justicia, o a informarse del estado que guarden los asuntos”*. Esta disposición puede dar la pauta para emprender la acción disciplinaria, si se percibe un trato discriminatorio por parte del funcionario.

En materia de procedimiento, la aplicación de las sanciones de amonestación ya sea verbal o escrita, corresponde a los fiscales de distrito o sección previa audiencia por 2 días a los interesados.

Las remociones o suspensiones son impuestas únicamente por el Fiscal General de la República por ser este, como se dijera con anterioridad, el responsable del nombramiento de los funcionarios del Ministerio Público.

Es necesario aclarar que las sanciones aplicadas por el Fiscal General son recurribles ante el Consejo del Ministerio Público.

a) Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo

Adicionalmente a las debilidades normativas que presenta el sistema disciplinario del Ministerio Público, conviene hacer referencia a un elemento adicional que ha venido a entorpecer este tema a lo interno de la institución y es el relacionado al Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo, firmado entre el Ministerio Público y el Sindicato de Trabajadores de esta institución.

Dicho pacto establece que obligatoriamente las sanciones deben aplicarse en orden cronológico, es decir, a un trabajador en primer lugar debe haber sido amonestado verbalmente para poder ser amonestado por escrito o suspendido temporalmente de su cargo, sin importar la magnitud de la falta cometida.

Para el caso de la suspensión de labores sin goce de salario, el trabajador tuvo que haber sido amonestado por escrito 2 o más veces dentro de un plazo de seis meses. Esto implica que, sin importar la gravedad de la falta cometida, si el trabajador no ha sido amonestado con anterioridad no puede imponerse esta sanción.

Para paliar estas debilidades las autoridades del Ministerio Público lograron negociar con los representantes del Sindicato, la inclusión de la negligencia en el servicio, como causal de despido. Lo cual ha permitido ejercer algunas acciones en contra de determinados funcionarios. Sin embargo, el tema disciplinario para el Ministerio Público sigue siendo uno de los retos más grandes que afronta como institución.

4. Conclusiones

- a) A nivel Constitucional, está claramente establecida la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos cuyo actuar no está sujeto a la ley. De esa cuenta, no es admisible desde el punto de vista normativo, cualquier disposición que pretenda eximir esa responsabilidad;
- b) En materia de sistemas disciplinarios, la institución que presenta un avance normativo importante es el Organismo Judicial. Sin embargo, conviene emprender un proceso serio de reformulación, especialmente en lo que respecta al catálogo de faltas y los órganos que tienen a cargo la aplicación de las sanciones, especialmente las Juntas de Disciplina Judicial.
- c) El Ministerio Público es el que mayores debilidades presenta en materia disciplinaria, con relación al Organismo Judicial. Esta situación se ve agravada por la inclusión de la temática disciplinaria en el Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo, firmado con el Sindicato de Trabajadores de esa institución.
- d) Pese a las debilidades antes indicadas, la utilización de los sistemas disciplinarios puede constituirse en una herramienta importante que permita corregir el actuar de los funcionarios y, adicionalmente, permite documentar de mejor manera las debilidades de dichos sistemas, permitiendo plantear mejores propuestas de reforma.

Enfoque de género y su aplicación al litigio, particularmente en casos de discriminación (generalidades)

Hilda Morales Trujillo, Msc.⁴⁴

1. Conceptos Generales

1.1. Género

Antes de transcribir uno o unos conceptos relativos a este vocablo, resulta ilustrativo leer algunos párrafos que al respecto, narra el autor Steve J. Stern en su libro “La Historia Secreta del Género”⁴⁵ y contrastarlos con los mandatos sociales que aún prevalecen sobre el deber ser hombre y el deber ser mujer.

Para Stern, la cultura de género en las postrimerías del período colonial comprendía el conjunto de conceptos y lenguajes de la masculinidad, la femineidad y la autoridad forjados en las relaciones sociales, incluidas las relaciones de poder, entre los sexos y dentro de ellos. Enlazaba la política del poder de color y clase con una política de masculinidad y dominación de género.

Según el citado autor, en las culturas coloniales de América Latina, el código de la masculinidad, incluía a los hombres como: jefe de familia, proveedor, protector y autoridad de la familia, mientras que el código de la femineidad establecía que las obligaciones de las mujeres eran cultivar un sentido de la vergüenza bien desarrollado, una sensibilidad para el deber moral y la reputación que las apartara de las circunstancias sociales que invitaran al oprobio, les exigía adoptar apariencias sociales que contrastaban con las prescritas para los hombres adultos honorables.

Estas apariencias incluían una postura sumisa de obediencia, apoyo y aceptación en las relaciones domésticas con esposos, padres y ancianos; un cuidado feroz de la reputación y la apariencia sexuales decentes: la virginidad de las hijas, la fidelidad de las esposas, la abstinencia de las viudas, y un respeto por el lugar y el decoro sociales cuya versión femenina destacaba en un sentimiento de autoencierro y discreción que protegía a las mujeres y a sus familias de peligrosos chismes, disputas y enredos sexuales... la versión más idealizada de estas normas elevaba la femineidad a un pedestal de autocontrol sumiso y santa resignación que pocas mujeres de carne y hueso podían sostener en forma consistente y total. Estas eran normas de perfección que alentaban la misoginia⁴⁶ al mismo tiempo que proclamaban la adoración: de todas las mujeres vivientes, cualquiera que fuese su situación de color y clase.

44 Abogada y Notaria, Magister en Derechos Humanos por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Especialidad en Derecho Sindical y del Trabajo por la Universidad de los Estudios de Roma, Italia; docente universitaria, activista en derechos humanos de las mujeres. Ha promovido leyes y políticas públicas a favor de las mujeres y la niñez y publicado diversos ensayos, artículos y manuales sobre legislación y derechos humanos de las mujeres, la niñez y los pueblos indígenas.

45 Stern, Steve J. La Historia Secreta del Género. mujeres, hombres y poder en México en las postrimerías del período colonial. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1999. Páginas 32, 33, 40.

46 Odio a las mujeres y desprecio de lo femenino.

La antropóloga mexicana Marta Lamas, explica que [E]l papel, o rol, de género se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dicta la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino" con variaciones de acuerdo a la nacionalidad, la etnia, la clase social y el nivel generacional de las personas. La dicotomía masculino-femenino, con sus variaciones culturales (...) establece estereotipos, las más de las veces rígidos, que condicionan los roles, limitando las potencialidades humanas de las personas al potenciar o reprimir los comportamientos según si son adecuados al género⁴⁷.

Las diferencias sexuales que existen entre hombres y mujeres son innegables así como que sobre ellas se "asienta una determinada distribución de papeles sociales, sin embargo, esta asignación no se desprende "naturalmente" de la biología, sino que es un hecho social"⁴⁸.

Por su parte la antropóloga Gayle Rubin explica el concepto de género al decir que el sexo es sexo en todas partes, pero lo considerado "conducta sexual aceptable" varía de cultura en cultura⁴⁹, y también de tiempo en tiempo si no, basta ver la forma en que se visten, hablan y se conducen las muchachas y los muchachos de este tiempo⁵⁰.

Simone de Beauvoir, en su célebre libro "El Segundo Sexo", expresa que las formas en que se forjan las maneras o modos diferenciados de conducirse de las mujeres y los hombres, no dependen de la biología, sino implican un aprendizaje social. En ese sentido afirma:

No se nace mujer: llega una a serlo. Ningún destino biológico, físico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; la civilización en conjunto es quien elabora ese producto (...) al que se califica como femenino⁵¹.

Por tales razones, no deben confundirse las categorías "género" y "sexo", como tampoco deben tenerse como sinónimos "género" y "mujer".

Durante los últimos (...) años ha habido cierta confusión con respecto a los significados de la palabra "sexo"⁵². En una acepción se ha venido a aceptar generalmente como un término que significa diferencias biológicas (como mínimo cromosómicas, hormonales y morfológicas) entre hombres y mujeres. La otra acepción ha venido a significar los componentes socioculturalmente contruidos⁵³ que se atribuyen a cada sexo. (...) La biología no constituye una variable relevante. Son, más bien, las definiciones socioculturales del sexo biológico y las reacciones ante el mismo las que producen y refuerzan la desigualdad entre hombres y mujeres. Las diferencias biológicas –sean las que sean– se mantienen básicamente constantes a través del tiempo y el espacio históricos⁵⁴.

47 Lamas, Marta. La antropología feminista y la categoría "género". Nueva Antropología. Vol. VIII. No. 30. México, 1986. P 189.

48 Idem

49 Lamas p. 191

50 Morales Trujillo, Hilda. Género, Mujeres y Justicia. Editorial Serviprensa. Guatemala, 2006. P.8.

51 De Beauvoir, Simone. El Segundo Sexo. La Experiencia. El Gráfico Impresores. Nicaragua. SF. p1.

52 Nótese cómo en las estadísticas cuando se plasman las cifras relativas a las mujeres se considera como variable "género", lo cual es equivocado.

53 Se refiere a la categoría "Género".

54 Saltzman, Janet. Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio. Ediciones Cátedra, S.A. Madrid, 1992. p.35.

El género es una construcción social, por la cual se revisten comportamientos, sentimientos, formas de ver la vida, expectativas sociales, papeles y roles diferenciados para hombres y mujeres. Evidencia las desigualdades socioculturales existentes entre hombres y mujeres; es un concepto que abarca tanto a unos como a otras, como una categoría de análisis comparativo que permite evidenciar la condición, situación y posición que históricamente han tenido los hombres y las mujeres, la cual atraviesa clases sociales, etnias, nacionalidades.

1.2. Enfoque de género

El enfoque de género es un recurso para trazar estrategias que eleven las condiciones de las mujeres.

Consiste en visibilizar la condición, situación y posición de las mujeres, en una sociedad, situación o contexto social determinados, con el objeto de impulsar su transformación para favorecer la eliminación de la discriminación y la inequidad existentes, a través de medidas idóneas para satisfacer, mediante su participación, sus necesidades prácticas y estratégicas.

Busca propiciar el acceso de las mujeres a los servicios (salud, educación), a la justicia, al crédito, a la tenencia de la tierra, a la participación política, etc. Por medio del empoderamiento individual y colectivo, la sensibilización y capacitación de los prestadores de servicios, las autoridades (el poder central y local), la asignación de recursos del Estado, de la comunidad y de la cooperación.

1.3. Igualdad

El principio de igualdad a la par del principio de libertad, constituyen los valores iniciales para la construcción de los derechos humanos. Sobre ellos se construyeron las democracias occidentales burguesas o liberales. Por el primero, se proclamó la igualdad ante la ley, con el objetivo de eliminar los privilegios de los que gozaban algunos individuos. Sin embargo, visto así se trata de una igualdad formal, consagrada en la ley, que no descende a la realidad que muestra las desigualdades existentes en sociedades dispares o en donde no todos los seres humanos gozan de los mismos derechos. Ello muestra que en determinados casos la aplicación del principio de igualdad formal, implica desigualdad para las personas menos favorecidas en la sociedad o colocadas en un plano de desigualdad con relación a otras.

De ahí que se busque la aplicación de ese principio, buscando elevar la situación de malestar y precariedad (en contraposición al bienestar, al goce de todos los servicios y oportunidades) para las personas y grupos excluidos. Definiéndolo entonces como "igualdad real", en búsqueda del cual algunos/as autores/as plantean la necesidad de tratar a los iguales como iguales y a dar un trato preferencial a los desiguales. O bien lo interpretan como la igualdad ante la ley y de la ley.

El principio de igualdad en la Constitución Política de la República de Guatemala, propende a la búsqueda de la igualdad real, sin omitir la igualdad ante la ley. Es así

como en el artículo 4, se refiere a la igualdad de responsabilidades y oportunidades para hombres y para mujeres, circunstancia que implica un ideal a alcanzar y que sólo podrá ser logrado en tanto haya una compatibilidad entre lo que indica la Constitución, el contenido de las leyes ordinarias y la realización de las políticas públicas.

1.4. Equidad

La equidad conlleva el principio de justicia, aquélla que Ulpiano en el Derecho Romano antiguo enunciaba con la idea de “dar a cada quien lo suyo”.

En tanto la igualdad es definida como “paridad, uniformidad, equilibrio, armonía, ecuanimidad. La equidad es definida como moderación, templanza, justicia natural y la justicia es definida como ‘la virtud que nos hace dar a cada cual lo que le corresponde’, como sinónimo de equidad. La justicia distributiva determina ‘la proporción en que deben repartirse las recompensas y los castigos’...

Según la filósofa española Amelia Valcárcel⁵⁵ la igualdad es una idea regulativa que surge del pensamiento de la Ilustración y se ha convertido en “el motor y el fundamento de las sociedades democráticas actuales”.

Según dicha autora, el concepto de igualdad se considera sinónimo de identidad y de justicia, esa justicia distributiva que trata a cada cual según lo que le corresponde y que ha de traducirse en equipotencia, en la tenencia de un poder simétrico, idéntico y por consiguiente en igualdad política, económica y social⁵⁶.

1.5. Discriminación

La discriminación está basada en la creencia de que unas personas son inferiores a otras, por diversos motivos como la etnia o raza, el sexo, la posición social o económica, la nacionalidad, la discapacidad, la enfermedad, la religión. Implica exclusión y fundamenta la opresión y la explotación. Está basada en el ejercicio del poder de unas personas sobre otras, de unos grupos sobre otros y, a través de los siglos ha llevado a la elaboración de prejuicios y estereotipos sobre la inferioridad de unos/as y la superioridad de otros/as⁵⁷.

En la etapa de la especificación de los derechos humanos⁵⁸, el derecho a la no discriminación ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

55 El Concepto de Igualdad. Editorial Pablo Iglesias. Madrid, 1994. P VIII.

56 Ibídem. p IX.

57 Morales Trujillo, Hilda. Manual de Aplicación para la clasificación de violaciones a los derechos humanos. Procuraduría de los Derechos Humanos. SE. Guatemala, 2004. P 37.

En tales instrumentos internacionales se establece que la discriminación implica: distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en algún aspecto como la etnia, el color, el origen nacional, el sexo o el estado civil⁵⁸.

Por motivos de sexo se ha excluido a las mujeres del disfrute de sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. Asimismo la violencia infligida en contra de ellas es una constante en todo el mundo y ha sido definida como la discriminación más extrema que encuentra sus causas en las históricas desiguales relaciones de poder entre hombres y mujeres.

La discriminación contra las mujeres se manifiesta, entre otros aspectos, con el sexismo, la misoginia, la ginopia, el doble parámetro, la sobregeneralización, la sobreespecificación, el lenguaje excluyente⁶⁰.

1.6. Violencia contra las mujeres

A los efectos de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, por VIOLENCIA CONTRA LA MUJER⁶¹ se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada.

Según el artículo 2 de dicha Declaración, la violencia contra la mujer abarca, sin limitarse a ellos, los siguientes actos: violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación. Asimismo, la violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada y también la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra.

Ya en 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General 19⁶², había establecido que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

58 Construida a partir del reconocimiento de los derechos humanos de personas, grupos y colectivos específicos que tradicionalmente han sido discriminados. Tiene su fundamento en el derecho a la igualdad y a la no discriminación, principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

59 Morales Trujillo, Hilda. *Ibidem*.

60 Cfr. Facio, Alda. Cuando el Género Suena, cambios trae. Metodología de análisis de género del fenómeno legal. ILANUD. San José, Costra Rica, 1992.

61 Asamblea General de las Naciones Unidas. Diciembre, 1993.

62 Adoptada por el mencionado Comité –encargado del seguimiento del cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su 11º Período de Sesiones.

Y, en 1993, como resultado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se llevó a cabo en Viena del 14 al 25 de junio, se había declarado que *la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas.*

De igual manera la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, establece que *la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Dicha violencia, de acuerdo con la Convención, trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultural, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.*

La Convención de Belém do Pará define la violencia contra la mujer como *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado... incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros,⁶³ violaciones, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o en cualquier otro lugar; y, c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. En el artículo 6, la Convención establece que [E]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación...*

En el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras (Campo Algodonero) contra México, de fecha 16 de noviembre de 2009, se expresa que [L]a violencia contra la mujer es un drama con varias dimensiones y expresiones. Es, sin duda, una de las **manifestaciones persistentes de discriminación más extendidas en el mundo**⁶⁴, que se refleja en un abanico que va desde expresiones sutiles y veladas hasta situaciones cruentas y violentas.

Queda claro entonces, que la violencia contra la mujer es la forma más extrema de discriminación y que a los términos de la Convención de Belém do Pará, los Estados Partes, deben [A]ctuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer⁶⁵.

63 Nótese que la Convención no se refiere a un numerus clausus de manifestaciones de violencia.

64 Las negrillas no aparecen en el original.

65 Cfr. Artículo 7, literal b.

2. Medidas de carácter preventivo

Las medidas de carácter preventivo, indispensables dentro de las estrategias generales sobre el litigio, deben formar parte de las políticas públicas y también de los planes, programas y proyectos desarrollados por las organizaciones comunitarias y no gubernamentales.

Entre ellas es vital la divulgación, la sensibilización y la capacitación sobre el derecho a la no discriminación y los derechos humanos de las mujeres, especialmente su derecho a una vida libre de violencia. De esta manera se da a conocer a las mujeres sus derechos y también cómo y dónde reclamar justicia ante la violación a tales derechos, en el contexto de una visión ciudadana democrática que permitirá eliminar la discriminación y, por el otro lado, también la sensibilización y la capacitación en esos temas, dirigida a operadores/as del sector justicia, hará viable la aplicación del contenido de las Convenciones sobre derechos humanos, lo que al respecto preceptúa la Constitución Política de la República, la legislación ordinaria y otras disposiciones legales de menor rango.

Sin embargo, una vez se suscite un caso concreto de discriminación y/o de violencia, es necesario que la persona agraviada cuente con apoyos interdisciplinarios que le permitan sostener la denuncia, evitar la revictimización y la impunidad, así como plantear y obtener su derecho a la reparación.

Una buena práctica que, sin embargo debe ser fortalecida con base en la experiencia de los casos concretos que atienden, así como financieramente, se encuentra en los Centros de Apoyo Integral para Mujeres Sobrevivientes de Violencia –CAIMUS⁶⁶–, cuya creación es impulsada por la Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y contra las Mujeres –CONAPREVI–; no obstante debe ser mejorado el Modelo de Atención Integral que se aplica en tales centros, con el fin de que se incluya la capacitación a las mujeres para el trabajo y por supuesto, que en los procesos que asesoran, desde el punto de vista jurídico también se ejercite la acción civil con el objetivo de lograr la reparación para las víctimas/sobrevivientes de violencia. Sin embargo, el concepto de reparación debe alcanzar no solamente el apoyo o acompañamiento inicial y durante el proceso, sino también después del mismo, a manera de seguimiento de los casos que haga posible el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres y su recuperación personal.

Tales apoyos deben establecerse a través de programas ejecutados por instituciones del Estado y/o por organizaciones no gubernamentales –preferiblemente con el financiamiento del Estado, a fin de que tengan sostenibilidad–. El equipo interdisciplinario debe estar conformado con especialistas en derechos humanos de las mujeres y la interculturalidad que sean sensibles a la problemática. Entre tales especialistas debe contarse con profesionales de la Psicología, del Derecho, Medicina, Trabajo Social.

66 Hasta la fecha existen CAIMU's en Guatemala, Quetzaltenango, Escuintla, Rabinal y Suchitupéquez. Diversas agrupaciones y organizaciones de mujeres han planteado la necesidad de contar en su Departamento, con un CAIMU, ante el Programa Gobernando con la Gente.

En un país multilingüe como Guatemala, los servicios que presten esos programas, deben contar con personal que conozca el idioma de las usuarias y en qué consiste la problemática de las mujeres, a fin de que la interpretación no sea puramente mecánica y tienda a tergiversar los hechos y declaraciones, sino que contribuya a que efectivamente se vean plasmados los intereses de las mujeres en el marco de sus derechos humanos específicos.

Otra experiencia positiva la constituye el Modelo de Atención Integral del Ministerio Público. Sin embargo, éste funciona únicamente en la Capital. Esta experiencia resulta exitosa en casos de violencia contra las mujeres cometida tanto en el ámbito privado como en el público. Las usuarias son atendidas desde un primer momento y, al mismo tiempo, por un/a auxiliar fiscal y una psicóloga. Luego de recibir la denuncia, se tramita en forma coordinada con los Juzgados de Turno, las medidas de seguridad y, entre tanto se refiere a las denunciadas a la oficina del Instituto Nacional de Ciencias Forenses –INACIF– que funciona en el mismo edificio y a la clínica de Médicos Sin Fronteras ubicada en esas instalaciones, en donde se les provee atención médica y en casos de violación sexual, se les provee también de un kit de emergencia para la prevención de infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH/SIDA y para la anticoncepción de emergencia.

Existen en el sector justicia, disposiciones para que el personal que labora en los departamentos en donde la población es mayoritariamente maya, se preste la atención en el idioma del lugar, sin embargo, esas disposiciones deben ser fortalecidas y capacitar a ese personal y/o a los/as intérpretes, en la problemática de la discriminación y la violencia contra las mujeres, según se ha expresado en un párrafo *ut supra*.

El sector justicia debe asimismo, contar con protocolos de atención, en los distintos idiomas que se hablan en el país, los cuales servirán de guía para cumplir con las diferentes etapas del proceso proveyendo una mejor atención a la víctima.

3. Estrategias para el litigio en casos concretos

Para elaborar las estrategias para el litigio en casos concretos, debe procederse a la escucha atenta y con empatía, de la narración que presente la víctima/sobreviviente, con el fin de hacer un análisis pormenorizado del caso, las circunstancias del hecho de discriminación y/o de violencia planteado, el ámbito en donde ocurrió y si se cuenta con testigos presenciales del mismo u otras pruebas al respecto.

Por supuesto y como se ha dicho en líneas anteriores, la atención a la denunciante debe hacerse en su propio idioma y en el caso de que quien la atiende no lo hable ni lo entienda, debe auxiliarse de un/a intérprete. Es necesario que quien haga las funciones de interpretación, conozca que la discriminación y la violencia no son hechos normales o naturales, que haya sido capacitada/o en los derechos humanos de las mujeres, en la teoría de género y sea sensible a tal situación.

Como establece la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, con la sola presentación de la denuncia de violencia contra la mujer, deben dictarse las medidas de seguridad enunciadas en el artículo 7 de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en el entendido de que la violencia es una forma

de discriminación tipificada como delito y, en ese sentido, procede la solicitud de tales medidas, también en el ámbito penal. Ello debe constituir una verdadera protección para la integridad y la vida de la sobreviviente/víctima en tanto se ordena la captura del agresor y, para que de esta manera la agraviada pueda ejercer su derecho a la libertad, fuera de coacciones y amenazas.

La víctima/sobreviviente debe gozar de un acompañamiento idóneo durante el proceso que facilite su empoderamiento, eleve su autoestima y le provea terapia emocional, con el objetivo no solamente de responder a su necesidad para salir del desorden de stress post traumático ocasionado por el hecho de discriminación y/o de violencia, sino para evitar que se retracte⁶⁷ de continuar en el proceso legal.

En todo caso, para evitar esa última situación, desde el punto de vista legal debe plantearse que la declaración de la víctima/sobreviviente se reciba como prueba anticipada⁶⁸. Debe entenderse que generalmente las mujeres se retractan de continuar en el proceso por diversos factores, entre ellos la desconfianza hacia el sistema, pero sobre todo como un resultado del stress post traumático, el círculo de la violencia y los síndromes de la mujer maltratada y de la indefensión aprendida –estos últimos se refuerzan por la socialización de género existente y en diversas instituciones públicas, privadas y religiosas, incluso por los medios de comunicación social-.

La Fiscalía de la Mujer, en la Capital, ha promovido la obtención de dicha prueba anticipada, así como hace esfuerzos para que se rindan los informes médico/psicológicos o psiquiátricos de parte del INACIF, lo cual coadyuva para un consistente planteamiento de la acusación, sin que la presencia de la víctima/sobreviviente durante el debate oral y público sea indispensable.

Por otra parte también debe promoverse la participación de expertas/os que rindan peritajes de género, psicológicos y culturales, con el fin de facilitar la comprensión del hecho de discriminación y/o de violencia de parte de las/os juzgadoras/as.

Para que en el proceso se cuente con una participación activa de la víctima, debe buscarse la adhesión a la querrela, lo cual permite orientar o proponer los medios de prueba y desde luego, ejercer también la acción civil con el objeto de que se logre obtener sentencias que incluyan la reparación para la víctima/sobreviviente.

En la adhesión a la querrela no deben narrarse con exclusividad los hechos de discriminación y/o de violencia infligidos a la agraviada, sino después de relatarlos, es conveniente desglosarlos en los elementos constitutivos del delito, sobre todo en lo que corresponde a los verbos rectores (constitutivos del delito de discriminación y/o de violencia sexual, física, psicológica o económica) las circunstancias del mismo, el bien jurídico protegido, la participación del sindicado o sindicatos, lo cual permitirá un mejor encuadramiento de los hechos a las normas.

67 En la práctica se puede constatar cómo las mujeres sobrevivientes de violencia, luego de presentar la denuncia o durante el proceso, pretenden desistir del mismo o lo abandonan, lo cual contribuye a la impunidad y a que los hechos de violencia se repitan y puedan ser más graves o en determinados casos, llegar hasta el femicidio.

68 “Las juezas y jueces de primera instancia penal deben dar prioridad a la prueba anticipada de la declaración de la víctima practicada, para admitirla al calificar los medios de prueba propuestos. En virtud de que es innecesario con ella, que se presente la víctima a declarar al debate, para evitar la revictimización o victimación secundaria. Sic. Cfr. Protocolo de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. Escuela de Estudios Judiciales, Organismo Judicial. Guatemala, 2010. Pág. 34.

En los argumentos de la querrela es aconsejable no solamente citar la legislación nacional, sino también los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que respalden la querrela y los específicos de derechos humanos de las mujeres, a saber: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aplicables tanto a mujeres como hombres . Es de mucha utilidad, también citar la jurisprudencia existente en el país, las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las recomendaciones del Comité de Expertas sobre Violencia contra las Mujeres –CEVI- del Mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –MESECVI- y del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- de las Naciones Unidas, de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes de las Relatorías específicas sobre Discriminación y Violencia, del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, estudios especializados institucionales o de expertas/os independientes, nacionales o internacionales sobre casos similares.

Es vital proveer a la denunciante de un acompañamiento social constante con el fin de que no se sienta sola sino cuente con el apoyo solidario de su familia, de sus amistades y de su comunidad.

Debe tomarse en cuenta que si existen en el lugar servicios especializados para atender a las mujeres en casos de discriminación y/o de violencia, como los CAIMU´s u otros, resultará de mucha utilidad y acompañamiento para las mujeres, que sean referidas a tales servicios. Los CAIMU´s, de acuerdo con el Modelo de Atención Integral para Mujeres Sobrevivientes de Violencia, cuentan con albergues para alojar a las mujeres, sus hijas e hijos, en casos de peligro extremo.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala, 1985.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Diciembre de 1,993.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Brasil, 1994.

Comité sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Recomendación General No. 19. 11º Período de Sesiones. 1992.

CONAPREVI. Modelo de Atención Integral para Mujeres Sobrevivientes de Violencia. Guatemala, 2008.

Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. 1993.

Congreso de la República de Guatemala. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

Violencia Intrafamiliar. Guatemala, 1996.

Congreso de la República de Guatemala. Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. Guatemala, 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en el caso González y otras ("Campo Algodonero) Vs. México. San José, Costa Rica, 16 de noviembre de 2009.

De Beauvoir, Simone. El Segundo Sexo. La Experiencia. El Gráfico Impresores. Nicaragua. SF

Escuela de Estudios Judiciales. Protocolo de la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer. Organismo Judicial. Guatemala, 2010.

Facio, Alda. Cuando el Género Suená, cambios trae. Metodología de análisis de género del fenómeno legal. ILANUD. San José, Costa Rica, 1992.

Lamas, Marta. La antropología feminista y la categoría "género". Nueva Antropología. Vol. VIII. No. 30. México, 1986.

Morales Trujillo, Hilda. Manual de Aplicación para la clasificación de violaciones a los derechos humanos. Procuraduría de los Derechos Humanos. SE. Guatemala, 2004.

Morales Trujillo, Hilda. Género, Mujeres y Justicia. Editorial Serviprensa. Guatemala, 2006.

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Reyes Escobar, José Octavio, comp. Recopilación de los Convenios Internacionales en Materia de Derechos Humanos de los cuales es parte la República de Guatemala. Ministerio de Relaciones Exteriores. Tipografía Nacional. Guatemala, 1990.

Saltzman, Janet. Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio. Ediciones Cátedra, S.A. Madrid, 1992.

Stern, Steve J. La Historia Secretar del Género. mujeres, hombres y poder en México en las postrimerías del período colonial. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1999.

Valcárcel, Amelia. El Concepto de Igualdad. Editorial Pablo Iglesias. Madrid, 1994.

Litigio en casos de discriminación de género en Guatemala

Carmen López de Cáceres⁷⁰

Introducción

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) establece en su artículo 1 que discriminación contra la mujer es toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Las brechas entre las mujeres y los hombres en Guatemala, derivadas de la diferencia del ejercicio de sus derechos, son amplias debido al sistema patriarcal que por siglos se ha mantenido en nuestra sociedad, esto se evidencia con algunos ejemplos: entre las personas que tienen menos acceso a la educación están las mujeres, y entre las mujeres las que más dificultades confrontan son las mujeres indígenas, de igual manera cuando se revisan datos de servicios de salud, éstas tienen menos oportunidad de acceder a los mismos (véase los registros del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social), son las mujeres las que tienen menos bienes y las que reciben las remuneraciones más bajas, además, los puestos de decisión están copados por hombres (en el Congreso de la República los diputados son 138 y únicamente 20 mujeres diputadas; de 333 alcaldías sólo 4 están ocupadas por mujeres, los 13 ministerios de Estado están encabezados por hombres).

La discriminación contra la mujer se hace más evidente cuando se analizan los casos de violencia en sus varias dimensiones y expresiones, que para vergüenza y pena, colocan a Guatemala entre los primeros países con más violencia. En respuesta a esta situación, Guatemala se ha obligado a establecer políticas generales de orden público que protejan de la violencia a la población en general, y a las mujeres en particular, por ser Estado Parte de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belem do Para-; políticas que den como resultado reducir o neutralizar los usos y costumbres de tolerancia hacia la violencia contra las mujeres-.

Al ser parte de la Convención mencionada, Guatemala ha reconocido que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y que esta violencia trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su

70 Abogada y Notaria guatemalteca, feminista, con Post grado en Estudios de Género y estudios de postgrado en Defensa Constitucional y Derechos Humanos. Docente a nivel universitario y con personal del Sistema de Justicia en Centro América. Consultora, asesora, investigadora, expositora y facilitadora en los temas de Derechos Humanos, con énfasis en derechos humanos de las mujeres, pueblos indígenas y derechos laborales.

clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases; agregando su convencimiento de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

La violencia contra las mujeres tiene como máxima expresión la muerte provocada de éstas y las bases se encuentran fuertemente enraizadas en la discriminación que aparece en todas las estructuras sociales, culturales, políticas y económicas por lo que para erradicarla es necesaria la confluencia de conocimientos, experiencias y acciones interdisciplinarias.

Las feministas, el movimiento de mujeres y la institucionalidad de las mujeres en Guatemala, con el apoyo de mujeres del mundo, el apoyo de países amigos y, de alguna manera, de los medios de comunicación, lograron que la muerte violenta de las mujeres provocada por el hecho de serlo se le tipifique como delito de femicidio y con ello hacer visible este flagelo, además de la tipificación de las otras manifestaciones de la violencia. Lo anterior permite que estos crímenes, que se habían mantenido invisibilizados, puedan evidenciarse como la expresión más terrible del continuo de la violencia que viven las mujeres ante la permanencia de una cultura patriarcal.

La muerte violenta y provocada a la mujer es la consecuencia última de un intento explícito del agresor por controlarle su cuerpo y/o sus actuaciones, es un fenómeno histórico de orden social, no es un asunto privado, es un fenómeno que afecta a toda la sociedad.

Estos crímenes pueden ser realizados por personas con quienes la víctima mantiene un vínculo afectivo, de amistad o social o por personas desconocidas para la víctima. Puede ser perpetrado de manera individual o colectiva, e incluso por el crimen organizado. Lo común en este crimen es el odio y sanción ante la autoafirmación femenina, el deseo de control y el sometimiento de la voluntad y el cuerpo de las mujeres.

Lamentablemente, pese a los esfuerzos que se han realizado, que seguramente no han sido los suficientes ni los más idóneos, la situación de Guatemala es particularmente grave, debido a la magnitud del hecho que la coloca entre los primeros lugares de los países de América Latina.

La mayoría de los crímenes se mantienen en la impunidad, no obstante la existencia de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, además de otras leyes que incluyen delitos que generalmente se comenten contra las mujeres y las que norman las medidas de seguridad o de protección, como son la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y trata de personas, vigente a partir del año 2009 y la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, con más de diez años de vigencia.

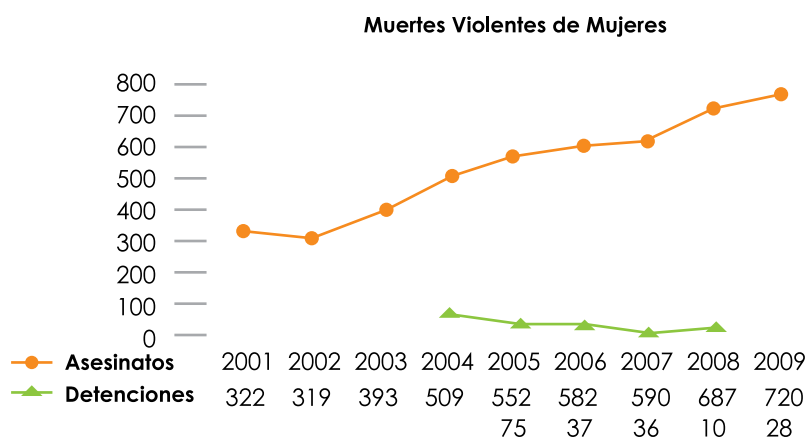
Por lo anterior, es urgente continuar con las acciones que reduzcan los niveles de impunidad al impartir justicia oportuna y eficaz, y así evitar la invitación al crimen que por hoy sucede en Guatemala al no ser sancionados los delincuentes.

Manifestación de la discriminación contra la mujer

Situación de violencia en Guatemala

La permanencia de la impunidad, la falta de acceso a la justicia de las mujeres, así como las deficiencias del Estado de Derecho, atentan directamente contra la dignidad y los derechos humanos; además que evidencian graves problemas del Estado para cumplir con los compromisos nacionales e internacionales asumidos mediante la ratificación los diferentes instrumentos de derechos humanos vinculantes de los que el país es Estado parte. Además de las dos convenciones antes mencionadas.

La suma de muertes siguen incrementándose, la Policía Nacional Civil ha reportado que en el año 2006 fueron asesinadas 587 mujeres; 590 casos en el 2007; 687 casos en el 2008 y en el año 2009 reportó 720 casos, es decir 2, 584 muertes violentas de mujeres en cuatro años de registro. La mayoría de los cuerpos muestran signos de tortura y violación sexual. El 48% de las víctimas oscilan entre los 16 y 30 años de edad. Véase a continuación los datos de muertes violentas en general y la línea continua ascendente de las cifras de muertes de mujeres reportadas por la Policía Nacional Civil, así como los niveles de impunidad.



Con la información recabada directamente desde la fuente primaria, se comprueba que en el año 2009 la inseguridad ciudadana se manifestó en el aumento de muertes violentas en general, que ascendieron a 6,498, incluyendo 720 muertes de mujeres.

La tasa de homicidios se mantuvo por encima de 48 homicidios por cada 100,000 habitantes, y el 83% de las muertes fue ocasionado por arma de fuego.

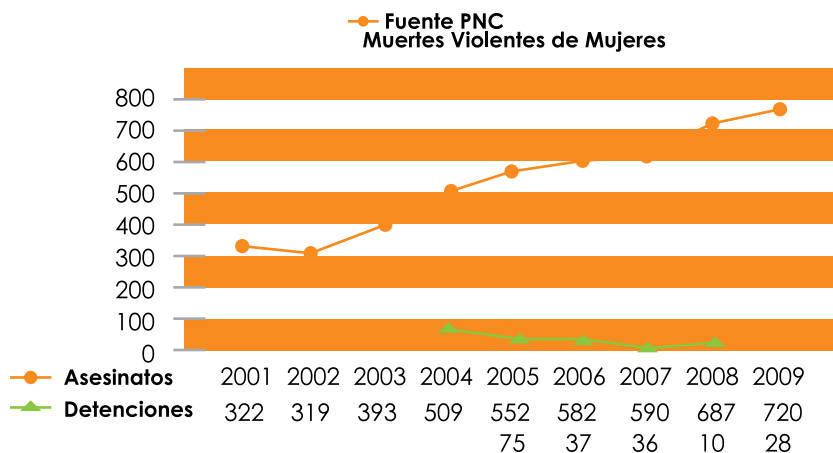
El Ministerio Público reporta más de 31,000 denuncias presentadas por violencia contra las mujeres.

El Organismo Judicial registra que a partir de la vigencia de la Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer (mayo 2008) ingresaron a los tribunales del país 17,687 casos en total.

Por el delito de femicidio se conocen 92 casos (2 niñas incluidas).

En igual período se han emitido 75 sentencias basadas en dicha Ley (18 absolutorias y 57 condenatorias), de éstas se han emitido 11 sentencias condenatorias por el delito de femicidio (1 femicidio en grado de tentativa)- las que se detallan a continuación.

Sentencias por el Delito de Femicidio emitidas al 31 de diciembre 2009, a partir de la fecha de vigencia de la Ley Contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer (15 de mayo 2008)⁷¹.



71 Fuente: Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Datos parciales en virtud que a marzo 2010 se estaba recibiendo e ingresando información.

Órgano Jurisdiccional:	Relación Víctima y acusado	Edad víctima	Edad hechor	Sentencia
Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Alta Verapaz (Municipio de Fray Bartolomé de las Casas, Alta Verapaz)	Esposo	18-26	37-54	Cuarenta años de prisión incommutables
Juzgado Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de Guatemala (Calzada José Milla y Vidaurre zona 6 de esta ciudad)	Ninguna	No dice	16-18	Cuatro años y medio de prisión
Tribunal Octavo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala (Municipio de Chinautla del Departamento de Guatemala)	conviviente	18-36	37-54	Treinta años de prisión incommutables
Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Villa Nueva del Departamento de Guatemala (Villa Nueva)	Ninguna	18-36	18-36	Cincuenta años de prisión incommutables
Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Villa Nueva del Departamento de Guatemala (Municipio de Villa Nueva del Departamento de Guatemala)	Laboral y conviviente	18-36	18-36	Treinta años de prisión incommutables
Juzgado de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de Coatepeque del Departamento de Quetzaltenango (Colonia El Pedregal II zona 6 del Municipio de Retalhuleu,)	Noviazgo	16-18	16-18	Dos años y libertad asistida por el mismo período.

Órgano Jurisdiccional:	Relación Víctima y acusado	Edad víctima	Edad hechor	Sentencia
Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Quetzaltenango (zona 5 de la Ciudad de Quetzaltenango)	Ex noviazgo	18-36	18-36	Seis años de prisión por el delito de abusos deshonestos violentos; seis años de prisión por robo agravado y veinte años de prisión por el delito de femicidio en el grado de tentativa.
Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Quetzaltenango (Aldea Pachaj del Municipio de Cantel del Departamento de Quetzaltenango)	Esposo	55-72	55-72	Veinticinco años de prisión inconvertibles
Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Quiché (Carretera de terracería que conduce de San Antonio Ilorenango a Totonicapán)	Establecer relación (Maya-intérprete)	14-17	18-36	Veinticinco años de prisión inconvertibles Pena accesoria: Inhabilitación absoluta
Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Santa Rosa (Aldea Monte Verde del Municipio de Nueva Santa Rosa del Departamento de Santa Rosa)	Ninguna	37-54	18-36	Cuarenta años de prisión inconvertibles
Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Zacapa (Aldea Mayuelas del Municipio de Gualán del Departamento de Zacapa)	Extramarital	37-54	37-54	Treinta años de prisión inconvertibles

Argumentación en las sentencias (la numeración coincide con el numeral de cada caso del cuadro anterior):

Fecha de Sentencia: 23 de julio de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Tipo de fallo: Unánime

Argumentación del Tribunal: La conducta atribuida al imputado se encuadró dentro de la norma, ya que el acusado se valió de la relación familiar y conyugal, no respetando el bien jurídico tutelado: "la vida de una persona". De conformidad con los hechos acreditados se suscitaron circunstancias agravantes: abuso de superioridad, pues era evidente la superioridad física entre víctima y victimario; menosprecio del lugar, ya que el acusado ejecutó el delito en la misma residencia de la agraviada; menosprecio a la ofendida, pues el acusado actuó en contra de su esposa sin importarle la edad y sexo, con crueldad.

Penas: Cuarenta años de prisión inconvertibles

Datos de la Sentencia:

Delito: Femicidio

Fecha de Sentencia: 21 de enero de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Argumentación del Tribunal: En base a que la Juzgadora puede apreciar misoginia en el actuar del acusado ya que con desprecio y subestimación hacía la víctima por ser mujer le disparó con un arma de fuego por atrás en la cabeza, causándole la muerte en forma violenta dejando en claro una relación desigual de poder de género en contra de la occisa por el hecho de ser mujer.

Penas: Cuatro años y medio de privación de libertad en régimen cerrado en un centro especial de cumplimiento.

Penas accesorias: Comiso de arma de fuego tipo pistola color negro, cacha de plástico, marca Bull, modelo G-Cherokee, calibre 9 mm, registro GG 11028 de fabricación israelí, junto a su cargador; dos casquillos de arma de fuego, dos proyectiles encamisados y 2 fragmentos de encamisados.

Datos de la Sentencia:

Delito: Femicidio

Fecha de Sentencia: 30 de abril de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Tipo de fallo: Unánime

Argumentación del Tribunal: Análisis de las pruebas presentadas y tomando en cuenta la reiterada manifestación de violencia contra la víctima el cual fue cometido contra la vida, bien jurídico tutelado en el presente caso.

Penas: Treinta años de prisión inconvertibles

Penas accesorias: Comiso del arma de fuego tipo pistola, marca Arcus modelo 94, calibre 9 mm P, registro 25 GH 100104, largo de cañón 118 mm, a favor del Organismo Judicial.

Datos de la Sentencia:

Delito: Femicidio

Fecha de Sentencia: 30 de julio de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Tipo de fallo: Unánime

Argumentación del Tribunal: Analiza el Tribunal en principio y en teoría, que las mujeres

son “ser” humano, pero no se les da el mismo trato a las víctimas cuando éstas son mujeres que cuando son hombres. Dicha desigualdad de género, marca las diferencias jerárquicas entre las mujeres y los hombres que, en las sociedades patriarcales, se expresan en diversas formas de subordinación y discriminación de las mujeres por parte de los hombres. Ambas definiciones se tomaron del Glosario sobre Terminología de Género (primera edición, Guatemala 2003, Litografía Watcha).

Además, el Tribunal se fundamentó en la doctrina específicamente en el documento: Feminismo, Género y Patriarcado de las autoras Alda Facio y Lorena Fries, que las relaciones desiguales de poder respecto al término patriarcado, indican que la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres, ya que se ha concebido a mujeres y hombres como legalmente iguales y esto a simple vista y en teoría es fácil de concebir; pero ese no ha sido el caso al menos en los últimos cinco a seis mil años; porque desde el punto de vista histórico, las diferencias entre los sexos y la desigualdad legal están estrechamente ligadas.

En el presente caso se describe el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación, y de acuerdo al Manual de Psiquiatría, DSM IV, Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, Masson, tercera edición, The American Psychiatric Press, (F65.6 Sadismo Sexual 302.84), puede concluirse que concurren características del sadismo sexual, por cuanto éstas implican actos de sufrimiento físico, psicológico de la víctima. Cabe mencionar que este tipo de tendencias sádicas y masoquistas en ningún momento son consideradas científicamente como disminución en la capacidad de los individuos, como para argumentar alguna causa de inimputabilidad.

Pena: Cincuenta años de prisión incommutables

Pena accesoria: Inhabilitación absoluta

Datos de la Sentencia:

Delito: Femicidio

Fecha de Sentencia: 29 de octubre de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Tipo de fallo: Unánime

Argumentación del Tribunal: Se concluyó que las relaciones desiguales de poder existentes se dieron en el presente caso, tanto en el ámbito público como privado al existir relación de dependencia, ella como niñera y él como padre de un niño de nueve años; además en el ámbito privado existió relación de convivencia ya que se probó que vivían en la misma residencia tanto la víctima como el victimario desde hacía ocho años aproximadamente.

Quedó probado el odio o desprecio a la víctima por la forma que se encontró el cadáver, la forma en que le quitó la vida y el hecho de realizar acciones en contra de ésta antes de causarle la muerte, toda vez que se informó que dentro de la residencia se escuchaban gritos de voz femenina, con lo que se establece que fue objeto de agresiones previas a su muerte.

Dicho fallo se fundamentó de acuerdo a la experiencia, a la lógica, a la valoración de la prueba aportada, a los hechos probados y basándose además en doctrina y legislación internacional, tal como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belem Do Pará y la CEDAW, Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Pena: Treinta años de prisión incommutables

Pena accesoria: Inhabilitación absoluta

Datos de la Sentencia:

Delito: Femicidio y aborto con o sin consentimiento

Fecha de Sentencia: 1 de julio de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Argumentación del Tribunal: El adolescente realizó actos personales de manera voluntaria con conocimientos de los mismos jurídicamente relevante y querida por él, consistentes en que el lugar, fecha y formas indicadas en la descripción de los hechos acreditados ocasionó la muerte a la agraviada.

Pena: Privación de libertad en centro especializado de cumplimiento de régimen cerrado por dos años y libertad asistida por el tiempo de dos años.

Datos de la Sentencia:

Delito: Abusos deshonestos violentos, robo agravado y femicidio en grado de tentativa

Fecha de Sentencia: 16 de septiembre de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Tipo de fallo: Unánime

Argumentación del Tribunal: De conformidad con la prueba aportada y con la doctrina sostenida por Enrique Bacigalupo en su obra: "Lineamientos de la Teoría del Delito", tercera edición, Editorial Hammurabi S.R.L. Argentina, año 1994 pág. 134 y la calificación legal de los delitos.

Pena: Seis años de prisión por el delito de abusos deshonestos violentos; seis años de prisión por el delito de robo agravado y veinte años de prisión por el delito de femicidio en el grado de tentativa.

Datos de la Sentencia:

Delito: Femicidio

Fecha de Sentencia: 4 de diciembre de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Tipo de fallo: Unánime

Argumentación del Tribunal: Con conocimiento de los mismos y con una finalidad jurídicamente relevante, buscada por el procesado, consistentes en el lugar, fecha, hora y forma indicadas en la descripción de los hechos: en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombre y mujer; en lo que corresponde al elemento de culpabilidad, fundamentación en doctrina, en la existencia de tres elementos: a) el conocimiento de la antijuricidad del acto por parte del autor b) capacidad de culpabilidad del autor y c) exigibilidad de otra conducta.

Pena: Veinticinco años de prisión incommutables

Datos de la Sentencia:

Delito: Femicidio

Fecha de Sentencia: 24 de noviembre de 2009

Tipo de Sentencia: Condenatoria

Tipo de fallo: Unánime

Argumentación del Tribunal: Se prueba el móvil del delito, es decir la renuncia de la occisa a convivir maritalmente con el acusado, el acoso y las amenazas de muerte que éste le profería ante su negativa. Tal como fue fundamentado con la prueba valorada y en doctrina, en el informe de la CEPAL "El Derecho a Vivir una Vida Libre de Violencia en América Latina y el Caribe", de octubre de 2007, elaborado por Sonia Montañó y Diane Alméras, que en la página 75 indica que el Femicidio es una expresión de violencia que tiene diversas manifestaciones según el espacio social en que ocurre y los rasgos del perpetrador, ya sea por parte de una pareja o expareja en el espacio privado o como punto final de la violencia sexual en el ámbito público.

Pena: Veinticinco años de prisión incommutables

Pena accesoria: Inhabilitación absoluta

Datos de la Sentencia:**Delito:** Femicidio**Fecha de Sentencia:** 1 de octubre de 2009**Tipo de Sentencia:** Condenatoria**Tipo de fallo:** Unánime**Argumentación del Tribunal:** Con base en la prueba pericial, testimonial y documental

producida durante el debate y aplicar sobre ellas las reglas de la sana crítica razonada y sus elementos como son la experiencia, la lógica, la psicología, el sentido común y el debido razonamiento.

Pena: 40 años de prisión incommutables**Pena accesoria:** Comiso de arma de fuego tipo revólver marca Taurus, calibre punto 38, número de registro 1,868,999 a favor del Organismo Judicial e inhabilitación absoluta.**Datos de la Sentencia:****Delito:** Femicidio**Fecha de Sentencia:** 25 de noviembre de 2009**Tipo de Sentencia:** Condenatoria**Tipo de fallo:** Unánime**Argumentación del Tribunal:** Análisis de la prueba diligenciada (pericial, testimonial, documental, material y científica), así como el auxilio de la doctrina: utilizando prueba indiciaria o prueba de indicios del Autor José Cafferata Nores.**Pena:** Treinta años de prisión incommutables**Pena accesoria:** Inhabilitación absoluta, comiso y pérdida de los objetos instrumentos del delito.

Conclusiones y Retos

La información expuesta y el análisis que se hace de los casos judiciales de femicidio con sentencia condenatoria, ratifican lo que se ha dicho en la teoría feminista:

- Estos crímenes pueden ser realizados por personas con quienes la víctima mantiene un vínculo afectivo, de amistad o social o por personas desconocidas para la víctima.
- Puede ser perpetrado de manera individual o colectiva, e incluso por el crimen organizado.
- Lo común en este crimen es el odio y sanción ante la autoafirmación femenina, el deseo de control y el sometimiento de la voluntad y el cuerpo de las mujeres.
- No responde a coyunturas ni actores específicos.
- Ocurre tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado.
- Puede ocurrir en las esferas públicas y privadas: casa, centro laboral, centros educativos, en la calle.
- Las víctimas son mujeres sin ninguna distinción de clase, etnia, opción sexual, raza y/o edad.

Ante los altos niveles de violencia e impunidad y la situación tan compleja para

encontrarle soluciones de efecto inmediato, en distintos espacios de la sociedad civil y de la institucionalidad de las mujeres, así como de la cooperación internacional, se hacen estas interrogantes: ¿Qué hacer?, ¿Cómo confrontar la problemática de discriminación y su manifestación extrema, el femicidio?, ¿Qué aspectos necesitamos conocer para comprender los femicidios en Guatemala, visibilizarlos, prevenirlos y sancionarlos? ¿Cómo articular esfuerzos para llegar al ideal de su erradicación y a la conformación de una sociedad con justicia de género, y en donde la ciudadanía de las mujeres no sea únicamente una cuestión discursiva sino una práctica real? Estas son algunas de las preguntas que se plantean ante la permanencia e incremento de los crímenes de odio contra las mujeres, que son un correlato de una cultura patriarcal que sigue subordinando a las mujeres, y en donde la violencia se ejerce como mecanismo de control y dominación social.

Con la aprobación de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de violencia contra la Mujer y las otras leyes mencionadas se cuenta con herramientas jurídicas para coadyuvar en la disminución de la discriminación contra las mujeres. Sin embargo, el problema es multicausal y por lo mismo también sus soluciones son de variada índole, siendo difícil trabajarlas todas simultáneamente. Por esto es necesario priorizar las acciones de acuerdo con las diversas posibilidades y recursos que se tienen. Sin embargo, se ha considerado urgente:

- El efectivo resarcimiento a las familias de las mujeres muertas: acceso y la aplicación de justicia; económica, psicológica, social y culturalmente, lo que implica el involucramiento comprometido de todas las instituciones encargadas de la seguridad y la justicia (los tres juzgados creados son un buen paso que obliga una respuesta similar del Ministerio Público, Policía Nacional Civil, Instituto Nacional de Ciencias Forenses, además de la actuación de litigio de buena fe del Instituto de Defensa Pública Penal). El litigio estratégico puede ser una herramienta creativa y poderosa de promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres, que puede incidir en los cambios positivos y promover la eficiencia y eficacia de los servicios de las instituciones de seguridad y Justicia.
- Ratificación por el Estado guatemalteco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional e implementación del Mecanismo Nacional del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Empoderamiento. El Estado debe asegurar que las mujeres sean debidamente informadas para el ejercicio pleno de sus derechos. Incluso poniendo a funcionar la propia Ley del Libre Acceso a la Información.

- Realizar campañas permanentes y eficaces para cambio del imaginario social.
- El Estado debe remover las barreras estructurales y administrativas de todos los sectores del sistema de justicia, que obstruyen o niegan el acceso de las mujeres a interponer recursos efectivos y de aplicación obligatoria y además, elaborar programas justos de reparación para las víctimas.

Para finalizar, no está de más reiterar que por ser Guatemala Estado parte de la

Convención de Belem do Para, ha reconocido expresamente, así lo ratificó en la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y que esta violencia trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases; por lo que todas las instituciones deben comprometerse y realizar las acciones necesarias para la eliminación de la violencia contra la mujer que le permita contar con las condiciones indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

Bibliografía

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belem Do Para"

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer

Instrumentos Legales Nacionales a favor de los derechos de las Mujeres. Convergencia Cívico Política de Mujeres/Convergencia Ciudadana de Mujeres. Primera Edición, Noviembre 2009. Talleres Maya Na'oj, Guatemala, Guatemala

Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial –CENADOJ-, Área de Documentación y Estadística Judicial, Organismo Judicial. Informador Estadístico del Organismo Judicial. Datos del año 2009. Ramo Penal: Sentencias Y Casos Ingresados Por Delitos Contemplados En La Ley Contra El Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer (Decreto 22-2008). Ramo Familia: Violencia Intrafamiliar (Versión electrónica)

Ministerio Público, Información Estadística del año 2009, solicitada con base en la Ley de Libre Acceso a la Información. Expediente 328-2010. Ministerio Público, Unidad de Información Pública: Guatemala, 29 de enero de 2010.

