

LA DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO PENAL

Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA

SUMARIO: I. *El derecho penal y los bienes jurídicos*. II. *El contexto internacional*. III. *La situación de la discriminación en el sistema jurídico penal mexicano*. IV. *Reflexión final*.

La discriminación ha sido reconocida como una de las formas de conculcar los principios de dignidad e igualdad de todos los seres humanos, con el nefasto propósito de distinguir a los hombres tomando como base aspectos tales como: la raza, el sexo, el idioma o la religión.

Esta práctica, indiscutiblemente, resulta contraria a lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como a los pronunciamientos de la Organización de las Naciones Unidas de condena al colonialismo, a las prácticas de segregación que lo acompañan, tales como, disposiciones legislativas de *apartheid* (segregación o separación) y el fomento y difusión de doctrinas de superioridad racial y expansionismo en algunas regiones.

En tal virtud, la discriminación se presenta en algunas sociedades; es común que entre los seres humanos existan distinciones con motivo de la raza, color u origen étnico, lo cual se ha reconocido internacionalmente como un atentado contra la dignidad humana, que debe ser condenada e implica una violación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en virtud de traducirse en un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos.

I. EL DERECHO PENAL Y LOS BIENES JURÍDICOS

En el derecho penal existe el concepto de bien jurídico, el cual constituye uno de los pilares de la ley, pues incluso se llega a negar la posibilidad de concebir una ley penal si adolece de la falta de éste.

Desde el origen del término “bien jurídico” se hablaba de la necesidad de distinguir entre bienes morales, religiosos y jurídicos. En épocas pasadas, se discutía la distinción de lo jurídico y otras áreas para delimitar el conocimiento del bien jurídico, cuestión ya superada, pues hoy en día ya no se discute si éste debe considerarse como tal o bien si pertenece a la moral o a la religión. El dilema actual es un tanto más complejo, pues se convierte en una necesidad ineludible identificar, desde una perspectiva penal, cuáles bienes pueden y deben ser considerados como importantes para ser tutelados por el derecho penal y cuáles otros merecen ser protegidos por otra rama del derecho, como pudiese ser el derecho administrativo, el familiar, el fiscal, o cualquier otro.

La dogmática penal considera el bien jurídico como un elemento básico integrante de la estructura de los tipos penales, que justifica la existencia de la norma jurídico-penal.¹ En consecuencia, lo interesante del bien jurídico, entendido como un género, es que tenga el matiz penal, y no es de mayor trascendencia el debate en torno a si lo debemos considerar como jurídico o como moral o religioso.

Por otro lado, las definiciones planteadas por la doctrina penal coinciden plenamente en atribuir al bien jurídico penal los elementos de: a) carácter de interés jurídico; b) sea indi-

1 Recientemente, en la doctrina penal encontramos la denominación de “bien jurídico penal”, propuesta con argumentos que nos parecen lo suficientemente válidos, *vid.* Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 137 y ss. En cuanto a su característica de elemento básico, Muñoz Conde considera al sujeto activo, acción y bien jurídico como elementos que de modo constante están siempre presentes en la composición de todos los tipos penales, *vid. Teoría del delito, op. cit.*, p. 46.

vidual o colectivo; c) jurídicamente protegido; d) con valor como para lograr la sana convivencia humana.²

En cuanto a la clasificación del bien jurídico, bien se puede afirmar que ésta no va más allá de considerarlo como un interés individual o colectivo: son más bien los tipos penales, los cuales son clasificados y organizados en atención al interés jurídico protegido. De esta manera, podemos hablar de delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra el orden económico, y tantos más como sean las características del concreto interés individual o colectivo que se proteja.

Atento a lo anterior, las leyes penales protegen una amplia gama de bienes jurídicos, algunos referidos a la persona humana, otros en materia de ambiente, patrimonio, seguridad nacional, dignidad de la persona humana, libertad, propiedad, igualdad, seguridad jurídica y legalidad, entre otros. Es válido, en tal virtud, la posibilidad de proteger penalmente cualquier interés, individual o colectivo, que socialmente se considere de importancia como para tomar tal determinación.

II. EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Existe una serie de instrumentos de carácter internacional que se enfocan a regular aspectos relativos a la discriminación, de entre ellos destacan: la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

2 Olga Islas lo define como “el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal”, argumentando que lo que se trata de proteger en los tipos penales son precisamente bienes jurídicos, de ahí que cada tipo penal atienda a la protección de determinados intereses individuales o colectivos, jurídicamente protegidos, siendo de valor para lograr la convivencia humana (*Análisis lógico...*, op. cit., p. 29). Santiago Mir Puig considera que la protección de los bienes jurídicos penales depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento detenta el poder político (*Derecho penal...*, op. cit., p. 137), mientras que Jescheck lo entiende como aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el derecho penal, *Tratado de derecho penal, parte general*, Barcelona, Bosch, vol. I, p. 350; en tanto que Raúl Zaffaroni lo entiende como la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que les afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas, *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, vol. 3, p. 240.

racial, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la resolución sobre la política del *apartheid* del gobierno de la república del Sudáfrica y la Convención Internacional sobre la represión y castigo del crimen de *apartheid*.

A ellos podría sumarse lo dispuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, específicamente en la parte que realiza un reconocimiento de todo individuo al goce de los derechos y libertades, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, prohibiéndose, además, cualquier distinción fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción depende una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.³

Lo anterior, se encuentra íntimamente vinculado con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual, en su artículo primero, señala “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, de donde se desprende un trato igualitario a todo ser humano que se encuentre dentro del territorio nacional en materia de garantías constitucionales, y prohíbe implícitamente cualquier tipo de discriminación o diferenciación entre los seres humanos.

3 *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la resolución número 217 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

El referido artículo primero se robustece con lo dispuesto en el artículo cuarto constitucional, el cual reconoce la composición pluricultural de la nación mexicana sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, para lo cual se establece que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.

Por otra parte, resulta preciso definir lo que se entiende por discriminación, en tal virtud, semánticamente puede entenderse como “distinguir, diferenciar a una cosa de otra”;⁴ empero, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial la define como

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

Se desprende, a nivel de presupuesto, que tenga como objetivos la distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona, y se deja a salvo las distinciones elaboradas por los Estados entre ciudadanos y no ciudadanos.

A fin de evitar lo anterior, los Estados suscriptores de la mencionada convención han asumido diversos compromisos, entre los que se encuentran los siguientes: a) No incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen de conformidad con esta obligación; b) No fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualquiera personas u organizaciones; c) Tomar medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales

4 Casares, Julio, *Diccionario ideológico de la lengua española*, Barcelona, Gustavo Gilli, 1981, p. 300.

nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; d) Prohibir y hacer cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieren las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones, y e) Estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multiraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar barreras entre las razas y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.

Por otra parte, en la Convención Internacional sobre la represión y castigo del crimen de *apartheid*, se incluye una descripción y definición de lo que se entenderá por tal; así, el artículo segundo señala:

La expresión “crimen de *apartheid*” es un crimen de lesa humanidad que resulta a su vez violatorio de los principios de derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales, en tal tesitura, los estados partes de la mencionada convención declaran criminales a las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen del *apartheid*.

Para efectos de la referida convención, la expresión *apartheid* incluirá las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, denotará los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

1. La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad, de la persona:
 - a) Mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;

b) Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

c) Mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

2. La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

3. Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

4. Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y *ghetos* separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces, pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos;

5. La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso,

6. La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales.

El contenido de dichos instrumentos nos permite darnos una clara idea del tipo de Estado al cual van dirigidas sus prescripciones, que seguramente cuentan con un régimen político alejado de parámetros democráticos.

III. LA SITUACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL MEXICANO

En nuestro país, encontramos un claro rechazo en el Código Penal a todas las formas de discriminación racial que se traduzcan en una limitación de los derechos o garantías constitucionales, en tal virtud, el artículo 364, fracción II, a la letra señala “al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República en favor de las personas, se le aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos”, tipo penal que resulta concretado con la conculcación de cualquier derecho o garantías previstos en la Constitución, así como los contenidos en los tratados, convenciones o bien instrumentos internacionales que el presidente de la República haya celebrado, con aprobación del Senado, los cuales, en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyen la ley suprema de toda la Unión, debiéndose arreglar los jueces a dicha Constitución, leyes y tratados.

En el taller de consulta sobre constitucionalismo y derechos de los pueblos indígenas, convocado por el Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos y con la colaboración de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, celebrada en la ciudad de Guatemala los días 7 y 8 de marzo de 1994, en la primera jornada se retomaba por el doctor Fabián Volio el aspecto relativo a los criterios de distinción de los tipos de desigualdad que pueden ocurrir en la promulgación y aplicación de las leyes, distinguiendo entre una discriminación por subinclusión y una, por sobreinclusión, la primera, consiste en distinguir entre personas que, por su igual posición frente a la ley, deben ser tratadas como iguales, y la segunda, trata a las personas como si fueran exactamente iguales.

En nuestro país, se ha enfrentado dicho problema reconociendo, desde la perspectiva constitucional y penal, las costumbres y prácticas de los grupos étnicos y las comunidades indígenas, buscando con esto la mayor racionalidad de la ley

penal, fórmulas que, si bien persiguen nobles objetivos, en infinidad de casos se han enfrentado ante la ineficacia que deriva de las fallas y limitaciones prácticas al tratar de hacerlas efectivas.

Por ejemplo, tratándose de diligencias en la fase de averiguación previa, resulta preciso

levantar un acta que contendrá ‘el grupo étnico al que pertenezca el indiciado’ (124 del CFPP),⁵ misma circunstancia que debe prevalecer en materia de declaración preparatoria, acto procesal, el cual comenzará con las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodosos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales (154 del CFPP).

A fin de garantizar una defensa adecuada y en su caso un debido proceso, durante la instrucción, el tribunal que conozca del proceso deberá observar las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer

su edad, educación e ilustración, sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener; los demás antecedentes personales que puedan comprobarse[...] (artículo 146 del CFPP).

En materia de medios de prueba, “cuando el inculpado pertenezca a un grupo indígena se procurará allegarse dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional” (220 bis).

Lo mismo se presenta cuando “el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a dicho grupo” (223 del CFPP).

5 En lo sucesivo nos referiremos al Código Federal de Procedimientos Penales con las siglas CFPP.

Para el caso de la fase procesal, uno de los grandes reclamos lo había sido la circunstancia de propiciar cierta discriminación cuando eran procesados miembros de comunidades indígenas o bien de grupos étnicos, que no dominaban la lengua española y, por ende, en ciertos casos, no se enteraban de las acusaciones que existían en su contra, ni siquiera de las sentencias en tal sentido, toda vez que desconocían el idioma español. Tal circunstancia fue retomada por el legislador y actualmente en el CFPP se contempla en materia de procesos penales, lo siguiente: “cuando el detenido sea un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la Constitución mexicana”.

También, en reconocimiento a lo dispuesto en el artículo cuarto constitucional, existen una serie de prescripciones que regulan aspectos tendentes a otorgar un trato más favorable para los casos de diferencias culturales, es decir, tomar en consideración cuestiones tales como las costumbres del sujeto activo y, para el caso de que resulte ser miembro de grupos étnicos, el juez se encuentra obligado a tomar en cuenta sus usos y costumbres, tal y como lo dispone el artículo 52, fracción V del CFPP.

En materia de sentencias penales, se reconoce que su contenido deberá de reproducir “los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, y ocupación, oficio o profesión” (artículo 95 del CFPP).

IV. REFLEXIÓN FINAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.

Los tratados, convenciones y demás instrumentos internacionales que ha suscrito nuestro país en materia de eliminación de todas las formas de discriminación racial constituyen parte

de la ley suprema de la Unión, cuestión por la cual los derechos que consignan deben ser respetados en toda su extensión.

La violación a un derecho o garantía contenida en un instrumento de carácter internacional o bien en la Constitución general de la República importan la concreción del tipo penal descrito en el artículo 364, fracción segunda del CFPP.

En materia procesal penal, existe una clara tendencia en nuestro país por reconocer y otorgar un tratamiento *ad hoc* a los miembros de comunidades indígenas y grupos étnicos, al sujetar al juzgador a tomar en consideración los usos y costumbres que pudieran tener cuando dicten una sentencia, así como a que se le reconozcan una serie de garantías adicionales como el contar con un traductor y de que le puedan ser admitidas en vías de medios probatorios los dictámenes periciales emitidos por otro miembro del mismo grupo étnico o comunidad indígena.