

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a seated man in a cap, surrounded by various heraldic symbols including a crown, a lion, and a castle. The Latin motto "CETERA SPERBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 202 BIS DEL  
CÓDIGO PENAL, A FIN DE QUE LA DISCRIMINACIÓN  
POR LA ORIENTACIÓN SEXUAL, SEA CONSTITUTIVA  
DE DELITO**

**SILVIA DEL CARMEN BALLINAS**

**Guatemala, febrero de 2015**

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

**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 202 BIS DEL  
CÓDIGO PENAL, A FIN DE QUE LA DISCRIMINACIÓN  
POR LA ORIENTACIÓN SEXUAL, SEA CONSTITUTIVA  
DE DELITO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**SILVIA DEL CARMEN BALLINAS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, febrero de 2015

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

<b>DECANO:</b>	Lic. Avidán Ortiz Orellana
<b>VOCAL I:</b>	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
<b>VOCAL II:</b>	Licda. Rosario Gil Pérez
<b>VOCAL III:</b>	Lic. Juan José Bolaños Mejía
<b>VOCAL IV:</b>	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
<b>VOCAL V:</b>	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
<b>SECRETARIO:</b>	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICÓ**  
**EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

<b>PRESIDENTE:</b>	Lic. Juan Ramón Peña Rivera
<b>VOCAL:</b>	Licda. Blanca Estela Osorio Sagastume
<b>SECRETARIA:</b>	Licda. Karin Virginia Romero Figueroa

**Segunda Fase:**

<b>PRESIDENTA:</b>	Licda. Eloísa Ermila Mazariegos Herrera
<b>VOCAL:</b>	Licda. Yackeline Ziomara Archila Chávez
<b>SECRETARIO:</b>	Lic. José Luis Farfán Mancilla

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



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



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 16 de mayo de 2014.**

Atentamente pase al (a) Profesional, ELVIA AMANDA RAMÍREZ CHÁVEZ  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
SILVIA DEL CARMEN BALLINAS, con carné 200119164,  
 intitulado NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 202 BIS DEL CÓDIGO PENAL, A FIN DE QUE LA DISCRIMINACIÓN POR LA ORIENTACIÓN SEXUAL, SEA CONSTITUTIVA DE DELITO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

**DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA**  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 02 / 06 / 2014 . f)

Asesor(a)





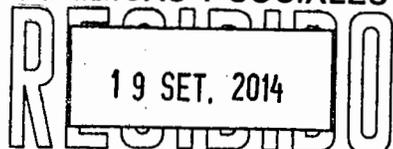
**LICDA. ELVIA AMANDA RAMÍREZ CHÁVEZ**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala 19 de septiembre de 2014

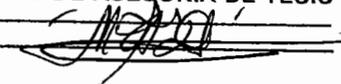
Doctor:

**Bonerge Amilcar Mejía Orellana**  
**Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Su Despacho.**

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora: \_\_\_\_\_  
Firma: 

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha dieciséis de mayo de dos mil catorce, fui designada por su despacho para proceder a la asesoría de tesis de la bachiller **SILVIA DEL CARMEN BALLINAS** con carné numero 200119164, intitulado: "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 202 BIS DEL CÓDIGO PENAL, A FIN DE QUE LA DISCRIMINACIÓN POR LA ORIENTACIÓN SEXUAL, SEA CONSTITUTIVA DE DELITO"; Para lo cual manifiesto lo siguiente.

- I. El contenido científico y técnico de la tesis se desarrolla en una descripción de las teorías que abordan el derecho de igualdad como base para la no discriminación, desde su historia hasta la legislación vigente con respecto a este tema.
- II. La metodología utilizada en el trabajo de investigación fue descriptiva, explicativa y comparativa, mediante las cuales se logró establecer que actualmente existe discriminación por la orientación sexual de las personas, en materia laboral, penal y familiar, y que en el Código penal vigente, el delito de discriminación establece una protección parcial porque no incluye que toda distinción, exclusión, restricción o preferencia se pueda basar en la orientación sexual para que sea constitutivo de delito.
- III. Las técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actualizada y relacionada con el tema.
- IV. La redacción utilizada durante el desarrollo de la tesis es la adecuada. Los objetivos se alcanzaron en su totalidad al establecer la necesidad de reformar el el Artículo 202 bis del Código Penal Decreto 17-73 de Congreso de la República.

El contenido del trabajo de tesis tiene relación con la conclusión discursiva siendo la bibliografía empleada y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos.

LICENCIADA

*Elvia Amanda Ramírez Chávez*  
ABOGADA Y NOTARIA



**LICDA. ELVIA AMANDA RAMIREZ CHAVEZ  
ABOGADA Y NOTARIA**

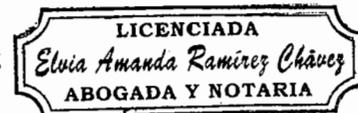
- VI. El trabajo, denota esfuerzo, dedicación, empeño e innovación; Personalmente Me encargue de guiarla durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos anotados, logrando la comprobación de la Hipótesis.
- VII. Por lo tanto apruebo el trabajo de investigación y expresamente declaro que no Soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

En razón de lo anterior, la tesis cuenta con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el examen Público General, siendo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con el trámite que corresponde, previo aptar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogada y Notaria.

Sin otro particular me suscribo con un saludo cordial.

Deferentemente;

**Licda. Elvia Amanda Ramirez Chávez**  
**Asesora**  
**Colegiada 8,888**



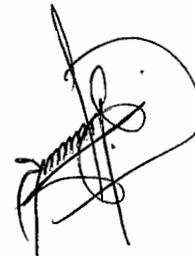


**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SILVIA DEL CARMEN BALLINAS, titulado NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 202 BIS DEL CÓDIGO PENAL, A FIN DE QUE LA DISCRIMINACIÓN POR LA ORIENTACIÓN SEXUAL, SEA CONSTITUTIVA DE DELITO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
SECRETARIA  
GUATEMALA, C. A.

BAMO/srrs  


  
Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
DECANATO  
GUATEMALA, C. A.





## DEDICATORIA

- A Dios: Mi agradecimiento eterno de todo corazón por ser mi fuente de Sabiduría, fortaleza y perseverancia, por darme entendimiento en los Momentos que más lo necesité. Gracias, Padre, porque sin ti este sueño no se hubiese convertido en realidad.
- A mi madre: Francisca Ballinas Hernández (Q.E.P.D), gracias mamita por el ejemplo de lucha y valentía, por darme como enseñanza principios de honestidad, perseverancia, y por hacer de mí la persona que soy, y que donde te encuentres envíes tu bendición por un logro más en mi vida.
- A Pablo: El compañero de mi vida de forma muy especial, por ser parte de este sueño, por tu esfuerzo y motivación para convertirlo en realidad, gracias mi amor, tu apoyo fue muy importante para mi, este triunfo es de los dos.
- A mis hijas: Scarlett, Jacqueline y Natalie, reciban este triunfo como ejemplo de mi esfuerzo y perseverancia, para que ustedes puedan seguirlo y así lograr todo que se propongan, adelante princesas, las amo mucho, saben que cuentan conmigo siempre.
- A mi nieta: Scarlett Fernanda, mi tercera generación con tu presencia has llenado de luz mi vida, todo mi cariño para ti, te amo.



A mis hermanos: Izabel (Q.E.P.D), Nivea, Efrain (Q.E.P.D), Flora, Olga, Arturo, Julio (Q.E.P.D), pero muy especialmente a Héctor mi gratitud y agradecimiento, gracias por tu apoyo incondicional, te amo.

A mis sobrinos: Con mucho cariño, especialmente a Kari Johana, gracias por compartir conmigo el mismo sueño, de ser profesionales del derecho y ser la motivación que me inspiro a seguir adelante.

A: La Licda. Elvia Amanda Ramírez y al Lic. Carlos Humberto Morales, gracias por el apoyo incondicional que he recibido de los dos, desde el inicio de mi carrera hasta la culminación de la misma, y por compartir sus conocimientos en la elaboración de este trabajo, Dios les bendiga.

A mis amigas: Araceli, Elizabeth, Liliana, mi grupo de estudio favorito desde que lo formamos nació una linda amistad, jamás olvidaré la mesita de estudio en donde sentíamos tan lejos este momento. Gracias por su amistad, siempre las llevaré en mi corazón.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala por dejarme ser egresada de la grande entre las grandes, pero muy especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formarme como Profesional y darme la oportunidad de ser orgullosamente San Carlista.



## PRESENTACIÓN

El objetivo de la presente investigación es dar a conocer como ciudadana guatemalteca la discriminación que se comete constantemente en contra de las personas por su orientación o su identidad sexual en nuestra sociedad, violando así los derechos que tienen como seres humanos, los cuales están contenidos en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos; en el mismo sentido hace referencia de que el hombre y la mujer; cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidades; la Carta Magna es clara en cuanto al derecho de igualdad en un ámbito general.

La investigación es cualitativa, se realizó con el objeto de reunir un conocimiento profundo del comportamiento humano y las razones que gobiernan tal comportamiento con lo cual se llegó a establecer los diferentes tipos de violaciones que sufren las personas con orientación sexual diferente en todos los ámbitos de la sociedad, siendo vedados sus derechos por la discriminación con que son tratados diariamente.

La rama cognoscitiva de la ciencia en la que se enfocó el presente trabajo es al derecho penal, ya que en Guatemala por ejemplo, se ha tipificado el delito de discriminación, contenido en el Artículo 202 bis del Código Penal, sin embargo, la redacción de dicha norma deja fuera la discriminación originada por la orientación sexual o identidad de género, causando dificultad a quienes son víctimas de discriminación por dicha causa, por lo que se considera pertinente la reforma de dicho cuerpo legal.



Se frece una visión dinámica de los distintos ámbitos, considerando los cambios estructurales producidos en cada sistema; además incluye la investigación de las transformaciones producidas a lo largo del tiempo y de su incidencia sobre la situación actual. Esto implica, en el plano socio comunitario y psicosocial, una investigación de carácter histórico o evolutivo; y, en el plano psicológico una investigación genealógica y/o biográfica. El análisis diacrónico permite explicar las situaciones actuales por referencia a factores antecedentes.

Al estudiar los distintos ámbitos de la realidad social como algo estático. Este análisis considera los factores y variables que inciden en una situación o ámbito concreto y que explican por qué se está produciendo en ese momento y en ese contexto un determinado problema. El análisis sincrónico; me ayudó al descubrimiento de las causas actuales, de las variables que, en ese momento, están incidiendo en un aspecto de la realidad social. Este tipo de análisis permitió considerar aquellos factores sociales y psicológicos que permanecen relativamente estables.

La reforma al Artículo 202 bis del Código Penal, Decreto 17-73, al incluir el delito de Discriminación por la orientación sexual o identidad sexual, podrá garantizar a las personas de diversidad sexual un desarrollo integral y consecuentemente un mejor nivel de vida. Así mismo esta reforma constituirá un verdadero reconocimiento al principio de igualdad en dignidad y derechos que tenemos todos los ciudadanos guatemaltecos sin excepción alguna.



## HIPÓTESIS

La vulnerabilidad de los grupos con orientación sexual diversa constituye un factor determinante para la inclusión de leyes y mecanismos que les otorguen igualdad y seguridad jurídica en la legislación guatemalteca.

La reforma del Artículo 202 bis del Código Penal, Decreto 17-73, al incluir el delito de discriminación por orientación o identidad sexual diferente, para que se produzca la correcta aplicación del principio de igualdad, instituido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala y un desarrollo integral y consecuentemente un mejor nivel de vida a las personas.



## COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Con la presente investigación se logró establecer que actualmente existe discriminación por la orientación sexual de las personas, en materia laboral, penal y familiar, y que en el Código Penal vigente, el delito de discriminación establece una protección parcial, pues en la actualidad es constantemente infringido, existiendo ese vacío referente a la discriminación por la orientación sexual o identidad sexual diferente, lo que mantiene un alto grado de vulnerabilidad a esa parte de la población, porque no incluye que toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual de las personas, sea constitutivo de delito.



## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional.....	1
1.1. Definición .....	2
1.2. Las normas jurídicas.....	2
1.3. Aspectos importantes de las normas jurídicas.....	4
1.4. Características de las normas jurídicas .....	8
1.4.1. Heteronomía .....	8
1.4.2. Exterioridad .....	8
1.4.3. Bilateralidad .....	8
1.4.4. Coercibilidad .....	9
1.5. Estructura de las normas jurídicas.....	9
1.5.1. Estructura formal.....	9
1.5.2. Estructura lógica .....	9
1.6. Clasificación de las normas jurídicas .....	10
1.6.1. Atendiendo al Estado que dicta las leyes y en el cual tendrán que aplicarse o sistema al que pertenecen.....	10
1.6.1.1. Normas jurídicas nacionales .....	10
1.6.1.2. Normas jurídicas extranjeras.....	10
1.6.1.3. Normas jurídicas de derecho uniforme .....	11
1.6.2. Atendiendo a su fuente .....	11
1.6.2.1. Normas jurídicas escritas .....	11
1.6.2.2. Normas jurídicas no escritas o consuetudinarias .....	11
1.6.3. Atendiendo al ámbito espacial de validez .....	12
1.6.3.1. Normas jurídicas generales.....	12





## CAPÍTULO II

	Pág.
2. Derecho de igualdad.....	25
2.1. Generalidades.....	25
2.2. Definición de igualdad.....	26
2.3. La igualdad y el derecho.....	27
2.4. Igualdad y equidad.....	29
2.5. La discriminación como una modalidad de desigualdad.....	30
2.5.1. Clasificación de la discriminación.....	34
2.5.2. Derecho antidiscriminatorio.....	35
2.6. Los criterios o doctrinas.....	37
2.6.1. Doctrina clásica o sex blind.....	37
2.6.2. Doctrina de la clasificación razonable.....	39
2.6.3. Doctrina de la clasificación sospechosa.....	39
2.6.4. Doctrina de las acciones positivas.....	40
2.7. Formas de discriminación.....	40
2.7.1. Discriminación por género.....	40
2.7.2. Discriminación por idioma.....	41
2.7.3. Discriminación por edad.....	42
2.7.4. Discriminación por religión.....	42
2.7.5. Discriminación de personas con discapacidad.....	43
2.7.6. Discriminación por enfermedad.....	43
2.7.7. Discriminación por orientación sexual.....	44



### CAPÍTULO III

	Pág.
3. La discriminación por la orientación sexual o identidad de género.....	45
3.1. Orientación sexual .....	45
3.2. Identidad de género .....	48
3.2.1. Tipos de identidad de género.....	48
3.3. Discriminación por orientación sexual.....	49

### CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico sobre la necesidad de reformar el Artículo 202 bis del Código Penal, Decreto 17-73.....	57
4.1. Código Penal guatemalteco .....	57
4.1.1. Antecedentes históricos .....	57
4.1.2. Reforma al Código Penal .....	60
4.2. Derecho comparado .....	62
4.2.1. México.....	62
4.2.2. Colombia.....	63
4.2.3. Bélgica .....	65
4.2.4. Canadá .....	66
4.2.5. Suecia .....	67
4.3. Propuesta de reforma al Código Penal guatemalteco.....	68
 <b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	 <b>71</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>73</b>

## INTRODUCCIÓN

El libre desarrollo de la sexualidad de los individuos es fundamental para que sean capaces de construir una personalidad equilibrada y autónoma. No obstante, los temas relacionados con la sexualidad son tratados de una forma muy incompleta y sesgada en la sociedad actual: por un lado los medios de comunicación y las distintas formas de ocio ofrecen una saturación de imágenes, modelos y conductas sexuales de muy diverso tipo (y con frecuencia son incluso conductas perjudiciales o degradantes), por otro lado, sin embargo, muchas personas todavía carecen de la información adecuada sobre sexo y las ideas erróneas sobre el mismo se perpetúan por no haber una capacidad crítica para juzgar todas esas imágenes e información indiscriminada. En general la sociedad ha adoptado uno o varios modelos concretos de ser hombre y de ser mujer que sirven como referencia para medir lo que supuestamente es "normal" o "anormal" y el consecuente trato que debe recibir cada uno. Estas categorías llevan tiempo siendo cuestionadas pero es mucho todavía lo que queda por conseguir si se quiere vivir en una sociedad abierta y libre de dogmas.

La reforma al Artículo 202 bis del Código Penal, Decreto 17-73, al incluir el delito de Discriminación por la orientación sexual o identidad sexual, podrá garantizar a las personas de diversidad sexual un desarrollo integral y consecuentemente un mejor nivel de vida. Así mismo esta reforma constituirá un verdadero reconocimiento al principio de igualdad en dignidad y derechos que tenemos todos los ciudadanos guatemaltecos sin excepción alguna. El Estado por medio de sus órganos competentes promueve políticas e investigaciones científicas sobre la igualdad y la no discriminación, tipificando como delito la discriminación de dichas personas, logrando así que se produzca la correcta aplicación del Principio de igualdad, instituido en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Partiendo de lo expuesto con anterioridad, el enfoque de la investigación está basada en cuatro capítulos, de los cuales el primero, se refiere a los deberes y derechos



garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala; en el segundo, lo relativo al derecho de igualdad; el tercer capítulo, Se refiere a la discriminación por la orientación sexual y el cuarto, es un análisis sobre la necesidad de reformar el Artículo 202 bis del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

La metodología utilizada en la presente investigación fue la descriptiva, explicativa y comparativa e inductiva, mediante las cuales se logró establecer que actualmente existe discriminación por la orientación sexual de las personas, en materia laboral, penal y familiar, y que el código Penal vigente, el delito de discriminación establece una protección parcial porque no incluye que toda distinción, exclusión, restricción o preferencia se pueda basar en la orientación sexual para que sea constitutivo de delito.

Al utilizar el método inductivo, se logró el estudio de los temas particulares para llegar a conclusiones generales para analizar el porqué de la necesidad de reformar el Artículo 202 bis del Código Penal, Decreto 17-73, para garantizar la correcta aplicación del Principio de igualdad, contenido en el Artículo 4 de la Constitución de la República de Guatemala.

Las Técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actualizada y relacionada con el tema de investigación, y con esto se da la presentación de un escrito formal que sigue una metodología reconocida. Las técnicas en la presente investigación fueron: La bibliográfica y documental.

Esperando contribuir de buena manera con la presente investigación para que la sociedad se enfoque plenamente en ver la capacidad de las personas y no su inclinación sexual.

## CAPÍTULO I

### 1. Derecho constitucional

Derecho Constitucional, es la rama del derecho encargada de analizar y controlar las leyes fundamentales que rigen al Estado. Su objeto de estudio es la forma de gobierno y la regulación de los poderes públicos, tanto en su relación con los ciudadanos como entre sus distintos órganos.

En forma más concreta, se puede determinar que el derecho constitucional se encarga de llevar a cabo el estudio de lo que es la teoría de los derechos humanos, la del poder, la de la Constitución y finalmente la del Estado.

El derecho constitucional pertenece al derecho público, se sustenta en la Constitución, un texto jurídico-político que fundamenta el ordenamiento del poder político. La Constitución es la norma suprema de un país, por lo que prevalece sobre cualquier otra normativa o ley.

## **1.1 Definición**

Según el licenciado Roberto De León Carpio, el Derecho Constitucional es la rama del derecho público que contiene las normas jurídicas básicas que regulan los principios y estructura del Estado y garantizan los derechos y libertades del pueblo.

Para Eduardo García Máynez, el Derechos Constitucional es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de estos entre sí y con los particulares.

## **1.2 Las normas jurídicas**

Toda organización social regula sus relaciones por normas de distinta índole, entendiéndose por norma toda regla de conducta obligatoria o no; dentro de las cuales se puede mencionar las normas morales, religiosas, sociales y jurídicas.

Las normas jurídicas son definidas como reglas de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un principio legal; y más específicamente como reglas que según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente y de modo incondicionado la libre voluntad humana. Dentro del ámbito del Derecho las normas jurídicas son reglas de conducta exterior, bilaterales, imperativas y coercitivas que regulan las acciones de los seres humanos con el fin de establecer un ordenamiento

justo de la convivencia humana, las cuales son creadas y puestas en vigor por el Estado; en su conjunto integran el ordenamiento jurídico del mismo

Se debe tener presente que el ordenamiento jurídico es uno de los elementos del Estado, el cual puede ser definido como la organización de la unidad social a través de un orden jurídico unitario. Respecto a la unidad, Luis Sánchez Agesta comenta: “Esa unidad tiene su punto de partida en un conjunto de normas de carácter fundamental que forman la Constitución Política de un país, ya que es en ésta donde se establecen principios relacionados con el orden y con el régimen político imperante, cuya realización está a cargo de los funcionarios que ejercen el poder público”<sup>1</sup>

Lo unitario se articula mediante determinaciones jurídicas que integran un sistema en el que no hay contradicciones, es decir que como sistema constituye un todo coherente y que sus partes son interdependientes entre sí pero configuran esa unidad completa que se desarrolla y cumple su función mediante la labor de los funcionarios, quienes están obligados a definir, realizar y garantizar ese orden; cumplen pues una función pública institucionalizada. Es pues, el ordenamiento jurídico un conjunto de normas jurídicas vigentes y positivas que se relacionan entre sí; que están escalonadas o jerarquizadas, que rigen en cada momento la vida del ser humano y de las instituciones de todas clases dentro de una nación determinada.

---

<sup>1</sup>Sánchez Agesta, Luis. **Historia del constitucionalismo español**. Pág. 122.

### **1.3. Aspectos importantes de las normas jurídicas**

Como anteriormente se definió, las normas jurídicas son reglas bilaterales, imperativas y coercitivas que dirigen la conducta exterior del ser humano dentro de una sociedad jurídicamente organizada; son reglas u ordenaciones del comportamiento humano dictadas por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción; generalmente impone deberes y confiere derechos. Se diferencia de otras normas de conducta en su carácter heterónimo, bilateral, coercible y externo. Por último, cabe mencionar también que los iusnaturalistas añadirán a la definición anterior "con miras al bien común."<sup>2</sup>

Para algunos, las normas jurídicas se diferencian de las reglas del Derecho, porque las primeras tienen intención prescriptiva, mientras que las reglas tienen carácter descriptivo. Inclusive de esta manera podrían estar presentes en un mismo texto.

Además, el término está muy relacionado con el de derecho; pues a este último concepto pueden atribuírsele diferentes sentidos, siendo uno de los más recurrentes el de ordenamiento o sistema de normas jurídicas.

---

<sup>2</sup> Prado, Gerardo, **Teoría del estado**, pág. 107



La relación entre ordenamiento jurídico y norma es el de todo con la parte, es de carácter cuantitativo; el ordenamiento jurídico estaría constituido por el conjunto de las normas jurídicas.

Es común que se confunda el concepto de norma jurídica con el de ley o legislación, sin embargo, la ley es un tipo de norma jurídica pero no todas las normas son leyes, pues son normas jurídicas también los reglamentos, órdenes ministeriales, decretos y, en general, cualquier acto administrativo que genere obligaciones o derechos. Cabe agregar que constituyen normas jurídicas aquellas emanadas de los actos y contratos celebrados entre particulares o entre éstos y órganos estatales cuando actúan como particulares, sujetándose a las prescripciones de derecho privado.

Las normas jurídicas tienen esencialmente dos funciones: una motivadora y una protectora. La función motivadora consiste en que la norma trata de motivar para que se abstengan de violar las condiciones de convivencia y en especial, de dañar ciertos bienes jurídicos. Despliega sus efectos ex ante; por ello, la sanción atiende a la prevención especial.

La función protectora consiste en que la norma trata de proteger las condiciones de convivencia y en especial ciertos bienes jurídicos. Despliega sus efectos ex post, por ello la sanción atiende a la prevención general.

Hart señalaba que lo que diferencia al Derecho de otros sistemas normativos es que está formado por otros sistemas de normas: normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias son las normas de conducta, las normas de comportamiento y que califican como prohibido, permitido y obligatorio. Mientras que las normas secundarias son las normas que no tienen por objeto crear obligaciones sino atribuir poderes o facultades. Las normas secundarias se introducen para remediar los defectos que padece o que tiene un sistema de derecho en el cual haya normas primarias solamente. Estos defectos serían primero, la falta de certeza, que se remedia por las normas de reconocimiento; segundo, la inmovilidad, que se subsana mediante la norma de cambio; tercero, la ineficacia, que se pretende superar mediante las normas de adjudicación, mientras que las normas primarias imponen deberes y crean obligaciones, las secundarias pueden ser públicas o privadas. Las normas de cambio son aquellas normas que nos indican cómo pueden derogarse total o parcialmente las normas del ordenamiento jurídico.<sup>3</sup> Nos dicen también cómo es posible modificarlas y cómo introducir nuevas normas, son las llamadas normas sobre la producción de normas. Además, estas normas determinan quién puede hacer estos cambios.

---

<sup>3</sup> Adolphus, Hart, **El Concepto del Derecho**, pág. 22

Una regla es un procedimiento que indica un cambio, una metodología a seguir para lograr un resultado o fin determinado de ahí que se le confiere un carácter tecnológico y se le puede denominar "técnica". Las reglas técnicas no son deberes son juicios iniciativos que expresan una necesidad condicionada es decir, que indica los procedimientos a seguir para la consecución de una finalidad determinada.

La realización de una tarea requiere que se observe ciertas reglas que no son deberes en el sentido escrito de la palabra pero de no cumplirse alterarán la naturaleza y propósitos de la tarea invalidándola. Las reglas tienen entonces, una finalidad práctica cuya observancia es garantía de obtención de un fin determinado de una realización de una tarea que tiene una fuerza moral, se fundamenta en un valor, en un ideal y se cumple por un libre albedrío, por un acto consciente racional producto de la voluntad de quien dicha norma cumple en cuando su estructura, las normas según el doctor Liviano Chorro pueden ser de dos clases: formal o lógica y material.<sup>4</sup>

La norma formal o lógica se trata de un juicio normativo o precepto basado por un valor que el objeto al valor, implica la existencia de un destinatario a quien se dirige y obliga la norma. Un mandato vale decir la norma formulada en un sentido operativo y que se expresa en forma positiva como orden o forma negativa, como prohibición. La norma material que se refiere a la parte esencial, su contenido que presupone una "orientación axiológica"

---

<sup>4</sup> Liviano Chorro Gerardo, **Filosofía del Derecho** Pág.36

## **1.4. Características de las normas jurídicas**

### **1.4.1. Heteronomía**

Al referirse que una norma jurídica es una disposición legal, se hace como parte integrante del conjunto del Derecho, el que es impuesto por el Estado; ya que no se consulta a quién se le aplicará. La heteronomía es la condición de la voluntad que se rige por imperativos que están fuera de ella misma. Por lo anterior se deduce que las normas jurídicas son heterónomas puesto que son impuestas por un agente externo al ser humano que debe cumplirlas, en este caso por el Estado a través del legislador.

### **1.4.2. Exterioridad**

Las normas jurídicas regulan conductas y éstas presuponen la relación de cada persona con la sociedad y nada tienen que ver con lo que la persona piensa en tanto no lo ejecute. La exterioridad consiste en la conducta ostensible de una persona.

### **1.4.3. Bilateralidad**

Las normas jurídicas son bilaterales porque frente a la persona obligada por ellas siempre hay una persona facultada para exigirle el cumplimiento de su obligación. Por ello se afirma que la norma jurídica es imperativo-atributiva.

#### **1.4.4. Coercibilidad**

La coercibilidad de las normas jurídicas significa que el Derecho admite y con frecuencia prescribe, el uso de la fuerza para obtener el cumplimiento o la efectividad de las mismas. De tal manera que en el Derecho se permite el uso de la coacción para hacer posible la positividad de sus preceptos; creando para ello los mecanismos necesarios a efecto que lo dispuesto por ella se imponga.

#### **1.5. Estructura de las normas jurídicas**

##### **1.5.1. Estructura formal**

Está determinada por la serie de pasos a seguir en su creación, los que comúnmente son la iniciativa, admisión, discusión, aprobación, sanción promulgación y vigencia, los cuales se desarrollarán posteriormente al referirse al proceso legislativo.

##### **1.5.2. Estructura lógica**

Está referida al contenido de la norma jurídica, la cual tiene dos elementos: el supuesto o hipótesis y la disposición. El supuesto o hipótesis se refiere a las posibilidades dentro de las cuales puede encuadrarse la conducta de las personas, es un deber ser, la que se realiza a través del hecho o del acto jurídico. Mientras que la disposición está determinada por las consecuencias que se producen al realizarse la hipótesis



planteada en la norma; estas consecuencias pueden ser de nacimiento, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

## **1.6. Clasificación de las normas jurídicas**

La clasificación de las normas jurídicas se hace partiendo de diferentes puntos de vista, tales como:

### **1.6.1. Atendiendo al Estado que dicta las leyes y en el cual tendrán que aplicarse o sistema al que pertenecen**

#### **1.6.1.1. Normas jurídicas nacionales**

Son las normas jurídicas cuya aplicación se realizará dentro de las fronteras de cada estado, pudiendo a su vez ser generales, regionales y locales de acuerdo con el área territorial en la cual tengan que aplicarse.

#### **1.6.1.2. Normas jurídicas extranjeras**

Son las leyes de otros Estados con relación al nuestro, las que al entrar en conflicto crean lo que se denomina conflicto territorial de leyes.



### **1.6.1.3. Normas jurídicas de derecho uniforme**

Son las normas del derecho internacional, es legislación creada por dos o más Estados para ser aplicada en sus respectivos territorios en relación a tópicos especiales de su actividad económica, política y social.

### **1.6.2. Atendiendo a su fuente**

#### **1.6.2.1. Normas jurídicas escritas**

Normas jurídicas escritas son aquellas que son creadas por órganos específicos de la legislación, en el caso del Estado de Guatemala es el Organismo Legislativo a través del Congreso de la República.

#### **1.6.2.2. Normas jurídicas no escritas o consuetudinarias**

Normas jurídicas no escritas son las que surgen de la costumbre y no se encuentran plasmadas en un documento.



### **1.6.3. Atendiendo al ámbito espacial de validez**

#### **1.6.3.1. Normas jurídicas generales**

El ámbito espacial se refiere a la porción territorial en que un precepto es aplicable; son generales las leyes que se aplican en todo el territorio del Estado.

#### **1.6.3.2. Normas jurídicas locales**

Son las leyes que se aplican a una porción determinada del territorio del Estado.

### **1.6.4. Atendiendo al ámbito temporal de validez**

#### **1.6.4.1. Normas jurídicas de vigencia determinada**

Las normas jurídicas de vigencia determinada fijan en su mismo texto el tiempo durante el cual estarán vigentes, es decir cuando inician y cuando terminan su vigencia.

#### **1.6.4.2. Normas jurídicas de vigencia indeterminada**

Las normas jurídicas de vigencia indeterminada indican cuando inician su vigencia pero no cuando termina ésta.

## **1.6.5. Atendiendo a su contenido o ámbito material de validez**

### **1.6.5.1 Normas jurídicas de derecho público**

Esta clasificación tiene su fundamento en la división del derecho objetivo en una serie de ramas, siendo de derecho público aquellas normas jurídicas que están determinadas por las relaciones jurídicas entre los Estados o entre los Estados y los particulares, entre las cuales se puede mencionar las leyes constitucionales, administrativas, penales, procesales e internacionales.

### **1.6.5.2. Normas jurídicas de derecho privado**

Las normas jurídicas de derecho privado son las que establecen relaciones jurídicas entre particulares y se puede mencionar entre ellas las leyes civiles y mercantiles.

## **1.6.6. Atendiendo al ámbito personal de validez**

### **1.6.6.1. Normas jurídicas genéricas**

Las normas jurídicas genéricas son las que se espera se apliquen a todas las personas que estén en el territorio de determinado Estado.

### **1.6.6.2. Normas jurídicas individualizadas**

Las normas jurídicas individualizadas son aquellas que se aplicarán exclusivamente a sujetos determinados.

### **1.6.7. Atendiendo a su finalidad inmediata o cualidad**

#### **1.6.7.1. Normas jurídicas positivas o permisivas**

Son aquellas leyes que permiten cierta conducta o cierta omisión, la cual debe estar regulada expresamente en dicha norma.

#### **1.6.7.2 Normas jurídicas negativas o prohibitivas**

Son las que como su nombre lo indica, prohíben un determinado comportamiento por acción o por omisión, debiendo estar regulado expresamente en la norma respectiva.

### **1.6.8. Atendiendo a su jerarquía**

Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango; si son del mismo rango entre ellas hay una relación de coordinación, mientras que si su rango es diferente hay una relación de supra o subordinación. La existencia



de relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al mismo tiempo, el fundamento de su validez.

El problema del orden jerárquico normativo fue planteado por vez primera en la Edad Media, siendo poco más tarde relegado al olvido. En la actualidad se analiza la posibilidad de establecer una jerarquización de los preceptos del derecho y se considera como partes constitutivas del orden jurídico, no solamente la totalidad de las normas en vigor, sino también las individualizadas por ejemplo las sentencias judiciales y los contratos.

#### **1.6.8.1 Normas jurídicas constitucionales**

La ley constitucional más común es la Constitución Política, término utilizado para designar a la ley superior de cada Estado; también se utilizan los nombres de Carta Magna, Carta Fundamental, Carta Política. La Constitución Política es la ley principal que establece garantías básicas para los gobernados, organiza la estructura de gobierno, fijando las atribuciones de los gobernantes y alguna forma de control de sus actos, a través de los medios de impugnación.

Como ley superior en la jerarquía normativa, todo el resto del ordenamiento jurídico tiene que partir de sus principios generales, considerándose inconstitucional cualquier norma jurídica inferior que contraríe sus principios. Como medio idóneo para el control de la constitucionalidad de las leyes, se establece la Acción de Inconstitucionalidad.



### **1.6.8.2. Normas jurídicas ordinarias**

Las normas jurídicas ordinarias son las que su creación principal está encomendada al órgano permanente u ordinario de la legislación, que puede ser unicameral o bicameral; esta legislación tiene que estar acorde con los principios generales de la Constitución Política de la República, ya que de lo contrario adolecería de vicios de inconstitucionalidad. La gran mayoría de estas leyes se aprueban con el voto de la mayoría absoluta, (mitad más uno del total de integrantes del Congreso de la República de Guatemala) que en la actualidad asciende a 158 diputados conformándose tal mayoría con 80 diputados; salvo algunos casos, en que por disposición de la misma Constitución Política de la República deben aprobarse con el voto de las dos terceras partes.

### **1.6.8.3. Normas reglamentarias**

Tienen como objetivo fundamental fijar los mecanismos más adecuados para la aplicación de las leyes ordinarias, siendo atribución de los tres organismos del Estado, en donde estos funcionan. Para Guatemala, por ejemplo, el Congreso de la República elabora su reglamento interior; el Organismo Ejecutivo es quien tiene la mayor responsabilidad en la elaboración de los reglamentos, ya que es el encargado de ejecutar y velar porque se cumpla la legislación constitucional y ordinaria; y el Organismo Judicial elabora su propio reglamento general de tribunales.

#### **1.6.8.4. Normas individualizadas**

Son de aplicación particular, es decir, se aplican a personas determinadas; en esta clase de normas se pueden citar los contratos, los convenios de trabajo y las sentencias. En la creación de esta clase de normas jurídicas también debe respetarse la jerarquía de las normas, partiendo de las constitucionales.

Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas en cambio se refieren a situaciones jurídicas concretas.

#### **1.7. Orden jerárquico normativo en el Derecho guatemalteco**

El ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra organizado mediante la jerarquía representada por una pirámide, la cual es mejor conocida como “pirámide de Kelsen”, tomando dicho nombre de su creador Hans Kelsen. Siguiendo esta pirámide representativa de la jerarquía, las normas jurídicas guatemaltecas se ordenan de la manera siguiente.

## **1.8. Constitución Política de la República de Guatemala**

Es la ley suprema del ordenamiento jurídico en la cual se establecen y reconocen los derechos individuales, económicos, sociales y culturales de los habitantes de la república, además regula la organización del Estado, las garantías constitucionales y los mecanismos de defensa del orden constitucional.

La actual Constitución Política de la República de Guatemala fue promulgada el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986; consta de 281 Artículos principales y 27 Artículos transitorios. Algunos juristas dividen a la Constitución Política de la República de Guatemala en dos partes: parte dogmática comprendida del Artículo 1 al Artículo 139 y parte orgánica del Artículo 140 al Artículo 281.<sup>5</sup>

mientras que otros la dividen en tres partes: la parte dogmática comprendida del Artículo 1 al Artículo 139, parte orgánica contenida del Artículo 140 al Artículo 262, y parte práctica integrada del Artículo 263 al Artículo 281, la cual contiene garantías constitucionales y defensa del orden constitucional dentro los mecanismos establecidos para dicha defensa se encuentran las Acciones de Amparo, de Exhibición Personal, de Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general y de Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos.

---

<sup>5</sup> Aguirre Ramos Carlos, **Compilación Derecho Constitucional** Pág.171

La Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra en la cúspide de la pirámide representativa de la jerarquía normativa.<sup>4</sup> es por esto que todas las demás leyes deben estar en consonancia con ella; es decir que ninguna ley puede contradecir lo que la carta magna establece ya que de entrar en pugna, la ley inferior es nula de pleno derecho.<sup>6</sup> La importancia que tiene la jerarquía normativa radica en que al momento de que el órgano encargado de legislar cree nuevas normas jurídicas, éstas deben guardar armonía con lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala, así también cuando el órgano encargado de administrar justicia aplique las leyes respectivas debe velar porque éstas no contravengan lo establecido por la ley fundamental. Así también el órgano encargado de la administración debe cuidar que al momento de dictar Acuerdos Gubernativos no se contraríe en forma alguna lo establecido por la ley suprema.

### **1.8.1. Leyes constitucionales y tratados internacionales**

Tienen jerarquía de leyes constitucionales aquellas que han sido creadas por una Asamblea Nacional Constituyente o Asamblea Constituyente y aquellas a las cuales la misma Constitución Política de la República de Guatemala les asigna tal carácter.

---

<sup>6</sup>[\(2 de junio 2014\)](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp)

### **1.8.1.1. Ley de Orden Público**

Contenida en el Decreto 7 de la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, emitido el nueve de diciembre de 1965 y puesto en vigencia el cinco de mayo de 1966, el cual no fue derogado por la actual constitución sino por el contrario fue reconocido por ella en el Artículo 139 de dicho cuerpo legal. Este decreto establece las medidas que se deben aplicar cuando se dicta un estado de prevención, de alarma, de calamidad pública, de sitio y de guerra respectivamente.

### **1.8.1.2. Ley de Emisión del Pensamiento**

Contenida en el Decreto 9 de la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, emitido el nueve de diciembre de 1965 y puesto en vigor el cinco de mayo de 1966, al igual que la ley de orden público ésta fue reconocida por la actual Constitución Política de la República de Guatemala en el octavo párrafo del Artículo 35 de dicho cuerpo legal. Esta ley regula lo relativo al ejercicio del derecho de libertad de emisión del pensamiento, estableciendo para el efecto definiciones relacionadas a impresos y medios de radiodifusión y televisión, delitos, faltas, sanciones y medios para imponerlas.

### **1.8.1.3. Ley Electoral y de Partidos Políticos**

Esta normativa se encuentra contenida en el Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, fue promulgado el tres de diciembre de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986; regula lo relativo a la formación y funcionamiento de organizaciones políticas además de lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, autoridades y órganos electorales y proceso electoral.

### **1.8.1.4. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad**

Este cuerpo legal se encuentra contenido en el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, fue promulgado el ocho de enero de 1986 y entró en vigencia el 14 de enero de ese mismo año; regula lo relativo a la acción de amparo como garantía contra la arbitrariedad; la exhibición personal como garantía de la libertad individual; y la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes y disposiciones de carácter general como garantía de la supremacía constitucional.

### **1.8.1.5. Tratados internacionales**

Son instrumentos de carácter regional o universal, en los cuales dos o más países hacen constar acuerdos a los cuales han arribado después de las negociaciones respectivas, éstos son de observancia obligatoria para los Estados que los aceptan y ratifican.

Estos tratados ingresan al ordenamiento jurídico guatemalteco con carácter de norma constitucional de modo que concuerden con el conjunto de éste, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución Política de la República de Guatemala; y éste ingreso se da por la vía del primer párrafo del Artículo 44 constitucional y no por el Artículo 46 del mismo cuerpo legal, como se ha entendido anteriormente.

Se citan solamente algunos tratados o convenciones que han sido aceptados y ratificados por Guatemala y que actualmente se encuentran vigentes: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna), Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y Tratados de Libre Comercio.

### **1.8.2. Leyes ordinarias**

Dentro de este eslabón de la pirámide se agrupa la normativa creada y promulgada por el Organismo Legislativo a través del Congreso de la República y sancionada por el Presidente de la República; que ha cumplido con el proceso legislativo y se encuentra vigente. También en este rubro se incluye a los decretos leyes, que son normas jurídicas que se han emitido durante un gobierno de facto y que no han sido derogadas por leyes posteriores. Algunos ejemplos de esta normativa son la Ley del Organismo



Judicial, Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Ley del Organismo Ejecutivo, Código de Notariado, Código de Comercio, las leyes orgánicas de entidades descentralizadas o autónomas y leyes que regulan impuestos; dentro de los decretos leyes están el Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil, Ley de Rectificación de Área de Bien Inmueble Urbano, entre otras.

### **1.8.3. Disposiciones reglamentarias**

Son reglas dotadas de generalidad, emitidas por el Organismo Ejecutivo o entidades con potestad reglamentaria; estas disposiciones sirven principalmente para desarrollar el contenido de una ley ordinaria y por ello se encuentran subordinadas a ellas<sup>7</sup>

Algunos ejemplos de reglamentos son: Reglamento de la Ley del Servicio Civil, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley de Contrataciones del Estado, de la Ley del Registro Nacional de las Personas, etc.

---

<sup>7</sup>Tena Ramírez Felipe, **Derecho y Constitución**, tomo I. Pág.122.

#### **1.8.4. Normas individualizadas**

Son el resultado de la aplicación de leyes de jerarquía superior, dentro de ellas encontramos el contrato que es un acuerdo de dos o más voluntades encaminadas a crear, modificar o extinguir una obligación; y las sentencias judiciales que son resoluciones que ponen fin a un proceso después de haber sido agotadas todas sus etapas

## CAPÍTULO II

### **2. Derecho de igualdad**

#### **2.1. Generalidades**

Lo primero que aprendemos sobre los derechos fundamentales es el principio de igualdad, “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, recordara mas de alguno, Cuando a un ser humano se le niega el derecho a la igualdad, surge la problemática de la discriminación, que es abordado por las distintas áreas de las ciencias sociales

En este análisis nos referiremos a ellas en la medida que claramente influyan en el derecho, y no podría ser de otro modo, ya que la discriminación no es un fenómeno aislado en el ordenamiento jurídico, la guatemalteca legislación de un modo u otro siempre discrimina a los destinatarios de sus normas.

Cabe señalar que lo anterior no tiene que ser necesariamente negativo, juristas como Kelsen, Tocqueville o Bobbio, señalan que un trato igualitario a personas que estén en situaciones desiguales solo perpetúa las desigualdades, impidiendo la erradicación de la injusticia.

Hay que reconocer que el tema de la igualdad y la discriminación están en el debate jurídico desde hace mucho tiempo, pero siempre se le trató a mi juicio, desde un puesto

de vista abstracto o formal, demasiado casuístico, muy débil o escuálido la mayoría de las veces, el legislador parece desentenderse, pues solo se limita a declarar que se prohíbe discriminar o declaraciones de buenas intenciones sin dotar de contenido a estos dos importantes conceptos.

## **2.2. Definición de igualdad**

El concepto de igualdad compromete profundamente la visión política del Estado, pero es inevitable la confusión surge a cada instante, pues la igualdad jamás se encuentra desvinculada de los conceptos de libertad y derecho, conceptos de suyo polémicos que induce a confusión.

El concepto de igualdad no es equivalente con las concepciones de la igualdad ya que, un concepto debe referirse a un conjunto de ideas indiscutiblemente utilizadas en toda interpretación de una realidad determinada, bajo fórmulas en apariencia vagas pero, cargadas de intencionalidad y significado que aluden a un estándar valorativo, específico y abstracto, cuyos destinatarios son los llamados a aplicar. Por otra parte, también existe la concepción consistente en la aplicación concreta, a una realidad determinada identificada; visto así, el concepto de igualdad de nuestra cultura cristiano-occidental está basado en las concepciones aristotélicas, según las cuales, justicia es la igualdad en la aplicación de criterios de decisión y que las desigualdades son justas y lo son frente a los desiguales.

En cada época, los hombres han creído hallar su propia definición de lo que significa la igualdad, pero no han podido desvirtuar la noción aristotélica porque la igualdad es un fenómeno de la naturaleza, donde la desigualdad es la regla general.

Esto ha llevado a plantear la falsedad de este concepto, con fundamento en que la igualdad involucra siempre un juicio de valor subjetivo y peor aún, incompleto, pues depende de los parámetros de comparación o rasgos que subjetivamente sean importantes los que no responden a ningún problema concreto en sí, ya que sólo abren un debate argumentativo racional.

### **2.3. La igualdad y el derecho**

La igualdad y su relación con el derecho es un tema tan antiguo como el derecho mismo, tanto es así que normalmente se asimila con la justicia, incluso está fuertemente arraigado en nuestro pensamiento cotidiano, al calificar una acción o situación de injusta aludimos a una situación típica: “alguien debió recibir algo que otros efectivamente recibieron por estar en el mismo supuesto de la norma o criterio, lo cual no sucedió”

Esta identificación entre derecho y justicia expresada en el principio que a todos los hombres debe aplicárseles igual trato, recibió fuerte crítica por Kelsen, quien la consideró contradictoria, pues lo que realmente hace el principio así expresado, es no

considerar las reales desigualdades que de hecho separan a los hombres, expresión misma de la injusticia.

Así mismo, para el jurista de Viena, concebir una naturaleza humana igualitaria en todos y para todos es un fenómeno ajeno a la ciencia jurídica, será el ordenamiento jurídico positivo quien determinará cuando debe darse un trato igual o desigual y a quienes. Para Kelsen el principio “trato igual para todos” es reemplazado por una norma, que debe determinar expresamente las cualidades sobre las que estas desigualdades se manifiestan prescindiendo de las desigualdades relativas.

Kelsen, más que plantear una teoría sobre la igualdad, rebatió la idea que la justicia es igualdad de trato. La justicia como concepto valórico es sólo la conformidad con la norma. Esto le valió el mérito de distinguir entre la igualdad en la ley e igualdad ante la ley.

La igualdad ante la ley, es la correcta aplicación del derecho, aun cuando regularmente el derecho consagre la desigualdad, habrá igualdad ante la ley si los tribunales efectivamente aplican la norma, sin analizar su contenido, pues el análisis valórico no es un asunto jurídico, sino moral, algo muy propio de Kelsen; Por eso se prefiere hablar de conformidad y no de igualdad ante la ley, pues nada tiene que ver con justicia o la igualdad.

La igualdad en la ley, por otra parte, se relaciona con la racionalidad en contenido de la norma al ser creada, que es el aporte de las ideas de Leibholz y representan la

concepción más adecuada del principio de igualdad, la que deja de ser una mera igualación de capacidad jurídica, pasando a constituir un imperativo superior de justicia. "tratar igual a lo igual y tratar desigual a lo desigual" que debía imponerse como límite constitucional al legislador

La moderna teoría de Leibholz, desarrollando las ideas de Kelsen es la más acertada, Así, la igualdad consiste en la prohibición de todo trato arbitrariamente desigual, sin una justificación jurídica suficiente, cuando debe aplicarse un trato desigual, o cuando este trato desigual aplicado es arbitrario, deben decidirlo los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales con criterios objetivos predeterminados.<sup>8</sup>

#### **2.4. Igualdad y equidad**

La equidad y la igualdad son dos conceptos muy próximos; pero distintos, hemos señalado con anterioridad que las concepciones de igualdad de la sociedad occidental arrancan del pensamiento Aristotélico.

Como ya se expuso; igualdad es la prohibición general de todo trato arbitrario y jurídicamente desigual, pues debe darse el mismo trato a todas las personas y cosas, que se encuentren en la misma situación; debiendo pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de este trato los órganos jurisdiccionales a través de criterios objetivos y predeterminados.

---

<sup>8</sup> Kelsen Hans, **Teoría pura del Derecho**, Pág.80



El problema estriba que, cuando solo nos quedamos con la imagen superficial, la primera impresión, la opinión de otros, un incidente aislado o el análisis simplón y aplicamos el estereotipo que hemos desarrollado a otros, habremos sembrado el germen de la discriminación

Los estudios multidisciplinarios del fenómeno de la discriminación incluyen los orígenes de las opiniones que un grupo tiene sobre otro, la auto imagen de cada Grupo, se trate de organizaciones formales como la iglesia o ejército, sean colectivos informales como los seguidores de equipos deportivos, o incluso, categorías sociales generales tales como mujeres, varones, niños, ancianos, pobres, etc.

La mayoría de los estudios de carácter sociológico sobre las raíces de la discriminación, se realizan casi siempre en dos grupos identificados como A y B, y dividiendo el estudio en teorías desde el punto de vista del grupo A o grupo discriminador, teorías desde el punto de vista del grupo B o grupo discriminado y teorías desde el punto de vista de las relaciones entre los grupos A y B.

Los estudios señalan que el fenómeno de la discriminación produce fenómenos indeseables al aislar la necesaria interacción entre los actores sociales, deteriora la convivencia y permite la violencia y marginalidad, este deterioro cívico -social lleva a los discriminados a formar subculturas que a modo de autoprotección discriminan a otros, convirtiéndose en un círculo vicioso.

La discriminación es un fenómeno social dinámico, no obstante posee algunos aspectos especiales que deben ser tenidos en mente cada vez que se alude a este fenómeno; el primero de ellos estriba en que discriminación equivale tan solo a diferenciar, esto que puede parecer obvio adquiere toda su relevancia si analizamos la connotación social que este termino tiene a través de la historia, en efecto, actualmente trae asociado una fuerte negatividad porque la sociedad asimila el concepto a otros como parcialidad, prejuicio, racismo, intolerancia, violencia o fundamentalismo.

Hay que recordar que estos conceptos son de valor neutro, es el objetivo, meta o finalidad con la cual se hace la distinción a la que se le realiza un juicio de valor o moral, no al hecho en sí de discriminar, así la discriminación no implica necesariamente maldad o error del agente que discrimina, por ejemplo, en caso de catástrofe no parece moralmente cuestionable discriminar a las mujeres y niños para que se salven primero, tampoco es cuestionado el hecho de decidir que los hombres se queden de último en un barco que está naufragando aunque esto implique su poca posibilidad de sobrevivir. El segundo aspecto a considerar es que la discriminación trae aparejado un análisis comparativo-selectivo de una cosa con otra en función de un objetivo, así en último término siempre depende de las convicciones personales y sociales del momento. De allí que sea esencialmente subjetivo y limitado el concepto discriminación, pues depende de las opciones que se presenten y la información que se dispone como base para realizar este análisis comparativo.

La discriminación es un concepto flexible, cuyo contenido específico depende bastante del tiempo, lugar, contexto, ideologías, etc.; por eso la discriminación en si misma jamás resulta objetiva, lógica o natural, así, por ejemplo, la esclavitud que hoy nos parece reprobable, era completamente aceptada en la antigüedad y en general existió hasta la primera mitad del siglo XIX. Finalmente, el término discriminación apunta a dos realidades o sentidos distintos, en sentido amplio, el cual es bastante limitado pues hace de la igualdad un parámetro muy subjetivo y reducido y en sentido estricto, siendo la infracción al principio de igualdad en los términos anteriormente descritos, con un componente de valor negativo incorporado, apunta más a lo colectivo que a lo individual, involucra al sistema institucional que, deliberadamente segrega o excluye a un grupo social, la idea central es el desvalor o bien la carencia de justificación racional para distinguir.

Este concepto estricto se desarrolla a partir de la segunda guerra mundial donde el racismo xenóforo alcanzan niveles de paroxismo, esto convertido en política de Estado, unido a los horrores propios de la segunda guerra mundial contribuyeron a cimentar la negativa visión que actualmente se tiene de la discriminación en general.

### **2.5.1. Clasificación de la discriminación**

Discriminación directa es toda norma o acto jurídico de carácter público o privado que establezca una normativa distinta y perjudicial basada en la pertenencia a una categoría general y abstracta.

Discriminación indirecta: consiste en toda norma o acto jurídico de carácter público o privado formalmente no discriminatorios pero sus consecuencias fácticas se traducen en un impacto adverso para un grupo humano. Son normas o actos neutros pero sus supuestos en la práctica perjudican claramente a quienes pertenezcan a un grupo social determinado.

Discriminación inversa: aquí es donde encontramos la mayor de las dificultades; históricamente el concepto discriminación inversa es de reciente creación, además suelen incluirse en este concepto las soluciones o medidas que pueden adoptarse para terminar o atenuar la discriminación que históricamente sufre un grupo, también bajo el concepto. "Discriminación inversa" suele incluirse un tipo especial de acción positiva llamado cuota.

Toda discriminación indirecta se caracteriza por tener un contenido político, que se refiere a cómo enfrentar estas discriminaciones, que dependen de la ideología del gobierno de turno, justificables solo si su fin es remediar una discriminación

profundamente arraigada a través de criterios transparentes y objetivos tales como el sexo o raza.

Deben ser siempre transitorias y su aplicación e interpretación deben ser siempre de derecho estricto ya que siempre el beneficio a los discriminados pasa por un perjuicio a un sector o grupo determinado, irónicamente se la ha definido como una manera de nivelar, superar las condiciones desfavorables de un grupo perjudicándolos a todos por igual.

Si bien el concepto de discriminación inversa y las prácticas asociadas requieren de alguna revisión, actualmente se puede decir de qué se trata, pero aún no tenemos un concepto sistemático, tal vez porque son aspectos más bien políticos que jurídicos. La esencia de la cuestión es cómo incentivar la igualdad y relegar la discriminación sin cometer otra discriminación.

## **2.5.2 Derecho antidiscriminatorio**

La expresión derecho antidiscriminatorio es relativamente nueva, su origen se encuentra en el derecho anglosajón y en la doctrina, se refiere a los criterios jurídicos que deben emplearse para discernir cuando una diferencia, establecida en una norma jurídica de carácter legal, administrativa, penal, laboral e incluso las relaciones entre privados en el ámbito contractual, es discriminatoria y por tanto ilícita.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup>[www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/\(6 de junio 2014\)](http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/(6 de junio 2014))

Dar una definición precisa es extremadamente complejo, pues este término se emplea refiriéndose a distintas realidades tales como la creación de fiscalías u órganos especiales; pues tratar de forma especial a un grupo discrimina al resto; también se le utiliza cuando se realiza un análisis crítico de las medidas concretas que la autoridad toma como política de Estado frente al fenómeno de la discriminación, especialmente en el desarrollo de éstas, una vez puestas en práctica, evitando casos como el paraguay donde la reforma del Código Penal generó una gran polémica pues esta ley, contenía mecanismos legales irreales para Latinoamérica e incluía otras abiertamente discriminatorias. También se utiliza el derecho antidiscriminatorio cuando se analizan figuras y contenidos como el acoso sexual, inaccesibilidad a viviendas sociales, violencia intrafamiliar, la orientación sexual, etc.

Finalmente, se describe al derecho antidiscriminatorio como la rama del ordenamiento jurídico que vertebrará el sistema, es decir; si debe considerarse el fenómeno de la discriminación como parte de alguna rama específica del ordenamiento jurídico (civil, constitucional, administrativo, laboral, etc.) o bien debe ser tratado de manera orgánica y autónoma de modo tal que incluya no solo a la discriminación por sexo sino que a otras tales como la discriminación racial, económica, política etc.

La verdad es que si bien el concepto derecho antidiscriminatorio es reciente y complejo no debe ser confundido con sus fuentes materiales ni con los criterios que emplea; de modo tal que el concepto de derecho antidiscriminatorio es categórico en su contenido abstracto, el cual se define como aquella rama del ordenamiento jurídico que vela por el respeto al principio de igualdad, a través de un control autónomo y especial del contenido de la norma o su aplicación, procediendo en caso de estimar discriminatoria una acción u omisión determinada proceder a adoptar las medidas que sean necesarias para restablecer el principio de igualdad y asegurar así la debida protección al afectado.

Este concepto de derecho antidiscriminatorio es de carácter general, pues puede ser autónomo o bien dependiente de otra rama del derecho como derecho laboral, penal, civil, administrativo, comercial u otro.

## **2.6. Los criterios o doctrinas**

### **2.6.1. Doctrina clásica o sex blind**

Consiste en una formula genérica, la cual prohíbe considerar las diferencias y obliga a brindar igual trato a todas personas, siendo el mérito la única razón que justifica la desigualdad; se reconoce por el esquema típico“... cualquiera sea su sexo, raza o condición”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> <https://yahel.wordpress.com>(22 de junio de 2014)

Tal idea es criticada por los autores por ser en sí misma, contraria al principio de igualdad pues la igualdad no es solo una mera equiparación de capacidad jurídica, consiste en la exigencia de razonabilidad en el contenido de la norma, prohibición de la arbitrariedad en su aplicación y frente a conceptos de raza o sexo derecho a no ser discriminado por estos motivos.<sup>11</sup>

Además se le critica que tiende a mantener un status quo, que impide un desarrollo más equitativo, pues no basta declarar un derecho sin dotarlo de real aplicación.

Actualmente la legislación más moderna se inclina por los criterios de la clasificación sospechosa o razonable para efectos de pesquisar si existe infracción al principio de igualdad y al derecho a no ser discriminado.

---

<sup>11</sup>Alvarez Conde, Enrique. **Estudios sobre Igualdad. Pág.704**

### **2.6.2. Doctrina de la clasificación razonable**

Consiste en tratar similar aquello que es similar; en cuyo caso es razonable y por tanto no es una diferencia arbitraria o ilícita, si incluye a todas las personas que están similarmente situadas respecto al propósito de la ley que no puede ser otro que eliminar un daño público o conseguir un bien público.

La doctrina llama daño al propósito del legislador y rasgo al carácter definitorio o característico de la definición legal, cuya posesión determina su inclusión o exclusión en la norma a examinar.

### **2.6.3. Doctrina de la clasificación sospechosa**

Surge como alternativa frente a la compleja doctrina de la clasificación razonable y como complemento; se trata de presumir la inconstitucionalidad de toda norma que utiliza como criterio diferenciador, parámetros comparativos, los rasgos de credo, sexo, color, nacionalidad, etc.

Esto es desarrollado por el derecho norteamericano del siguiente modo; al ser una clasificación sospechosa, los tribunales deben examinarlas con un criterio restrictivo de análisis a través de pruebas o criterios para aplicar este escrutinio de selección.

#### **2.6.4. Doctrina de las acciones positivas**

Deriva de la acción afirmativa, que son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad mediante la eliminación de las desigualdades de hecho; son numerosas y de distinta índole entre ellas destacan la cuota establecida con carácter especial, los incentivos a la aplicación voluntaria de acciones positivas, consistente en el otorgamiento de beneficios tributarios u otros a quienes establezcan ideas o acciones a favor del principio de igualdad; también se incluyen las becas, premios y financiamiento de proyectos educativos cuya meta sea el respeto al principio de igualdad.

#### **2.7. Formas de discriminación**

##### **2.7.1. Discriminación por género**

Más del cincuenta por ciento de la población guatemalteca está formada por mujeres, y un porcentaje alto de ellas sufren de discriminación, tienen menos acceso a la educación, el trabajo que desempeñan no es pagado igual que a los hombres, no tienen derecho a elegir y decidir sobre la maternidad. Toda esta discriminación se encuentra basada en normas sociales, culturales o religiosas discriminatorias, y en la falta de medidas de protección por parte del Estado en su favor.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, vigente desde septiembre de 1981 indica “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.”

### **2.7.2. Discriminación por idioma**

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce que Guatemala está formada por diversos grupos indígenas, a los cuales el Estado respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena, idiomas y dialectos, así como el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres; sin embargo, en la realidad la discriminación por idioma es muy común. Existen casos registrados de personas que han acudido al Registro Civil a inscribir el nacimiento de sus hijos, y se encuentran con el inconveniente de que el sistema no acepta los denominados saltillos, lo que constituye un irrespeto al idioma de quien quiere preservar su identidad cultural.

### **2.7.3. Discriminación por edad**

Las personas pueden ser discriminadas por el grupo etario al que pertenecen, en el caso de los niños y niñas, se les irrespeta desvalorando su opinión, explotándolos laboralmente o haciéndolos objeto de maltrato. En la adolescencia, los jóvenes son objeto de intolerancia a sus formas de expresión. En cuanto a los adultos mayores, también es frecuente que se les ignore, excluya y olvide, negándoles el derecho a la salud, asignándoles tareas sin reconocimiento alguno y maltratándolos.<sup>12</sup>

En Guatemala se promulgó la Ley de protección a la niñez y adolescencia y la Ley del Adulto mayor, sin embargo la situación no ha variado en la vida real.

### **2.7.4. Discriminación por religión**

Las libertades religiosa, ideológica y de culto, se encuentran vinculadas al derecho de igualdad, libertad de expresión y la libre asociación, todos garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala, lo que no evita la evidente discriminación hacia quienes practican la espiritualidad maya, como una de las religiones mas afectadas.

---

<sup>12</sup>Rodríguez Antonio, " La piel del alma, una reflexión sobre la discriminación y el racismo. Pág.22

### **2.7.5. Discriminación de personas con discapacidad**

La discriminación por discapacidad es un fenómeno social habitual que afecta el reconocimiento pleno de los derechos de quienes la padece. Se manifiesta en el rechazo, el miedo y el desconocimiento. Las personas con discapacidad enfrentan obstáculos adicionales en el ejercicio de todos los derechos que les asisten, tales como el acceso a la atención de salud, educación y las oportunidades de trabajo en condiciones justas y equitativas, esto en menoscabo del Artículo 53 de la Constitución, que garantiza la protección de las personas con limitaciones físicas, mentales o sensoriales.

### **2.7.6. Discriminación por enfermedad**

Una de las discriminaciones que produce implicaciones sumamente perjudiciales en contra las personas afectadas es la originada por contraer VIH/sida. El vivir con VIH/sida ha ocasionado que las personas queden sin trabajo, sin educación y sin atención médica, sufriendo consecuencias físicas y emocionales.

### **2.7.7. Discriminación por orientación sexual**

Por ser el tema central del presente trabajo de tesis, se tratará en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO III

### 3. La discriminación por la orientación sexual o identidad de género

#### 3.1. Orientación sexual

La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina).

La orientación sexual existe a lo largo del continuo vivir, que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden experimentar una atracción sexual, emocional y afectiva hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto.<sup>13</sup> A las personas con una orientación homosexual se las denomina a veces gay (tanto hombres como mujeres) o lesbianas (sólo a las mujeres).

---

<sup>13</sup> Sánchez, Gabriel. **Identidad Sexual**. Pag.63

La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas.

Existen muchas teorías acerca de los orígenes de la orientación sexual de una persona. La mayoría de los científicos en la actualidad acuerdan que la orientación sexual es más probablemente el resultado de una interacción compleja de factores biológicos, cognitivos y del entorno. En la mayoría de las personas, la orientación sexual se moldea a una edad temprana. Además, hay pruebas importantes recientes que sugieren que la biología, incluidos los factores hormonales genéticos o innatos, desempeñan un papel importante en la sexualidad de una persona.

Es importante reconocer que existen probablemente muchos motivos para la orientación sexual de una persona y los motivos pueden ser diferentes para las distintas personas.

Aun cuando la mayoría de las personas de la diversidad sexual pueden tener vidas felices y exitosas, algunas pueden buscar un cambio en su orientación sexual a través de la terapia, a menudo como resultado de coacción por parte de miembros de su familia o grupos religiosos. La realidad es que pertenecer a la diversidad sexual no es una enfermedad. No requiere tratamiento y no puede cambiarse. Sin embargo, no todas las personas gay, lesbianas y bisexuales que buscan la ayuda de un profesional de salud mental desean cambiar su orientación sexual. Las personas gay, lesbianas y bisexuales pueden buscar ayuda psicológica con el proceso de la revelación de su

orientación sexual o el desarrollo de estrategias para lidiar con el prejuicio, pero la mayoría opta por la terapia por los mismos motivos y problemas de la vida que conducen a las personas heterosexuales a la consulta de los profesionales de la salud mental.

Los psicólogos, psiquiatras y otros profesionales de la salud mental concuerdan en que ser gay, lesbiana, bisexual, transgénero o transexual no es una enfermedad, un trastorno mental ni un problema emocional. Más de 35 años de investigación científica objetiva y bien diseñada han demostrado que la homosexualidad, en sí misma, no se asocia con trastornos mentales ni problemas emocionales o sociales. Se creía que la homosexualidad era una enfermedad mental porque los profesionales de la salud mental y la sociedad tenían información tendenciosa.<sup>14</sup>

En 1973, la Asociación Americana de Psiquiatría confirmó la importancia de una investigación nueva y mejor diseñada y suprimió a la homosexualidad del manual oficial que detalla los trastornos mentales y emocionales. Dos años después, la Asociación Americana de Psicología promulgó una resolución apoyando esta supresión.

---

<sup>14</sup>[acnudh.org/wp-content/.../orientación-sexual-e-identidad-de-género2](http://acnudh.org/wp-content/.../orientación-sexual-e-identidad-de-género2) (26 de junio de 2014)

Durante más de 25 años, ambas asociaciones solicitaron a todos los profesionales de la salud mental que ayuden a disipar el estigma de enfermedad mental que algunas personas todavía asocian con la orientación homosexual.

### **3.2. Identidad de género**

Identidad de género, también conocida como identidad genérica es la forma en cómo se identifica la persona, si como hombre o como mujer, la forma en que se reconoce a sí misma, basando su conducta y su forma de ser y pensar a ese género con el que se siente identificada, todo esto va indistintamente de su sexo, orientación sexual, edad, nivel socio-económico, etc. Es la conciencia de la persona de sentir pertenencia al sexo masculino o femenino. Una persona puede sentir una identidad de género distinta de sus características fisiológicas innatas.

#### **3.2.1. Tipos de identidad de género**

Entre las identidades de género hay tres tipos que son las más comunes, travestismo, transgénero y transexualismo.

Travestismo es el acto de usar ropa típicamente asociada con el sexo opuesto. Los travestis no son necesariamente transgénero, Los travesti no necesariamente se identifican con el género diferente al biológico. Emplear ese término para una persona transgénero, es considerado ofensivo.: Es un hombre o una mujer que de forma

eventual o en situaciones específicas se viste y comporta como una persona del género contrario (hombre como mujer - mujer como hombre).

Transgénero es un hombre o mujer que se comporta y viste de forma permanente como una persona del género contrario y ya es parte de su estilo de vida sin embargo está conforme con su sexo biológico.

Transexualismo es el acto por el cual un hombre o mujer se viste y comporta de forma permanente como una persona del género contrario siendo esto parte de su estilo de vida, además de no estar de acuerdo con su sexo biológico, a diferencia de la persona transgénero.

### **3.3 Discriminación por orientación sexual**

Las actitudes negativas hacia las personas de la diversidad sexual surgen de prejuicios no arraigados en experiencias reales, sino en ideas preconcebidas y en estereotipos. En varios países ya existen leyes antidiscriminación sexual y en algunos se tipifica como delito de odio, cualquier acto de violencia basado en la orientación sexual de la persona agredida.

En Guatemala, la cultura patriarcal dominante y elevados índices de violencia, los gays, lesbianas, transgéneros, bisexuales e intersexuales son discriminados, ya que el miedo

a las expresiones sexuales distintas provoca rechazo en el seno de las familias, en las comunidades religiosas, en las escuelas y en los centros de trabajo.

El tema de la discriminación por orientación sexual comenzó a discutirse en la última conferencia mundial de la ONU contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas relacionadas de intolerancia, y se espera que paulatinamente surjan convenciones internacionales y leyes sobre la diversidad sexual, que vayan disminuyendo el estigma y la discriminación.

En Guatemala por ejemplo, se ha tipificado el delito de discriminación, contenido en el Artículo 202 bis del Código Penal, sin embargo, la redacción de dicha norma deja fuera la discriminación originada por la orientación sexual o identidad de género, causando dificultad a quienes son víctimas de discriminación por dicha causa, por lo que se considera pertinente la reforma de dicho cuerpo legal.

La necesidad de atender este tipo de discriminación obedece no sólo al respeto y dignidad que merece toda persona, sino a las consecuencias que conlleva, que van desde la negación a los servicios públicos de salud y educación hasta el impedimento a ejercer el derecho al trabajo, que a su vez impide la satisfacción de las necesidades básicas.

“La discriminación por motivos de preferencia sexual, orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la

anulación o la disminución de la igualdad ante la ley o del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este tipo de discriminación generalmente se ve agravada por la discriminación basada en otras causas como el género, la raza, la edad, la religión, la discapacidad, el estado de salud y la condición económica.<sup>15</sup>

La importancia de conocer el contenido y alcance de los derechos humanos, es poder ejercerlos y hacerlos valer ante los órganos competentes. Si bien los principales obligados son las autoridades y los servidores públicos, todos debemos respetar los derechos humanos de las personas independientemente de su orientación sean heterosexuales, lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, travestis. Para las personas de la diversidad sexual, las decisiones más importantes de la vida, tales como las que se refieren al trabajo, el hogar, el matrimonio o si adoptarán o procrearán hijos, no son tan fáciles por los tabú aún existentes, sobre todo en sociedades como la guatemalteca donde la religión tiene un gran peso e influencia. Probablemente, les resultará difícil tomar estas decisiones si no cuentan con el apoyo necesario por parte del Estado y la familia, la escuela y la misma sociedad, debido a que los disidentes sexuales son un segmento de la población que sufre de modo permanente o particularmente una situación de discriminación, desigualdad y/o intolerancia debido a su orientación sexual o identidad de género, no son vulnerables per se o en sí mismas; son vulnerables

---

<sup>15</sup> Valdez Carrasco, Bettina del Carmen. **El derecho a la no discriminación por orientación sexual y una propuesta de reforma constitucional para la inclusión expresa de este derecho.** Pág. 310

porque los gobiernos y/o las sociedades las ha puesto en situación de vulnerabilidad debido a prejuicios, discriminación o a la falta de políticas públicas adecuadas que garanticen su igualdad.

En Guatemala, la situación de los derechos humanos se sitúa como grupos en situación de vulnerabilidad a las mujeres, niños, adultos mayores, desplazados internos, refugiados, migrantes, personas con una enfermedad mental, personas con VIH/sida, personas con orientación sexual y de identidad de género distinta a la heterosexual.

En el ámbito internacional se ha reconocido que la discriminación contra la diversidad sexual se refleja, entre otras circunstancias, a través de actos que violentan el derecho a la vida privada; a través de actos de odio o de violencia como las ejecuciones extrajudiciales ya por narcotraficantes, por civiles, quienes levantan a las personas travestis o transexuales y estas desaparecen y posteriormente las encuentran muertas, ejecuciones sumarias o arbitrarias que vulneran el derecho a la vida y el de la integridad y la seguridad personal o del acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo que afectan la dignidad de las personas..

El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, ha llamado a todos los países que penalizan a las personas por su orientación sexual o identidad de género a tomar las medidas necesarias para abolir esas leyes y promover el respeto a toda la gente. En un mensaje en la reunión del Consejo de Derechos Humanos sobre violencia y sanciones legales por motivos de orientación sexual celebrada en Ginebra, afirmó que nadie debe ser sujeto de tortura o tratos crueles o degradantes, independientemente de sus preferencias sexuales. “Nadie debe ser procesado por sus ideas o creencias. Nadie debe ser castigado por ejercer su derecho a la libertad de expresión”, apuntó en un discurso pronunciado en su nombre por la Alta Comisionada de la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay. Sostuvo que las leyes que penalizan a las personas por su orientación sexual o identidad de género violan el principio de no discriminación. Además, propician violencia, ayudan a legitimar la homofobia y contribuyen a crear un entorno de odio. Finalmente, confió en que las discusiones del Consejo de Derechos Humanos impulsen el diálogo intergubernamental sobre el tema y creen conciencia sobre la necesidad de reformar las leyes discriminatorias.

Un estigma que cargan las personas de la diversidad sexual es debido a la idea generalizada de que hay mayor promiscuidad en homosexuales. Sobre esto Bell señala que hay una tendencia en los homosexuales a sostener relaciones con diversos compañeros; no así las lesbianas, que se inclinan más hacia la “fidelidad”. El objetivo al que propenden, tanto los homosexuales y lesbianas, es a una relación amorosa, estable y duradera.

Es una realidad que tanto los hombres homosexuales como las lesbianas, desde su infancia son educados como hombres o como mujeres respectivamente y bien sabemos que, desde una perspectiva de género, la educación para los hombres es más permisiva y les permite socialmente tener más parejas y en cambio a la mujer se le educa más en cuanto a la fidelidad y la exclusividad.

La discriminación, como una violación a los derechos humanos es para algunos gays, lesbianas, bisexuales, transgéneros, transexuales e intersexuales una constante, sobre todo en el proceso de asumir su propia identidad sexual, lo cual puede resultarles verdaderamente difícil, aunque para otros no. A menudo, cuando se dan cuenta por primera vez que su orientación sexual es distinta a la heterosexual, se sienten atemorizados, diferentes o solos, por el rechazo familiar y social, por los amigos, colegas de trabajo e instituciones religiosas.

La discriminación es aún más patente cuando las personas reconocen su orientación sexual durante su infancia o su adolescencia. Los niños y adolescentes son los más vulnerables, pues, según su conformación familiar y su entorno físico, tendrán acaso que luchar contra los prejuicios, estereotipos y la desinformación respecto a las diferentes opciones sexuales.

La vulnerabilidad fracciona y, por lo tanto, anula el conjunto de garantías y libertades fundamentales, de tal forma que las personas, grupos y comunidades de homosexuales y otras orientaciones sexuales en esta situación tienen derechos únicamente a nivel formal, ya que en los hechos no se dan las condiciones necesarias para su ejercicio.

Esta circunstancia viola los derechos de los miembros más débiles de la sociedad y los margina. Las causas son la ignorancia respecto a la sexualidad y su diversidad, la falta de educación para la sexualidad, el respeto a lo diferente, el reconocimiento del otro, razón por la cual el Estado capitalista tiene la responsabilidad de proteger a estas personas, quienes frecuentemente desconocen cuáles son sus derechos, ignoran los medios para hacerlos valer y carecen de los recursos necesarios y medios institucionales, por lo que se creó una fiscalía especial para crímenes y delitos por homofobia, que indaga e investiga este tipo de homicidios no esclarecidos y con la finalidad de procesar a sus autores. También debe contemplar el apoyo psicológico y las indemnizaciones a las víctimas, y sobre todo que esté integrada por personas con un alto perfil moral y mantenga enlace con los defensores de derechos humanos, para acudir ante los sistemas de justicia.

Las personas de la diversidad sexual, cuando exponen o se descubre su orientación sexual frecuentemente son despedidos del empleo o son hostigados y expulsados de la escuela. Una clara descripción de la discriminación de las personas homosexuales la

realizó Carlos Bonfil, quien menciona en su conferencia magistral Homofobia y sociedad que:

La población LGTBI (lesbianas, gays, transgénero, bisexuales e intersexuales) viven hoy al margen de la vida cívica con todo tipo de obligaciones y un número mínimo de derechos. Son los contribuyentes a los que nada se les retribuye, aquéllos que jamás podrán exigir el reconocimiento civil de su pareja, que tendrán nulo poder de negociación en los litigios de sucesión frente a los familiares de su pareja, así haya vivido al lado suyo veinte o treinta años, son personas con una existencia jurídica tan precaria que jamás podrá quedar totalmente al abrigo de linchamientos morales y físicos, situación que debe cambiar.<sup>16</sup>

En Guatemala, en el año 2014 se creó la defensoría de la diversidad sexual de la Procuraduría General Derechos Humanos, que por su reciente creación, no ha publicado resultados de su gestión, pero se espera que coadyuve a la reivindicación de los derechos humanos de esta parte de la población.

---

<sup>16</sup> [www.andar.org.mx/dersex/4dersex.htm](http://www.andar.org.mx/dersex/4dersex.htm) (28 de junio de 2014)

## **CAPÍTULO IV**

### **4. Análisis jurídico sobre la necesidad de reformar el Artículo 202 bis de Código penal, Decreto 17-73**

#### **4.1. Código Penal guatemalteco**

##### **4.1.1. Antecedentes históricos**

En 1530 se dictaron las Reales Cédulas que impusieron limitaciones a los conquistadores y esclavistas, desde entonces se prohibió someter a servir a mujeres y niños menores de 14 años, aún tratándose de rehenes por motivo de guerra.

En 1542, se promulgaron las leyes nuevas, que abolieron la esclavitud de los indios. Las Leyes de Indias fueron el principal ordenamiento jurídico aplicado a la Colonia, y se integraba por nueve libros.

En este ordenamiento se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la corona, pero en la realidad resultaron ser lo contrario; ya que existía una clase dirigente que era dueña del poder político y económico.

Al independizarse Guatemala de España, en nada se modificó la legislación penal vigente en nuestro país, porque se continuaron aplicando los ordenamientos penales de España.

El primer intento de reformar ese estado de cosas, se dio el 24 de junio de 1834, durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, fecha en la cual se ordenó la promulgación del Código de Livingston, por haber sido tomado y traducido al español de la compilación legislativa y que en 1821 redactó para el Estado de Louisiana de los Estados Unidos de América el doctor Edward Livingston. El traductor fue don José Francisco Barrundia.

El Código de Livingston introdujo dos reformas importantes, la creación del sistema penitenciario que hacía de la cárcel un taller donde el trabajo era el principal medio de redención; y se introdujo el juicio por jurado, que independizaba la administración de justicia de la tutela de los jueces.

A partir de la revolución liberal, el General Justo Rufino Barrios acordó nombrar el 26 de junio de 1875, una comisión que se encargara de redactar los nuevos códigos para la administración de justicia en Guatemala.

Mas o menos a los dos años de integrada la comisión, ésta rindió el informe de sus actividades y mandaron a publicar el nuevo código penal y el de procedimientos

penales para la República de Guatemala. El ordenamiento publicado fue identificado con el nombre de Código 77.

El 15 de febrero de 1889, se promulgó un nuevo Código penal contenido en el Decreto 419, dictado por el presidente de la República, General Manuel Lisandro Barillas. Este código fue aprobado por el Decreto número 48 de la Asamblea Nacional Legislativa, de fecha 29 de abril de 1889. En este código el principal avance consistió en la supresión del sistema de penas compuestas para dejarlas fijas a cada delito, sin diversos extremos, para el caso de faltar circunstancias atenuantes o agravantes.<sup>17</sup>

En 1936 se designó a los abogados Manuel Zeceña Beteta y Manuel Marroquín, para que redactaran la legislación penal que se conoce como "Código del 36", que entró en vigor el 25 de mayo de 1936 según Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa de Guatemala.

El criterio de varios penalistas guatemaltecos, es que la tendencia que siguió el Código penal de 1936, fue la de la escuela clásica. Este código fue reformado por varios decretos presidenciales y legislativos, los cuales trataron de darle un impulso decisivo a nuestro derecho penal, pero lamentablemente la experiencia ha demostrado que casi la totalidad de ellos además de haberse dictado en forma casuística, no llenaron los fines perseguidos, lo que explica la copiosa emisión de disposiciones legislativas emitidas desde 1936 hasta 1973, año en que se crea el actual código Penal

---

<sup>17</sup> [es.wikipedia.org/wiki/Historia del Derecho\\_en\\_Guatemala](https://es.wikipedia.org/wiki/Historia_del_Derecho_en_Guatemala) (6 de julio de 2014)

Es importante mencionar que el código penal vigente en nuestro país, es un ordenamiento de tendencia positiva y marcadamente represivo, con un incongruente sistema de penas mixtas para determinados delitos (privación de libertad y multa)

#### **4.1.2 Reforma al Código Penal**

En el año 2002, el Congreso de la República de Guatemala, emitió el Decreto legislativo 57-202, por medio del cual se reformó el Código Penal, adicionando el Artículo 202 bis, en el que se tipifica la discriminación como un delito.

Aunque esta reforma legislativa no constituye una ley en contra de la discriminación, ni señala en forma específica cada tipo de discriminación, si significa un avance importante hacia una sociedad más igualitaria.

El Artículo 202 bis establece “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 de Guatemala y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.



Quien por acción u omisión incurriere en la conducta descrita en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de quinientos a tres mil quetzales. La pena se agravará en una tercera parte: a) Cuando la discriminación sea por razón idiomática, cultural o étnica. b) Para quien de cualquier forma y por 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”

De la lectura del Artículo 202 bis del Código Penal, se observa que en su contenido no se consignó de forma expresa como causa o motivo de discriminación la orientación sexual o la identidad de género, por lo que al momento de existir una conducta discriminatoria por dicha causa, debe encuadrarse en el texto “o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia...”

Este vacío legal ocasiona que la valoración de las conductas de carácter discriminatorio por causa de la orientación sexual o identidad de género queden bajo la valoración de cada juzgador, quienes en su mayoría no son sensibles al tema y por ende lejos de romper con la discriminación pueden en algún momento pasar a ser parte de ella y negar justicia a la víctima.

Es evidente la necesidad de tipificar en forma específica el delito de discriminación por causa de la orientación sexual e identidad de género, ya que es la única forma de que las personas de la diversidad sexual tengan acceso igualitario a la justicia, tal y como lo establece el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala

## 4.2. Derecho comparado

### 4.2.1. México

Un primer ejemplo lo constituye el derecho mexicano que en 1999, al reformar su Código Penal, adicionó a los delitos contra la dignidad de las personas aquéllas conductas que discriminen en razón de "edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud".<sup>18</sup> Del mismo modo, el Código Civil del Distrito Federal establece que "ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, **orientación sexual**, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, podrá negar un servicio o prestación al que otra tenga derecho ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos"

---

<sup>18</sup>[http://www.Revista\\_futuros.info\\_futuros](http://www.Revista_futuros.info_futuros) **Orientación Sexual** (18 de julio de 2014)

De esta manera, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ha sentado con claridad su rechazo a la discriminación por orientación sexual, llegando a establecer una sanción de uno a tres años de prisión, multa y trabajo a favor de la comunidad.

#### **4.2.2. Colombia**

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana es una muestra de la tendencia jurisprudencial evolutiva en materia del trato a las personas homosexuales. Si bien en una primera etapa, consideró a la homosexualidad como excepcional y como una manifestación anormal de la sexualidad; posteriormente, hacia 1998 empieza a establecer que se debe respetar la orientación sexual como una tendencia íntima. En reiteradas oportunidades la Corte ha sido enfática al afirmar que la persona homosexual no puede ser objeto de discriminación porque se viola su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía.

Un par de casos resueltos por la Corte Constitucional Colombiana van sentando jurisprudencia sobre los derechos de las personas homosexuales y algunas situaciones que constituyen discriminación:

Se presenta una demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 46º del estatuto docente que establecía que el homosexualismo como una causal de mala conducta que daba lugar a una sanción disciplinaria.

El demandante consideró que la norma es inconstitucional porque viola la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de toda persona a escoger profesión u oficio y el derecho a la intimidad.

La Corte analiza cual o cuáles son las finalidades que se pretenden satisfacer con la norma impugnada, aparentemente existirían dos que podrían resultar relevantes; uno era la protección contra eventuales abusos directos contra los menores por parte de profesores homosexuales y el segundo la posible influencia indebida que podrían tener estos maestros en el desarrollo y la identificación sexual de estos infantes. Lo que busca la Corte es contar con elementos para evaluar si estas finalidades justifican la consideración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el campo docente.

Sobre la primera finalidad, la Corte afirma que "como no existe ninguna evidencia empírica que los homosexuales tengan una mayor tendencia al abuso sexual contra los menores, la exclusión de estas personas de la docencia es totalmente irrazonable, pues no mejora un ápice la protección del pudor y de la libertad sexual de los niños"

En cuanto a la segunda finalidad, señala "si bien la imitación juega un papel en la modelación de la conducta, y los maestros juegan un papel importante en la modelación de sus educandos, los datos existentes indican que la orientación sexual del docente no ejerce ninguna influencia determinante en la orientación sexual del niño...Por ende, las conductas que atenten contra el pudor y la libertad sexuales de los alumnos son sancionables pero, como ya se señaló, el castigo derivaría, no de la

preferencia sexual del maestro, que no merece ningún reproche, sino de aquellas conductas que hayan podido amenazar o vulnerar derechos de los menores".

De esta manera, la Corte concluye que no existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad y declara inexecutable (inconstitucional) la inclusión del homosexualismo como causal de mala conducta docente.

#### **4.2.3. Bélgica**

La Constitución belga de 1974 modificada en 1994 contiene el principio de igualdad ante la ley en los artículos 10, 11 y 23. Ninguno de estos artículos hace referencia a la discriminación por razón de género o sexo. El Artículo 10 establece la igualdad de todos los belgas ante la ley, sin distinción de órdenes. El Artículo 11 recoge la prohibición de discriminación en el goce de los derechos y libertades. En particular, establece el Artículo 11, la ley garantiza los derechos y libertades de las minorías ideológicas y filosóficas. El Artículo 23 reconoce el derecho a una vida conforme a la dignidad humana y la obligación de la ley de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, así como las condiciones de su ejercicio

En 1998 se ha introducido un Artículo 442 bis en el Código Penal para sancionar el acoso sexual. El acoso sexual se considera también, e independientemente de las sanciones previstas por el Código penal, como una discriminación basada en el sexo

(Artículo 5 de la Ley 1999 sobre la igualdad de trato en el trabajo). Por acoso sexual en el trabajo se entiende toda forma de comportamiento verbal, no verbal o corporal de naturaleza sexual, donde el culpable sabe, o debería saber que su comportamiento afecta a la dignidad de mujeres y hombres en el lugar de trabajo. El rey, consultando a la comisión permanente del Consejo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y, si necesario, el comité de concertación o las organizaciones sindicales competentes, decidirá las administraciones, servicios e instituciones del Estado a los que esta disposición no se aplica.

#### **4.2.4 Canadá**

En el ordenamiento constitucional canadiense hay dos instrumentos fundamentales que recogen el principio de igualdad o, más exactamente, la prohibición de discriminación sexual, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (1982) y la Ley Canadiense de Derechos Humanos.

En general, se puede decir que la Carta Canadiense de Derechos y Libertades se aplica a las relaciones entre los individuos y el gobierno. Este documento contiene dos artículos que otorgan protección constitucional a la igualdad de género, los artículos denominados secciones 15 y 28. El Artículo 15 prohíbe la discriminación basada en la raza, el origen étnico o nacional, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad mental o física.

Todos son iguales ante y bajo las leyes y tienen el derecho a la igual protección y al igual goce de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación basada en la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad, o la discapacidad psíquica o física.

#### **4.2.5 Suecia**

Suecia no tiene un único texto constitucional sino una Ley fundamental en cuatro instrumentos. Instrumento de Gobierno (1974), Ley de Sucesión (1810), Ley de Libertad de Prensa (1949) y Ley Fundamental del derecho de expresión (1991). El instrumento más importante es el del Gobierno, que contiene los principios que se consideran como la base de la constitución. La cláusula de apertura del instrumento de Gobierno declara que el poder público en Suecia procede del pueblo, y que la democracia sueca se funda en la formación libre de la opinión y en el sufragio universal e igual.

El Artículo 2 del primer capítulo establece, entre los objetivos fundamentales de la política, que el poder público se ejerce en el respeto del igual valor de todos y de la libertad y la dignidad de cada persona. En particular, las instituciones públicas tienen que promover y asegurar, entre otros objetivos, la igualdad de derechos y oportunidades para hombres y mujeres. El capítulo 2 del Instrumento de Gobierno, que contiene los mecanismos de salvaguarda de los derechos y las libertades

fundamentales del ciudadano, establece en los artículos 15 y 16 la prohibición de discriminación, por motivos de raza, etc. y por motivos de sexo, respectivamente. Estas prohibiciones se aplican a toda la legislación y no sólo a la restricción de derechos.

#### **4.3. Propuesta de reforma al Código Penal guatemalteco**

El texto del delito de discriminación deberá establecer: “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, **orientación sexual, identidad de género** 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.

Quien por acción u omisión incurriere en la conducta descrita en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de quinientos a tres mil quetzales. La pena se agravará en una tercera parte: a) Cuando la discriminación sea por razón idiomática, cultural o étnica. b) Para quien de cualquier forma y por 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”



Como se observa, es una reforma muy sencilla pero que implica un gran avance en relación al derecho de igualdad.



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El tema de la discriminación por la orientación sexual o identidad sexual es un problema de índole social, debido a las relaciones desiguales existentes entre heterosexuales y personas de otro tipo de preferencia sexual, esto hace que existan diferencias en el campo social, económico, jurídico, político y cultural; por lo que se hace necesario tomar medidas legislativas para disminuir y con posterioridad poner fin a la discriminación por la orientación sexual que tanto daño causa a la sociedad guatemalteca y contribuir de esta forma a la construcción de una sociedad basada en la igualdad y el respeto a la dignidad humana de hombres y mujeres sin importar sus preferencias sexuales.

La discriminación hacia las personas con orientación sexual diferente, suele darse en todas partes del mundo, con mayor porcentaje en los países latinoamericanos. Es aquí en estos países donde la legislación aún se encuentra muy rezagada en este sentido, de aquí la importancia de reformar el Artículo 202 bis del Código Penal para tipificar como delito de discriminación por la orientación sexual. Si el Estado en realidad garantiza la igualdad y equidad entre hombres y mujeres, tiene que diseñar y aplicar políticas públicas para la ejecución y coordinación de programas y proyectos, que fortalezcan esta afirmación. El Estado por medio de sus órganos competentes, esta obligado a promover políticas e investigaciones científicas sobre la igualdad y la no discriminación, así como tipificar como delito la discriminación de las personas con orientación sexual diferente.



## BIBLIOGRAFÍA

- acnudh.ORG/WP-CONTENT/.../orientación - sexual- e-identidad – de - género 2
- AGUIRRE RAMOS, Carlos. **Compilación de Derecho Constitucional** 2ª ed.  
(s.l,i): (s.e), (s.f)
- ALVAREZ CONDE, Enrique. **Estudios sobre Igualdad** 1ª Ed. Madrid España:  
Ed. Portal de Derecho S.A, octubre 2009.
- ADOLPHUS HART, Herbert Lionel. **El Concepto del Derecho** 3ª ed. Buenos  
Aires Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1992.
- Es.wikipedia.org/wiki/ **Historia del Derecho en Guatemala** (6 de julio de 2014)
- <http://www.Revista Futuros.info futuros14. Orientación sexual12 htm N° 22> (18 de  
julio de 2014)
- <https://yahel.wordpress.com>(22 de junio de 2014)
- KELSEN HANS, **Teoría pura del Derecho**. Buenos Aires Argentina: Ed. Eudeba,  
1988.
- LIVIANO CHORRO, José Gerardo. **Filosofía del Derecho** San Salvador: (s.e),  
(s.l.i). 2008.
- PRADO, Gerardo. **Teoría del Estado** 4ª ed. (s.l.i): Ed. Praxis, 2005.
- RODRÍGUEZ, Antonio.” **La piel del alma, una reflexión sobre la discriminación  
y el racismo** 2ª ed. Madrid España: Ed. Castalia, 1996.
- SÁNCHEZ AGESTÁ, Luis. **Historia del constitucionalismo español** 4.ª ed.  
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España: (s.e), 1984.
- SANCHEZ, Gabriel. **Identidad sexual**, Bogotá, Colombia: Ed.Cargraphics,S.A, 2006
- TENA RAMIREZ, Felipe. **Derecho Constitucional** 1ª ed. República  
Argentina: Ed. Porrúa. S.A, 1996
- VALDEZ CARRASCO, Bettina del Carmen. **El derecho a la no Discriminación por  
Orientación Sexual y una propuesta de reforma Constitucional para  
la inclusión expresa de este Derecho**. Perú: Ed. Camila, 2012.
- [www.andar.org.mx/dersex/4dersex.htm](http://www.andar.org.mx/dersex/4dersex.htm) (28 de junio de 2014)
- [www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp) ( 2 de agosto de 2014)



**Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala Asamblea Nacional  
Constituyente de 1996.**

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