

LOS DELITOS DE ACTOS RACISTAS O DISCRIMINATORIOS Y HOSTIGAMIENTO POR MOTIVOS DE DISCRIMINACIÓN

Prof. Dr. Ricardo Posada Maya

Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes (Colombia)

SUMARIO. I. Consideraciones generales. II. El delito de actos de racismo o discriminación. III. El delito de hostigamiento por motivos discriminatorios. IV. Circunstancias agravantes y atenuantes. V. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: El presente escrito tiene como propósito rendir un sentido homenaje al reconocido profesor Dr. FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, con ocasión de su septuagésimo cumpleaños. Una de las figuras más prominentes del Derecho penal Costarricense.

PALABRAS CLAVE: Delito de actos racistas o discriminatorios, delito de hostigamiento por motivos discriminatorios, dignidad humana.

ABSTRACT: This paper is intended to pay tribute to renowned professor Dr. FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, on the occasion of his seventieth birthday. One of the most prominent figures of Costa Rican Criminal Law.

KEYWORDS: Crime of racist or discriminatory acts, crimes of harassment on grounds of discrimination, human dignity.

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2013.

Fecha de aprobación: 12 de agosto de 2013.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

A. La discriminación es una forma pasivo-agresiva de violencia moral que vulnera injustamente los derechos, valores y bienes jurídicos de la *dignidad humana* (Constitución Política/art. 1° y Código Penal/art. 1°⁸⁷⁵ en adelante C. N. y C. P. respectivamente), *la igualdad* (C. N./arts. 9° y 13; C. N. CR de 1949/art. 33 ref. L. 4123 de 1968, L. 7880 de 1999, LG # 118 de 1999) y *la vida digna de las personas*. Además es la forma de violencia personal, intergrupala e institucional menos combatida por las legislaciones vigentes, pero la más lesiva para la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados y la colectividad⁸⁷⁶; muchas veces amparada por comportamientos que relativizan los valores más fundamentales del Estado social y democrático de derecho para hacer prevalecer convicciones personales u obtener ventajas basadas en motivos ideológicos, lo que impide una convivencia civilizada y razonable en un Estado pluralista (C. N./art. 7°).

No obstante, la intervención del derecho penal como un modelo de control social especialmente agresivo ha sido puesta en duda, y con razón, para desactivar conductas que irrespeten el ejercicio de los derechos fundamentales de otros por motivos discriminatorios. La discriminación y el derecho penal no siempre combinan bien, al menos por dos razones: *La primera*, porque la

⁸⁷⁵ C. P. art. 1° *Dignidad humana* y art. 2° *Integración*: “Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”. La discriminación es una práctica prohibida, entre otros, por los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), art. 23; Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, L. 16 de 1972), arts. 1.1 y 13.4, 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 2.2. Ambos en la L. 74 de 1968, arts. 2.2, 24.1 y 25. Protocolo adicional de la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, L. 319 de 1996/art. 3°), art. 26; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, art. 1.1 (L. 22 de 1981), entre otros.

⁸⁷⁶ Sobre el concepto de violencia en la discriminación y sus matices, v. GÓMEZ. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, pp. 20 y ss.

intervención del sistema penal se ha basado en un concepto de discriminación individualista que no alcanza a explicar ni a combatir por completo este fenómeno, ni contribuye a paliar sus efectos sociales⁸⁷⁷; un concepto individualista que resulta especialmente rentable para la semántica jurídica, a efectos de aplicar restricciones penales simbólicas acordes con el principio de culpabilidad por el hecho (C. P./art. 12). *La segunda*, descrita de manera acertada por LAURENZO COPELLO en materia de género, sostiene que “[...] *si desde el principio se acusa al derecho penal de convertir los cánones masculinos en paradigmas de “normalidad”, permitiendo así una perpetuación de las posiciones de poder y subordinación existentes en la sociedad, no resulta fácil comprender cómo esa misma herramienta puede jugar un papel destacado en la eliminación o atenuación de tales desigualdades fácticas*”⁸⁷⁸. En el fondo, el empleo del derecho penal para este tipo de ‘misiones proteccionistas’ resulta un uso paternalista y paradójico del derecho, más nocivo que beneficioso para los grupos vulnerables que manipulan su némesis como vía de protección⁸⁷⁹. No parece claro que la intervención penal sea una práctica satisfactoria para resolver este tipo de hechos como acciones o manifestaciones sociales (intervención auspiciada por el lobby político de ciertas ONG).

⁸⁷⁷ BARRÈRE UNZUETA. “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, pp. 12 y ss.

⁸⁷⁸ GARCÍA VITORIA. “Discriminación penal y Estado de derecho”, p. 419, considera que se vulnera el principio de mínima intervención; LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, p. 16, también en las pp. 19 y 20, advierte el peligro que comporta confundir el mandato de no discriminación con un mandato de igualación por la vía del derecho penal; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual*, p. 616. Sobre el uso efectivo del derecho criminal, de configuración individualista, para proteger derechos civiles, v. FISS. “The Awkwardness of the Criminal Law”, pp. 6 y ss.

⁸⁷⁹ Sobre las diferencias y efectos de las leyes antidiscriminatorias y los estatutos penales contra la discriminación, v. GÓMEZ. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, pp. 43-45

En todo caso, partiendo del principio del acto o de la objetividad material (C. N./art. 29; C. P./arts. 6° y 9°), es necesario aclarar que no todo acto que demuestre opiniones o motivos discriminatorios puede ser sancionado por el derecho penal, de manera que solo resultan de interés punitivo⁸⁸⁰ las conductas que impliquen una vulneración directa y objetiva de la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales o legales preexistentes (C. P./art. 11 lesividad); o comportamientos que pongan en peligro la integridad o la existencia de personas de especial protección constitucional y de los grupos a los que éstas pertenecen. Los demás actos discriminatorios, a pesar del interés de proteger los sentimientos colectivos, deberán ser tratados por otras ramas del derecho conforme a los caracteres de *última ratio* y subsidiariedad del derecho penal, v. g. El derecho disciplinario sancionador.

En este sentido, a petición de la CORTE CONSTITUCIONAL⁸⁸¹ y con el fin de edificar una legislación penal más inclusiva —en términos político-criminales—, el legislador colombiano adicionó al C. P. (L. 599 de 2000) mediante la L. 1482 de 2011, arts. 2° y ss.⁸⁸², en el Cap. IX “*De los delitos de discriminación*” del Tít. I “*De los delitos contra la vida y la integridad personal*”, las figuras de “*Actos de racismo o discriminación*” en el art. 134A y “*Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural*” en el art. 134B, a

⁸⁸⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 329, advierte que “No solo se castiga –y no podría ser así desde la perspectiva de un derecho penal de acto- por los motivos, por aspectos que solo pertenecen al fuero interno de las personas. No se trata de un tipo completamente subjetivo que se afinca en la forma de pensar del sujeto o en sus actividades vitales”. Dicha agravante está prevista en el Código Penal Español (en adelante C. P. E.), art. 21, num. 4, mod. L. O. 5 de 2010. Sin embargo, la doctrina considera que los tipos corresponden a un claro derecho penal de autor o de la actitud interna: REBOLLO VARGAS. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, p. 227; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, pp. 396 y 397.

⁸⁸¹ Sent. T-1090 de 2005.

⁸⁸² Diario Oficial No. 48.270 de 2011. Crítico: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 396 considera la ley tardía e improvisada.

las que se adicionan varias circunstancias agravantes y atenuantes en los arts. 134 C y D. A su turno el legislador de Costa Rica introdujo los delitos de discriminación racial en el C. P. (L. No. 4573 de 1970, en adelante C. P. CR.), mediante la L. 7732 de 1997/num. 185, a), art. 373, en la sección única de “*Discriminación racial*” del Tít. XVII “*Delitos contra los derechos humanos*”⁸⁸³. Normas que serán objeto de estudio en la presente contribución académica.

B. Se ha discutido mucho la ubicación dogmática y el bien jurídico protegido por los delitos de discriminación. En el C. P. CR el asunto no parece complejo, precisamente, porque el legislador incorporó el delito de discriminación racial en el Tít. XVII denominado “*Delitos contra los derechos humanos*”; ubicación, por cierto, bastante apropiada. Por el contrario, el asunto es más complejo en el C. P., porque estas figuras fueron ubicadas en el Cap. IX del Tít. I denominado “*Los delitos contra la vida y la integridad personal*”. La doctrina mayoritaria ha criticado esta ubicación, señalando que estos delitos no tienen ninguna relación con los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal⁸⁸⁴. Sin embargo, la crítica no es definitiva en términos constitucionales, porque si bien es cierto que la *discriminación* no tiene relación con una postura biológica de la vida o de la integridad personal, sí es posible advertir alguna correspondencia con del bien jurídico realmente protegido: “*la vida digna*” de las personas⁸⁸⁵.

⁸⁸³ El C. P. E., mod. L. O. 5/2010, art. 510, consagra los delitos de discriminación (Cap. IV), en los “*Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”. V. BUENO ARUS. “*La discriminación racial y el Código Penal Español*”, pp. 196 y ss.; MORILLAS CUEVA/et al. *Sistema*, p. 1097 y ss.; MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, p. 809 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, p. 2046; VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *DP, PE*, p. 701 y ss.

⁸⁸⁴ Así: BOTERO BERNAL. “*Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación*”, p. 364; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “*La discriminación en el ámbito penal*”, pp. 396 y 397. Agrega que se trata de un bien jurídico de difícil precisión.

⁸⁸⁵ V. RESTREPO SALDARRIAGA. “*Los significados del derecho a la vida*”, p. 39, señala que: “[...] la garantía del derecho a la vida no se agota en la mera preservación de la

En el fondo el argumento político-criminal es simple: sin igualdad (CCONST., Sent. C-667 de 2006) o sin una garantía específica *de no discriminación arbitraria* es imposible vivir con dignidad, tal y como la Corte Constitucional ha definido este derecho en la Sent. T-881 de 2002, esto es: “(1) *la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características –vivir como quiera-*. (II) *la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia –vivir bien-*. Y (III) *la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral –vivir sin humillaciones*”⁸⁸⁶.

En síntesis: *la dignidad* como valor, derecho fundamental y bien jurídico es, entonces, transversal a la vida, a la igualdad y a la libertad, como parte del núcleo duro de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido por los delitos de discriminación *tiene dos aspectos*: por una parte, se salvaguarda la vida digna de las personas y, por la otra, el derecho a la igualdad de trato en sentido formal y material⁸⁸⁷: “*hay que tratar igual a lo igual y desigual*

existencia biológica de las personas. *Por el contrario, la vida digna se refiere a una existencia plena, a la posibilidad de cada individuo de vivir una vida de la cual es dueño total y de desarrollar a plenitud todas sus capacidades*” (cursivas propias). Precisamente, el concepto de vida digna le ha permitido realizar a la Corte Constitucional de Colombia avances importantes en materia de aborto (C-355 de 2006) y eutanasia (C-239 de 1997). Sobre la vida digna, v. Sents. T-495 de 1999, T-860 de 1999, T-1055 de 2001, T-562 de 2006, T-566 de 2006, T-536 de 2007, T-883 de 2010, T-026 de 2011, T-281 de 2011 y SU-062 de 1999.

⁸⁸⁶ Agrega RODRÍGUEZ YAGÜE. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, p. 8, que “A través de cada acto discriminatorio se produce una negación de su dignidad puesto que el trato diferenciado es realizado por razón de la presencia en él unos rasgos que indican su pertenencia a un colectivo situado previamente en posición de inferioridad, lo que afecta a la esencia misma de la persona, que es considerada como un ser inferior o marginado. Cada comportamiento discriminatorio, en esencia, supone un acto de exclusión social de una persona puesto que ve impedido, obstaculizado o condicionado su derecho al acceso y a la participación en las diferentes esferas de la vida social”.

⁸⁸⁷ GARCÍA VITORIA. “Discriminación penal y Estado de derecho”, pp. 412 y ss.

a lo desigual” (C. N./art. 13; C. N. CR/art. 33, Ref. L. 4123 de 1968), derecho que prescribe *la garantía a no ser discriminado*⁸⁸⁸ *por las diferencias*⁸⁸⁹ mediante actos positivos o pasivos, individuales o colectivos de exclusión por racismo, otra clase de motivos excluyentes u hostigamientos. Existe un interés general o colectivo de que las personas no sean discriminadas en sentido general y un interés de cada persona a no ser discriminada y que sea respetada su identidad (v. *infra*. II, 3). Por consiguiente, se estudian tipos penales claramente *pluriofensivos*⁸⁹⁰.

En sentido amplio, el *racismo*⁸⁹¹ se entiende como una “*Doctrina antropológica o política basada en la exacerbación de un determinado grupo, lo que en ocasiones ha motivado la persecución de otros grupos étnicos*”

⁸⁸⁸ Así: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 347; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, pp. 940-941; LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, pp. 18 y ss.; POSADA MAYA/HERNÁNDEZ BELTRÁN. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, pp. 536 y 537.

Sobre el concepto de igualdad v. BAYEFSKY. “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, pp. 11 y ss.; RODRÍGUEZ GARAVITO. “Derecho a la igualdad”, pp. 198 y 199. La CCONST., Sent. C-862 de 2008, señala que “Como derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no solo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles. Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida”.

⁸⁸⁹ V. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 84, enseña que: “[...] la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de las personas y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales”.

⁸⁹⁰ En contra: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 351; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 407; quienes consideran que se trata de un delito monofensivo.

⁸⁹¹ V. ZAFFARONI. “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”, pp. 88 y ss.

considerados como inferiores” (**)⁸⁹². Por su parte, la *discriminación* es la acción o el conjunto de procesos que pretenden disminuir o poner en inferioridad a una persona o a una colectividad frente a sus semejantes⁸⁹³, por razones injustificadas (objetivas y subjetivas) de exclusión o separación, con una clara negación del principio de igualdad de derechos ante la ley. Hay que tener presente que la discriminación —en sentido sociológico— no solo se explica por los actos individuales de sujetos aislados (usualmente con un déficit educativo o cultural, o con carencias democráticas en su ideología), sino por la existencia de verdaderos procesos sociales generados por usos y prácticas personales e institucionales (visión colectivista), que obedecen a patrones sociales e históricos estructurales basados en prejuicios y estereotipos auto-reivindicables y fácilmente reproducibles⁸⁹⁴.

Sobre el tema, la CCONST., sentencia T-098 de 1994, afirma lo siguiente:

“La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y

⁸⁹² En general, el texto toma como base las definiciones del DRAEL: www.rae.es. En adelante (*) definición textual o (**) contextual.

⁸⁹³ DRAEL: -1. tr. Seleccionar excluyendo (*)-; v. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 322 y ss.; LAURENZO COPELLO. “La violencia de género en la política criminal española: entre reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres, p. 616; PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 33.

⁸⁹⁴ LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, pp. 18 y 20; Y *id.*, “La violencia de género en la política criminal española: entre reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres, p. 616: “El derecho antidiscriminatorio se basa en la idea de que el mandato de no discriminación es mucho más que una simple concreción del principio de igualdad formal. Se trata, por el contrario, de una corrección de aquel principio basada en la constatación de que el juego de las relaciones de poder sitúa a ciertos colectivos en una posición social subordinada respecto de otros, o mejor, respecto de quienes ostentan el poder. Esa posición de partida conduce, a su vez, a la opresión de los miembros de los colectivos subordinados, lo que se traduce en especiales dificultades para el acceso y disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a una vida libre de violencia. De esta manera el concepto de discriminación rompe su tradicional unión con la desigualdad de trato para concretarse más bien en una “desigualdad de estatus”, desligándose así también de la lógica comparativa individual para afianzarse en la propia estructura social”.

libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio solo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable. / La discriminación es un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica. (...)" agrega que "El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende -consciente o inconscientemente- anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. / Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona"⁸⁹⁵.

Finalmente, los actos de *hostigamiento* son actuaciones que buscan instigar con insistencia a una persona o a un grupo para que hostilicen a otra persona o a una colectividad —2. tr. Molestar a alguien o burlarse de él insistentemente (*)—. Se trata de actuaciones injustas que afectan los derechos fundamentales, por lo cual no quedan cubiertas las *acciones afirmativas* (las mal denominadas "discriminaciones positivas"), esto es, las medidas jurídicas o políticas extraordinarias que dan un trato preferencial a los *grupos de población*

⁸⁹⁵ Agrega la CCONST., Sent. T-1042 de 2001, que: "Se tiene entonces que para que exista un acto de discriminación se requiere además del trato desigual el que dicho trato sea injustificado, esto es, carente de razonabilidad y causante de un perjuicio, sea porque genere un daño, cree una carga, excluya a alguien del acceso a un bien o servicio de uso común o público, retenga o quite un beneficio"; Sent. T-909 de 2011.

en situación de debilidad manifiesta, por distintas razones, para eliminar o disminuir su discriminación histórica y lograr su integración social plena⁸⁹⁶.

C. Dicho lo anterior, el presente escrito se dividirá de la siguiente manera. En primer lugar, se hacen algunas consideraciones generales. En segundo lugar, se estudia el delito de “*Actos de racismo o discriminación*” y se precisan sus elementos dogmáticos en comparación con el delito de “*Discriminación racial*”, previsto en el C. P. CR. En tercer lugar, se analiza el delito de “*Hostigamiento por motivos de discriminación*”. En cuarto lugar, se estudian las circunstancias agravantes y atenuantes especiales que modifican estos delitos. Y, finalmente, en quinto lugar, se hacen algunas consideraciones a título de conclusión y se presenta la bibliografía consultada.

II. EL DELITO DE ACTOS DE RACISMO O DISCRIMINACIÓN

El C. P. de Colombia consagra en art. 134A el delito de *Actos de racismo o discriminación*, Ad. L. 1482 de 2011/art. 3°, así:

“El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

A su turno, el C. P. CR. prevé la figura de *Discriminación racial*, adc. L. 7732/1995, num. 185, a), del siguiente modo:

⁸⁹⁶ V. Sent C- 371 de 2000; Sent. C-964 de 2003 (en particular respecto al sexo o género) Sent. C-667 de 2006; Sent. C-605 de 2011. En la doctrina: BAYEFSKY. “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, pp. 23 y ss.; BARRÈRE UNZUETA. “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, p. 18; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 328 y ss.

“Será sancionado con veinte a sesenta días de multa, la persona, al gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplique cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión pública, origen social o situación económica. Al reincidente, el juez podrá además imponer, como pena accesoria, la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor del quince ni mayor de sesenta días”.

Son elementos típicos de estas figuras típicas, los siguientes:

1) *Sujeto Activo*: Monosubjetivo y común: En el C. P. el sujeto activo es “*el que*” realice la conducta de actos de racismo o discriminación por sí mismo. Cualquier persona natural puede realizar el delito. Se discute si el tipo admite la autoría mediata, cuando el instrumento no actúe con iguales motivos discriminatorios.

A su turno, en el C. P. CR el sujeto activo es común: “*la persona*”, aunque, para efectos de poder imponer la pena de inhabilitación especial de privación del cargo por reincidencia —como pena accesoria privativa de otros derechos⁸⁹⁷—, y para evitar discusiones estériles, se alude a ciertas cualificaciones en el tipo como, por ejemplo: “*gerente o director de una institución oficial o privada*”, esto es, la persona que lleva la gestión administrativa o que dirige una fundación u organismo que desempeña funciones de interés público que, o bien es sufragado con fondos públicos y depende del Estado o es de propiedad de particulares (**); y el “*administrador de un establecimiento industrial o comercial*”, es decir, quien administra un lugar en donde habitualmente se ejercen operaciones materiales para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos

⁸⁹⁷ V. POSADA MAYA. “Las penas accesorias discrecionales en el Código Penal Colombiano”, pp. 749-780.

naturales (industria) o se negocian, compran, venden o permutan géneros o mercancías (**).

Los tipos admiten la coautoría y otras formas de autoría (sucesiva y adherente), y las diversas formas de participación criminal: i) determinación y ii) complicidad (CP/arts. 29 y 30; C. P. CR/arts. 45, 46 y 47).

2) *Sujeto Pasivo*: Monosubjetivo y común, aunque en algunos casos puede ser calificado por las circunstancias: Creemos que cualquier persona viva “natural” puede ser víctima de actos de *racismo* o *discriminación*. Sin embargo, cuando los motivos están relacionados, por ejemplo, con la pertenencia a determinada *etnia, religión o nacionalidad*, será necesario acreditar que la persona agredida hace parte de dichos grupos o colectivos de especial protección constitucional, histórica o culturalmente sometidos⁸⁹⁸. El sujeto tiene que ser, en tal sentido, susceptible de discriminación o exclusión objetiva.

La doctrina discute si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de este delito. Creemos que ello es posible, pero limitada esta interpretación a los motivos aplicables, como la nacionalidad.

En términos dogmáticos, no solo se trata del sujeto titular del derecho constitucional fundamental y bien jurídico de la igualdad, que en sentido negativo se entiende como *el derecho a no ser discriminado*, sino también del titular de los derechos subjetivos lesionados por las acciones racistas o discriminatorias.

3) *Objeto Jurídico*: Se ha dicho que el bien jurídico concreto se compone por la *dignidad de la persona humana*, en particular por la vida digna, y por el

⁸⁹⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 330; POSADA MAYA/HERNÁNDEZ BELTRÁN. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, p. 537.

derecho a no ser discriminado (la negación de la igualdad⁸⁹⁹). En este orden de ideas, el tipo penal protege la vulneración directa a la facultad personalísima del sujeto pasivo a ejercer de manera lícita, libre y digna, en condiciones de igualdad frente a sus semejantes, los derechos constitucionales y legales reconocidos por el legislador de manera general para todos los ciudadanos, sin la intervención abusiva, violenta o no consentida por parte de terceros que obstruyan, impidan o limiten jurídicamente su ejercicio individual o colectivo. Precisamente en el C. P. CR, el delito se enmarca claramente en el bien jurídico “derechos humanos”⁹⁰⁰ (*supra* I, B). Sobre el particular, POLAINO ORTS advierte que se protege “la inmunización de una persona o grupo social frente a un tratamiento discriminatorio o injusto por parte de los demás. Con ello, se facilita que el desenvolvimiento de las relaciones personales se vea exento *in concreto* de un tratamiento injusto o discriminatorio, con lo que se protege efectivamente al sujeto como persona de Derecho, titular de derechos y obligaciones”⁹⁰¹.

Se trata por consiguiente, de unas fenomenologías criminales *pluriofensivas* y de *lesión*, porque las normas vigentes en Colombia y en Costa Rica exigen que el ejercicio del derecho concreto (normativamente especificado) sea realmente impedido, limitado o restringido en sentido jurídico, incluso perjudicado por parte del sujeto activo. De hecho, hay que recordar que una de las atenuantes previstas en el C. P./art. 134D, num. 2 adc. L. 1482 de 2011/art.

⁸⁹⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 328 y ss.

⁹⁰⁰ Se entienden los derechos humanos como como aquel conjunto inherente de libertades y derechos innatos e inalienables de todos los miembros de la humanidad, por el solo hecho de existir, que no solo limitan el ejercicio democrático del poder del Estado (como barreras infranqueables que protegen la dignidad humana), sino que además le garantizan a todos la posibilidad de un desarrollo individual efectivo como seres humanos y lograr sus objetivos sociales, políticos y económicos. En POSADA MAYA, Ricardo. “Conceptos fundamentales sobre derecho internacional humanitario”, p. 166.

⁹⁰¹ POLAINO ORTS. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, pp. 490-491.

6°, señala que la conducta se atenúa cuando se reduzcan los efectos ocasionados al bien jurídico con el acto (racista o) discriminatorio, esto es, cuando el sujeto “*dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba*”; lo que indica que no es un tipo de pura amenaza o peligro presunto o abstracto, pues la lesión real se concreta con el hecho de materializar la obstrucción al ejercicio de los derechos de la víctima⁹⁰².

4) *Objeto sobre el cual recae la acción*: Inmaterial: el ejercicio de los derechos constitucionales y legales concretos del sujeto pasivo y el mismo sujeto discriminado. Se entiende por *derechos* aquellas facultades que tiene una persona sobre una persona o una cosa, para hacer o exigir una prestación cierta prevista por la ley o por alguna convención a su favor. Lo problemático del tipo penal es qué, cuando hace una referencia general a los derechos, éste se convierte en un cajón de sastre de los derechos susceptibles de protección. No se trata, sin embargo, de un tipo penal en blanco.

Los derechos que ve impedidos, obstruidos o limitados la víctima pueden ser de naturaleza legal o constitucional y deben ser: i) *ciertos*, lo que excluye el ejercicio de simples expectativas; ii) *preexistentes* a las actuaciones racistas o discriminatorias; iii) los derechos protegidos tienen que ser *lícitos*⁹⁰³; y iv) deben

⁹⁰² RODRÍGUEZ YAGÜE. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, p. 9, señala: “[...] en estos delitos se incorpora no ya una noción social sino además jurídica del fenómeno de la discriminación. En efecto, se castigan determinadas conductas de discriminación en tanto suponen una negación del reconocimiento y respeto al ejercicio y goce de una serie de derechos propios de la participación social del ciudadano”. También: PABÓN PARRA. Manual, 9ª ed., pp. 33 y 102; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 408, quien señala que la conducta tiene que “traducirse en el efectivo impedimento en el ejercicio de los derechos”. En contra: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 350-351, afirma que: “[...] solo es necesario que se amenace, de manera real, concreta, el derecho a la no discriminación, en el sentido de limitación al ejercicio pleno de los derechos, tanto legales como constitucionales, y no que efectivamente se menoscabe aquel derecho, en el sentido de una limitación real al ejercicio pleno de los derechos constitucionales o legales (...) es un tipo penal de amenaza o peligro”.

⁹⁰³ Sobre estas exigencias, v. *ibidem*, p. 354.

ser *exigibles*, es decir, el sujeto pasivo debe poder ejercerlos y exigirlos jurídicamente.

5) *Verbo rector mixto de conducta alternativa*: En el C. P./134A el tipo penal es de mera conducta y prevé tres verbos rectores diferentes, cualquiera de los cuales permite la consumación típica, esto es, el castigo de los efectos jurídicos que produce el actuar motivado por razones (racistas o discriminatorias, cuando en términos de igualdad se “*impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas*”. No basta, como se expresó antes (*supra* 3), la realización de cualquier actuación basada en motivos discriminatorios⁹⁰⁴, aunque *tampoco se exige la producción de un resultado material*⁹⁰⁵.

A) *Impedir*. —1. tr. Estorbar, imposibilitar la ejecución de algo (*)— Por medio de este comportamiento, el sujeto activo hace imposible que el sujeto pasivo, titular de algún derecho constitucional o legal preexistente⁹⁰⁶, lo ejerza plenamente según lo prevé el ordenamiento jurídico correspondiente.

B) *Obstruir*. —3. tr. Impedir la operación de un agente, sea en lo físico, sea en lo inmaterial (*)— Por medio de esta modalidad delictiva, el sujeto activo pone toda clase de trabas u obstáculos que le dificultan al sujeto pasivo el ejercicio de un derecho concreto.

⁹⁰⁴ Sobre el tema: BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 352 y ss.

⁹⁰⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 408.

⁹⁰⁶ V. CCONST., Sent. T-667 de 2001: no hay discriminación cuando no exista un derecho adquirido.

C) *Restringir*. —1. tr. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites (*)—. Esta modalidad delictiva implica que el autor solo le permite a la víctima una postulación o un ejercicio parcial de sus derechos, que resultan cualitativa o cuantitativamente limitados por el sujeto activo, de manera arbitraria, quien no puede obtener los efectos jurídicos deseados. Es todo caso, es necesario que se trate de derechos que solo admiten un ejercicio parcial, de lo contrario, el verbo rector aplicable será “*impedir*”.

El legislador colombiano también exige que estas actividades sean realizadas ‘*arbitrariamente*’. Sobre el particular existen tres posturas en la doctrina: Un primer grupo de autores considera que el término *arbitrariamente* se contrae a las actuaciones que no encuentran respaldo legal —en sentido amplio—, esto es, que no se encuentren plenamente justificadas por el orden jurídico existente⁹⁰⁷. Un segundo grupo de autores entiende que se trata de un elemento normativo del tipo que, interpretado, significa que el sujeto ha actuado de manera caprichosa o irrazonable⁹⁰⁸. Y un tercer grupo de autores, dentro de los cuales se cuenta el autor de este escrito, acogen una teoría mixta que afirma que lo arbitrario no solo es lo caprichoso, porque no tiene una justificación objetiva razonable o porque el fin y el medio resultan desproporcionados, sino también lo que contradice la ley y la justicia. El asunto no es baladí, ya que las posturas que asocian lo arbitrario con lo ilegal, tendrán que resolver complejos problemas de concurso aparente de tipos, cuando la discriminación sea realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, como se dirá más adelante. De igual modo, tendrían que permitir la impunidad de aquellos actos discriminatorios que fracturan el derecho, no por ser actos puramente ilegales en

⁹⁰⁷ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 351-352; PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., pp. 102 y 103, quien señala que dicho elemento “es reiteración innecesaria del momento antijurídico del punible, en cuanto la acción se debe realizar sin derecho o justificación jurídicamente atendible”

⁹⁰⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 408.

sentido estricto, sino por ser actos que “abusan del derecho” en perjuicio de otros.

Por su parte, el C. P. CR/art. 373, prevé el verbo rector de mera conducta aplicar: “*aplique cualquier medida discriminatoria perjudicial*”. En este sentido, el sujeto activo debe poner en práctica o emplear, con el fin de lograr determinados efectos, disposiciones que excluyan al sujeto pasivo del tratamiento ordinario de sus derechos, con la potencialidad de causarle daños materiales o morales (perjuicios). Tampoco se requiere la producción de un resultado material.

Además, hay que advertir que ambos tipos penales son de medios abiertos (físicos o morales), y, según algunos doctrinantes, pueden ser realizados por acción u omisión impropia, a pesar de que el tipo no exige un resultado que evitar, cuando el sujeto tenga el deber de garante y se cumplan los requisitos previstos en el C. P./art. 25⁹⁰⁹. En cuanto a la norma Costarricense, no parece posible aplicar medidas por omisión, sin embargo, según la doctrina la conducta omisiva se podría presentar cuando el sujeto garante no evite la aplicación de medidas perjudiciales para garantizar la igualdad de las personas en el ejercicio de sus derechos (C. P. CR/art. 18).

En síntesis: i) las acciones realizadas por el sujeto activo deben lesionar de manera efectiva o causar perjuicios jurídicos a las víctimas respecto de las cuales se realizan actos raciales o discriminatorios. Actos que deben ser idóneos *ex ante* para la restricción de los derechos del sujeto pasivo.

6) *Nexo de imputación objetiva*: es necesario constatar que la acción del sujeto activo conlleva una actuación riesgosa, jurídicamente desaprobada, que de manera arbitraria se concreta en el hecho de impedir, obstruir o limitar de

⁹⁰⁹ Así: *ibidem*, “La discriminación en el ámbito penal”, pp. 407 y 408.

manera caprichosa e ilegal el ejercicio individual o colectivo de los derechos constitucionales y legales de las víctimas, en las condiciones ya expuestas.

7) *Aspecto subjetivo: A. Dolo.* De un lado, el tipo demanda que el sujeto activo conozca y quiera la realización de una conducta dirigida a impedir, obstaculizar o limitar el ejercicio de los derechos de las personas, o del otro (en el C. P. CR) que el autor conozca que se han aplicado medidas discriminatorias perjudiciales. El tipo solo puede ser realizado con dolo directo, al requerir un motivo especial, y no parece admitir el dolo eventual⁹¹⁰. El dolo se prueba a través de los medios de prueba previstos en la legislación procesal vigente (C. P. P., L. 906 de 1994/arts. 372 y ss.)

8)

B. **Motivos.** Los actos de racismo o discriminación solo serán punibles cuando el sujeto activo haya impedido, obstruido, restringido o aplicado medidas discriminatorias perjudiciales (C. P. CR/art. 373), de *manera determinante, por motivos racistas o discriminatorios* plenamente valorados, conscientes y significativos⁹¹¹. Por ello, es fundamental que no se adviertan otras causas o justificaciones lícitas y razonables que expliquen los efectos jurídicos que producen los actos o las medidas de restricción contra los derechos. Debe ser evidente, además, el desprecio o la hostilidad del sujeto pasivo en la realización de la conducta punible.

En el C. P. los motivos abyectos se basan en razones de: “*raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual*” de la víctima de la violencia moral. A su turno, en el C. P. CR los motivos serían por “*consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión pública, origen social o situación económica*”.

⁹¹⁰ De otra opinión: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 409.

⁹¹¹ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 354.

Como es evidente, la norma colombiana es mucho más restringida en cuanto a los móviles que causan las restricciones materiales o jurídicas de los derechos; sin embargo, también lo es que ambas tipicidades dejan por fuera motivos significativos que permiten la impunidad de actos de restricción motivados por la *discapacidad o por razones culturales*⁹¹². Bien valdría la pena complementar este aspecto en una futura reforma, sin incluir cláusulas generales en la materia. Algunos de estos elementos son los siguientes:

a) *Raza*: Se entiende que solo existe una raza genética o antropológica: la humana. Sin embargo, mayoritariamente las personas discriminan a otras con base en la pertenencia fenotípica a uno cualquiera de los “*grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia*”, por origen o linaje (**). Con base en las apariencias, sujetos con algunas características consideran que otros individuos con características étnicas o poblacionales diferentes se encuentran en una “*subespecie ontológica inferior*”⁹¹³. Como es evidente, el legislador nacional solo

⁹¹² La CCONST., Sent. C-434 de 2010, advierte que “El mandato de no discriminación implica la prohibición de llevar a cabo diferenciaciones, exclusiones o restricciones injustificadas basadas directa o indirectamente en criterios irrazonables tales como la raza, el género, el origen étnico, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la propiedad u otra condición social, y que tienen la intención o el efecto de nulificar o vulnerar el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en un plano de igualdad, de derechos fundamentales de un grupo de personas, en este caso, del derecho a la cultura”; Sent. C-401 de 2003, por la cual se revisa la constitucionalidad de la Ley 762 de 2002, que incorpora la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” y la Sent. C-605 de 2012, que considera discriminación la denegación de ajustes razonables para personas con discapacidad (sordas y sordociegas) en el sistema educativo.

⁹¹³ V. CCONST., Sent. T-131 de 2006, vulneración del principio de no discriminación racial por no permitir la entrada de un afro descendiente a una discoteca; Auto 005 de 2009, sobre protección de población afro descendiente víctima del desplazamiento forzado; Sent. T-375 de 2006: Discriminación de afrocolombiana a quien no se le asignó un cupo en la facultad de medicina de una Universidad; Sent. T-1090 de 2005.

habla de motivos raciales, lo que excluye la discriminación por motivos culturales⁹¹⁴.

b) *Nacionalidad*: Este concepto admite dos perspectivas, una jurídica y otra social: jurídicamente, la nacionalidad es la condición jurídico-política que existe entre una persona y el Estado, cuando se asienta en un territorio determinado, lo que genera derechos y deberes recíprocos entre ellos. Socialmente, la nacionalidad es la relación de pertenencia o identidad de los pueblos (grupos nacionales) o de las personas nacidas o naturalizadas en el territorio de una nación (**)⁹¹⁵.

c) *Sexo*: —1. m. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas (*)—. Se trata de una discriminación determinante y clara en razón de la división entre la condición masculina o femenina que es producto, en términos ontológicos, de los procesos que sufren los rasgos genéticos del ser humano en formación. En las ciencias sociales, tal división se denomina *género*⁹¹⁶, y subraya ante todo los atributos socioculturales que marcan las diferencias asignadas a las mujeres y a los hombres en la sociedad, desde el punto de vista de la igualdad material o real⁹¹⁷.

⁹¹⁴ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 359; BUENO ARUS. “La discriminación racial y el Código Penal Español”, p. 198. Desde luego, no es posible incluir los motivos de discriminación cultural en los raciales, pues se vulnerarían el principio de legalidad y la prohibición de la analogía (C. N./art. 29 y C. P./art. 6°; C. P. CR, art. 2°).

⁹¹⁵ Sobre el derecho a la igualdad para los extranjeros, vid. CCONST. Sent. C-1058 de 2003. En la doctrina: POSADA MAYA. “Migración, globalización y derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia”, pp. 129-142.

⁹¹⁶ JARAMILLO RESTREPO. “La crítica feminista del derecho”, pp. 29-32.

⁹¹⁷ V. CCONST., Sent. T-098 de 1994; Sent. C-322 de 2006, Pár. 5.1. y ss., por la cual se revisa la constitucionalidad de la Ley 984 de 2005, “por medio de la cual se aprueba el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”; Sents. C- 371 de 2000; T-590 de 1996, T-069 de 2010 y T-1030 de 2007, en materia de discriminación a la mujer por estado de embarazo; Sent. T-247 de 2010: vulneración de derecho a la igualdad y al trabajo de peticionaria por su género, sin que exista justificación racional para no ser contratada como vigilante;

d) *Orientación sexual*: La orientación sexual es la preferencia del ser humano para sentirse atraído erótica o sentimentalmente por un individuo de determinado género (sexo masculino o femenino) o ambos, con lo cual, la orientación se divide en homosexual, heterosexual o bisexual. La base de la discriminación es la preferencia y no la condición sexual propiamente dicha⁹¹⁸. Esta categoría no cubre la *identidad de género*, que sería la afinidad o sentimiento de pertenencia o rechazo psicológico de una persona por un género sexual biológico determinado, sin que ello comporte una específica preferencia u orientación sexual⁹¹⁹. Por el momento, la discriminación basada en la identidad sexual resulta impune, particularmente en los casos de transgenerismo; e incluir esta categoría en la orientación sexual constituiría una clara infracción al principio de legalidad y a la prohibición de la analogía *in malam partem* (C. N./art. 29; C. P./art. 6°; C. P. CR/art. 2°).

e) *Edad*: Se discrimina por la edad, cuando se restringen arbitrariamente derechos en razón del particular período vital en el que se encuentra el ser humano, por ejemplo, por pertenecer a la tercera edad o por ser un adulto mayor.

f) *Religión*: —1. f. Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social, y de prácticas rituales, principalmente la oración y

Sent. T-496 de 2008: discriminación de género en el conflicto armado; T- 500 de 2000 y T-610 de 202: discriminación de derechos laborales por razones de sexo. Muy crítica en la doctrina: LAURENZO COPELLO. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, pp. 20 y ss.

⁹¹⁸ El tema, por ejemplo, en la CCONST., Sent. C-075 de 2007, que declara discriminatoria, naturalmente por razón de la orientación sexual, la exclusión del régimen patrimonial de la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. En igual sentido, v. Sent. C- 577 de 2011, en cuanto al “matrimonio igualitario” y Sent. T-909 de 2011.

⁹¹⁹ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, pp. 362-364; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, pp. 336-337 y 338, quien agrega que la identidad de género “[...] podría suponer la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios, quirúrgicos o de otra clase, siempre que la misma sea elegida libremente. Una persona puede tener una identidad masculina o femenina y, al mismo tiempo, poseer características fisiológicas del sexo opuesto”.

el sacrificio para darle culto (*)—. Se trata de una característica usualmente compartida por un grupo de personas, que manifiesta parte de su esencia y en particular su libertad religiosa y de cultos en las etnias o sociedades en las que se reconocen estos derechos. Este motivo también cubre los modelos y formas en las cuales las personas le rinden culto a sus seres superiores, pues es posible que la discriminación se presente entre personas y grupos que veneran a un mismo Dios, pero con diferentes ritos⁹²⁰.

g) *Estado civil*: Es la relación de derecho civil que tiene una persona con sus semejantes y ante el Estado, v. g. una persona puede estar casado, divorciado, soltero, o ser padre de familia, etcétera. Dichos estados son fuentes de derechos y de obligaciones particulares.

h) *Opinión pública*: Consiste en los juicios o conceptos conocidos que una persona hace de manera abierta, sobre algo o alguien de interés para el medio social en el que ésta se desenvuelve.

i) *Origen social*: Según el DRALE, es la —2. m. Patria, país donde alguien ha nacido o tuvo principio la familia o de donde algo proviene— (*). Dentro del origen social debe tenerse en cuenta el origen familiar, con lo cual quedan cubiertos los casos de discriminación por “origen del vínculo familiar” como, por ejemplo, cuando se niegan los mismos derechos de los hijos matrimoniales a los hijos extramatrimoniales⁹²¹.

⁹²⁰ En Colombia, este tipo de discriminación ha sido tratada por la CCONST., Sent. T-193 de 1999, en un caso de discriminación contra un servidor diplomático por profesar un determinado credo.

⁹²¹ En Colombia, a pesar de que el tema no es cubierto por el tipo penal, este tipo de discriminación se ha tratado por la CCONST., Sent. C-016 de 2004; Sent. T-132 de 1998, T-333 de 1998, T-507 de 2008, T-403 de 2011, referidas a discriminaciones por origen regional (entre nacionales) en el acceso a cargos de naturaleza pública o al sector educativo por méritos.

j) *Situación económica*: Es la posición social o económica que tiene una persona frente a sus semejantes, por ejemplo, pobreza extrema, indigencia, etc.⁹²².

9) *Concursos*. Una de las cuestiones más complejas de este tipo de delitos, dado su carácter abierto (como sucede con el art. 373 del C. P. CR), es que subsisten múltiples conflictos de tipicidades. Por ejemplo, entre los actos de obstruir o impedir el ejercicio de derechos constitucionales y el hecho de ser constreñido a tolerar el no poder ejercer tales derechos (constreñimiento ilegal: C. P./arts. 182 y 183; coacciones: C. P. CR/art. 193), concurso aparente que se puede resolver mediante la aplicación del principio de especialidad (C. P. CR/art. 23).

De igual manera se observan conflictos entre los delitos de actos racistas o discriminatorios y los delitos de prevaricato por acción u omisión, cuando un servidor público en el ejercicio de sus funciones y por los motivos indicados, profiere una resolución, sentencia o dictamen manifiestamente contrario a la ley que restringe los derechos constitucionales o legales de las personas (C. P./arts. 413 y 414; C. P. CR/art. 350); o cuando omite, retarde, rehúse dar o prestar algún servicio o cumplir algún derecho, o se deniegue la protección de derechos constitucionales por los motivos indicados. En estos casos, si bien es posible creer que se trata de un concurso efectivo de tipos, con base en el principio de integra protección de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, lo cierto es que los delitos de prevaricato o de abuso de autoridad quedan cubiertos por el tipo agravado cuando sea el servidor público quien arbitrariamente (de manera ilegal), restrinja, obstruya o limite el ejercicio de los derechos constitucionales (denegar) o legales en ejercicio de sus funciones públicas. En este caso, el concurso aparente se resuelve no solo por especialidad, sino también por el principio de consunción por hecho acompañante. Finalmente, hay que tener en cuenta que este delito no se puede aplicar conjuntamente con la agravante genérica prevista en el C. P./art.

⁹²² CCONST., sent. Sent. T-1042 de 2001.

58, num. 3: “*Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima*”, pues ello supondría una violación a la regla de *non bis in idem*.

III. EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS

El C. P. consagra en el art. 134B el delito de *Hostigamiento por motivos racistas o discriminatorios*. Adc. L. 1482 de 2011/art. 4, así: “El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor”⁹²³.

Esta figura típica tiene como finalidad la protección de personas y colectivos contra aquellas conductas que promuevan actuaciones orientadas finalmente a causarles daños físicos o morales. Se trata de una conducta intermedia, equivalente a aquellos comportamientos de instigación pública a delinquir, a ciertas apologías o a la determinación a cometer delitos contra la vida o la integridad personal. Son elementos típicos de esta figura autónoma, los siguientes:

⁹²³ Un tipo asemejado a este es el previsto por el C. P. E./art. 510.1, como provocación a la discriminación, al odio y a la violencia. V. POLAINO ORTS. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, p. 492 y ss. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, p. 2049 y ss.; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, pp. 941 y ss.

1) *Sujeto Activo*: Monosubjetivo y común: “*el que*”. Cualquier persona natural puede realizar la conducta de hostigamiento por motivos discriminatorios. Se admite la coautoría y otras formas de autoría (sucesiva o adherente), y las diversas formas de participación criminal: i) determinación y ii) complicidad (CP/arts. 29 y 30). Como lo advierte de manera acertada VELÁSQUEZ⁹²⁴, este sujeto activo no se puede confundir con el sujeto instigado que realiza eventualmente las hostilidades que materializan otros delitos. En todo caso, se discute la posibilidad de realizar este delito en autoría mediata, particularmente cuando el instrumento no actúe basado en motivos discriminatorios.

2) *Sujeto Pasivo*: Monosubjetivo o plurisubjetivo y común: El tipo penal de hostigamiento tiene diversos niveles de sujetos protegidos, que van desde el nivel individual (cuando se protege a una persona) hasta el nivel colectivo cuando se salvaguarda de estas prácticas a un “grupo de personas”, a la “comunidad”, o a un “pueblo”; esto es, a sujetos colectivos que, sin embargo, no pueden ser personas jurídicas⁹²⁵. Naturalmente, se trata de sujetos diferentes: el grupo de personas se refiere a dos o más personas naturales. La comunidad se entiende como un conjunto de personas que tienen una identidad en común ensamblada por idioma, costumbres y valores similares, que son compartidos por los miembros, lo que permite distinguirlas de otras comunidades y les otorga cierta unidad y estabilidad social. Finalmente, el concepto de pueblo, quizá más amplio que los anteriores, es el conjunto de personas, grupos o comunidades que conforman una sociedad o una nación. Se caracteriza porque estos pertenecen a un país determinado, sin que tengan que ser comunidades o grupos de personas homogéneas. Precisamente, las constituciones modernas encuentran un valor en el pluralismo social y cultural (C. N./art. 7°).

⁹²⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 411.

⁹²⁵ *Ibidem*, p. 413. Por su parte, PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 104, niega el carácter colectivo del sujeto pasivo, en cuanto señala que este es “cada persona perteneciente al grupo afectado pues expresiones como ‘comunidad’ o ‘pueblo’ no poseen subjetividad jurídica”.

Como ya se ha dicho, en ciertas circunstancias es necesario probar que las víctimas individuales o colectivas pertenecen a determinada *etnia*, profesan cierta *religión* o tienen alguna *nacionalidad*.

3) *Objeto Jurídico*: El tipo penal estudiado es, a diferencia de los actos de racismo y discriminación, de peligro en abstracto por idoneidad para generar hostilidades y de consumación anticipada⁹²⁶ o participación intentada en la lesión de otros bienes jurídicos como la vida y la integridad personal. A dicha protección se le suma el interés general de reprimir, con mayor severidad, la incitación a la violencia racial o discriminatoria en contra de personas o colectivos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando este tipo de peligros tengan origen en particulares móviles asociados a las características de los sujetos pasivos.

4)

Lo que en definitiva se castiga es un acto comunicacional que, si bien está por fuera de la legitimidad material de la libertad de expresión constitucionalmente amparada⁹²⁷, produce efectos que distorsionan la comprensión ciudadana del trato debido a grupos que son objeto de especial protección constitucional; tratos que además pueden acarrear perturbaciones a la seguridad pública. En cualquier caso, ello no deja de ser un uso autoritario del derecho penal y de la teoría de los bienes jurídicos en la posmodernidad, pues el castigo no tiene que ver tanto con la conducta del autor, sino con los posibles efectos sociales que esta pueda tener frente a terceros (riesgo comunicativo),

⁹²⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 414.

⁹²⁷ CCONST., Sent T-391/2007, M. CEPEDA, indica que la libertad de expresión no cubre: “(b) la apología al odio nacional, racial, religioso que incite a la discriminación, la hostilidad y la violencia”. En la doctrina: RODRÍGUEZ YAGÜE. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, pp. 11 y 13: “[...] es indiscutido que la finalidad de este delito radica en evitar la creación de un caldo de cultivo propicio para la adopción de medidas de violencia o de discriminación contra una serie de colectivos concretos”.

sin que exista una demostración empírica previa de la lesividad del comportamiento prohibido.

En consecuencia, no es fácil fundamentar este delito de manera convincente, pues más allá de la paranoia que rodea este tipo de construcciones simbólicas, estos comportamientos bien pueden ser castigados por figuras tradicionales como la determinación a los delitos contra la vida⁹²⁸ o la integridad personal, la instigación pública a delinquir (C. P./art. 348), e incluso el delito de apología al genocidio (C. P./art. 102).

5) *Sujeto sobre el cual recae la acción*: Personal: la persona o personas a quienes se le “promueve” e instiga la realización de actos, conductas o comportamientos lesivos por motivos discriminatorios, esto es, para ejecutar actos que pongan en peligro la integridad o la existencia de las personas, grupos de personas, comunidades o pueblos. No tienen que ser personas determinadas o plenamente conocidas por el sujeto activo del tipo.

6) *Verbo rector mixto de conducta alternativa: promueva o instigue* actos, conductas o comportamientos. *Promover* es, en el lenguaje usual, “—1. tr. Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro; 3. tr. Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo—” (*)⁹²⁹; e *instigar* es “—1. tr. Incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo—” (*), es decir, crear directa e inequívocamente la idea criminal en otro sujeto, grupo o colectivo de realizar actos lesivos futuros por motivos discriminatorios. Es común que la doctrina

⁹²⁸ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 366, quien señala que se “reprimen conductas de instigación a actos preparatorios”.

⁹²⁹ Aunque *ibídem*, p. 367, cambia el verbo rector por *fomentar* —1. tr. Excitar, promover, impulsar o proteger algo—, que según el DRALE no significa exactamente lo mismo que *promover*.

nacional confunda el hecho de *hostigar* con el de *hostilizar*. El hecho de fomentar e instigar actos lesivos indeterminados (sin especificar una clase o género de delitos en particular) contra personas o colectivos, significa que se les está *hostigando*. Pero llevar a cabo tales actos lesivos (que en realidad ejecutan materialmente los instigados) contra las personas o colectivos sería *hostilizarlos*, hechos que pueden llegar a constituir delitos de lesiones personales, homicidio o injurias, etc.

En cuanto al objeto del hostigamiento es necesario entender que los actos, conductas o comportamientos lesivos son voces sinónimas, y significan conductas humanas finales voluntarias y controlables que puede producir modificaciones en el mundo exterior o efectos sociales. Sin embargo, el legislador nada dice sobre la magnitud, alcance o gravedad de este tipo de actuaciones, cuestión que habrá de limitarse acudiendo al principio de lesividad (C. P./art. 11).

El tipo es de medios abiertos (físicos o morales), y no puede ser realizado por omisión impropia (C. P./art. 25), pues el comportamiento es claramente comisivo⁹³⁰. Sin embargo, no pueden ser objeto de criminalización, por ausencia de afectación al bien jurídico, aquellos discursos simplemente históricos o académicos que busquen el esclarecimiento de situaciones fácticas y no el desconocimiento de la igualdad.

El delito de hostigamiento no requiere un *resultado material*, tampoco demanda la efectiva lesión material de la igualdad, la vida o la integridad (la hostilidad) del sujeto pasivo, como lo ha pretendido algún sector de la doctrina nacional, al exigir que “*los verbos rectores deben culminar en actos o conductas*

⁹³⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 415. Este tipo no le exige al sujeto con posición de garante evitar un resultado.

de *hostigamiento*⁹³¹, esto es, en acciones que se traduzcan en actos de persecución del sujeto pasivo del tipo (hostilidades).

No hay que olvidar que el tipo es discutible, precisamente, porque pretende el castigo de actos preparatorios selectivos que, si bien requieren ser idóneos *ex ante* para convencer a otros sujetos a realizar actos de hostiles contra posibles víctimas, no exigen ningún resultado material. Las instigaciones o actos de promoción pueden ser públicos o privados, y en caso de ser públicos, no tienen por qué dirigirse a personas determinadas o plenamente conocidas por el autor, pues basta instigar a una turba para que realice actos que atenten contra la integridad de “personas”, “grupos”, “comunidades” o “pueblos”; esto es, generar asimetrías de interacción grupales que pongan en peligro la existencia o la integridad de otros.

7) *Nexo de imputación objetiva*. Es necesario acreditar la imputación del resultado de peligro creado por el sujeto que realiza la acción riesgosa de inducir o fomentar actos que tiendan a afectar la igualdad, la vida o la integridad de los sujetos pasivos.

8) *Aspecto subjetivo*: Dolo. Se requiere que el sujeto activo conozca y quiera hostigar, esto es, realizar una conducta dirigida a promover o instigar comportamientos orientados (finalmente) a hostilizar a personas o colectividades.

Precisamente el dolo se refuerza especialmente por un elemento especial subjetivo distinto del dolo: la **finalidad** de que el sujeto único o plural instigado realice con posterioridad comportamientos “*orientados a causarle daño físico o moral*” al sujeto pasivo en su cuerpo o salud o contra su honra o fama pública —

⁹³¹ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 368, a mi juicio, confundiendo hostigamiento con la hostilidad criminal, que sería el efecto del hostigamiento.

injurias discriminatorias— (que no tienen que cumplirse para el perfeccionamiento del delito de hostigamiento que se examina, porque constituyen su agotamiento). Es evidente que tal finalidad reclama un dolo directo e impide que este sea eventual (C. P./art. 22, inc. 2)⁹³². El dolo se prueba a través de los medios de prueba previstos en la legislación procesal vigente (CPP, L. 906 de 1994/arts. 372 y ss.)

Además del dolo y de la finalidad, el tipo penal exige que el sujeto activo promueva o instigue comportamientos lesivos por *motivos de “raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual”*. En relación con estos motivos, véase lo dicho antes respecto del art. 134A. Sin embargo, añádase el motivo de *ideología política o filosófica*. Por tal se entienden las ideas, principios o doctrinas fundamentales que caracterizan el pensamiento racional del sujeto pasivo (individual o colectivo), respecto de los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como del sentido del obrar humano; o frente al gobierno de los Estados, los asuntos públicos o de cómo debiera funcionar u organizarse la sociedad para funcionar adecuadamente (**). Algún sector de la doctrina sostiene que la ideología filosófica no cobija las simples opiniones del sujeto pasivo ni tampoco su forma y estilo de vida⁹³³. En todo caso, no parece razonable la diferencia de motivos que se observa entre los delitos previstos en el art. 134A y 134B del C. P.

9. *Concursos y punibilidad*. Desde el punto de vista de la punibilidad, el tipo penal de hostigamiento previsto en el art. 134B es un tipo formalmente subsidiario⁹³⁴, que cuenta con una cláusula de aplicación condicionada a la existencia de un tipo sancionado con mayor punibilidad. En términos generales,

⁹³² En este sentido: *ibidem*, p. 371. Lo eventual podría ser la hostilidad, pero no la instigación o la promoción. Es claro que las hostilidades posteriores no hacen parte del tipo analizado.

⁹³³ BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 378.

⁹³⁴ V. POSADA MAYA. *Delito continuado y concurso de delitos*, pp. 221-233.

se aplicará de preferencia a los delitos con una cláusula de subsidiariedad más general o castigados con una pena inferior.

Si se tiene la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, político o religioso se aplicará por especialidad, en principio, el delito de apología al genocidio (C. P./art. 102). Si las afectaciones a este tipo de grupos se llegan a concretar, se estará en presencia de un delito de determinación al genocidio (C. P./art. 101 en cc. art. 29). Lo que distingue la apología al genocidio de este delito, es que en este tipo el autor no desea destruir total o parcialmente el grupo, sino que, en términos generales, quiere que se realicen actos o comportamientos orientados a causar daño físico o moral a determinadas personas por razones racistas o discriminatorias, individuales o colectivas. Además, ni en el delito de genocidio ni en su apología es un requisito indispensable que el hecho se cometa por motivos discriminatorios (salvo para el antisemitismo), por el contrario, estos son fundamentales para la tipicidad del delito previsto en el art. 134B.

Asimismo, esta figura no se podrá aplicar al autor cuando el instigado efectivamente realice actos de homicidio agravado por motivos abyectos (C. P./art. 103 y 104, num. 4), lesiones personales agravadas por motivos abyectos (C. P./art. 111 y 104, num. 4) o injurias (C. P./art. 220 y ss.), pues es precisamente por el hostigamiento que las hostilidades se concretan en delitos contra las personas o grupos protegidos. Dicho lo cual, el *hostigador* responderá por estos delitos en calidad de determinador (C. P./art. 29), punibilidad que refuerza la cláusula de subsidiariedad formal vista. De no existir esta cláusula, la categoría de autor del delito de hostigamiento (como conducta intermedia de participación) subsumiría en sentido material la calidad de determinador de las hostilidades⁹³⁵.

⁹³⁵ Sobre el particular, BOTERO BERNAL. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, p. 367.

IV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

A. Circunstancias agravantes. Según el C. P. 134C adc. L. 1482 de 2011/art. 5: “*Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:*”

1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público. El espacio público es definido por la L. 9 de 1989/art. 5, mod. L. 388 de 1997, art. 17, como “[...] *el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes*”. Se trata de lugares abiertos al público en general. A su turno, los establecimientos públicos, según el art. 70 de la L. 489 de 1998, “*son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del derecho público [...]*”. Y, finalmente, los lugares abiertos al público son usualmente bienes o lugares privados en los que se permite el ingreso de personas para adquirir bienes o servicios, con o sin derecho de admisión. Estos pueden tener naturaleza comercial (establecimientos de comercio: v. CCONST, Sent. C-509 de 2004, Ley 232 de 1995) o de otra naturaleza como los centros educativos o de diversión⁹³⁶, etc.

El fundamento de la circunstancia agravante se encuentra en razones de política criminal, pues no parece existir un mayor desvalor de acción ni de resultado por realizar este tipo de delitos, en esta clase de espacios, más allá de que en ellos se prestan usualmente servicios o se adquieran bienes para el normal desarrollo de la convivencia en sociedad. Tampoco es clara la suposición

⁹³⁶ CCONST., Sent. T-131 de 2006, vulneración del principio de no discriminación racial por no permitir entrada a una discoteca.

(posiblemente fundada) de que en dichos lugares el autor pueda acceder a un mayor número de personas⁹³⁷.

2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva. Las conductas delictivas se agravarán cuando la conducta de instigación o promoción de comportamientos o conductas que puedan poner en peligro la existencia o la integridad de las personas, sea realizada mediante sistemas de comunicación o difusión que permitan (por su eficacia instrumental) dar un mayor alcance al acto comunicativo criminalizado, o la posibilidad de surtir mayores efectos de convencimiento entre la población.

El fundamento, en consecuencia, es doble: por una parte, es evidente que la agravante se basa en un mayor desvalor de acción objetivo al facilitar el acto de promoción o instigación de posibles delitos contra la vida y la integridad personal, con menores posibilidades de defensa para las víctimas. Por la otra, el hecho de utilizar los medios masivos de comunicación supone un acto que pone en mayor peligro la igualdad, la dignidad, el buen nombre e incluso otros bienes jurídicos de los sujetos pasivos, lo que comporta un mayor desvalor de resultado⁹³⁸. Todo indica que esta causal solo resulta aplicable al delito de hostigamiento por motivos discriminatorios previsto en el C. P./art. 134B. No es clara su aplicación al C. P./art. 134A, salvo que la restricción de derechos (con excepción del derecho de rectificación) se pueda llevar a cabo a través de los medios de comunicación.

⁹³⁷ En contra: PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 105, quien habla de “un mayor índice de lesión”.

⁹³⁸ V. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 418; PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 105 (mayor índice de lesión).

3. La conducta se realice por servidor público⁹³⁹. Por servidor público se entiende lo previsto en el C. P./art. 20: *“Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. / Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”*. Como es evidente, la agravante modifica el tipo fundamental y lo convierte en un tipo especial impropio.

El fundamento de la circunstancia agravante será una mayor exigibilidad o culpabilidad, debido a la infracción de los especiales deberes que, en razón de la función pública, deben regir el comportamiento de los servidores públicos en la protección de los bienes jurídicos y los derechos fundamentales de los asociados (C. N./art. 2º)⁹⁴⁰. En este sentido, por ejemplo, la CCONST, Sent. C-030 de 2012, señala que: *“Los numerales 2 y 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, consagran para todos los servidores públicos: un deber general afirmativo relativo al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad; un deber general negativo referido a la abstención de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial o el abuso indebido del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y*

⁹³⁹ El C. P. E. consagra un tipo penal parecido en el art. 511.3 como discriminación cometida por funcionario público. REBOLLO VARGAS. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, p. 233.

⁹⁴⁰ En contra: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 420, considera que se trata de un mayor desvalor de resultado.

rectitud en las relaciones interpersonales por razón del servicio público que le haya sido encomendado [...]”.

4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público⁹⁴¹. Según la CCONST, Sent. 389 de 2002, entre muchas otras, los servicios públicos “*tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes [...]*”. Así las cosas, dicha agravante comporta la existencia de un mayor desvalor de resultado⁹⁴², toda vez que se vulnera real y objetivamente, en razón de actos discriminatorios inaceptables, el derecho fundamental del sujeto pasivo a acceder a y gozar de los servicios públicos, domiciliarios⁹⁴³ o no, a los cuales el sujeto pasivo tenga un derecho cierto y exigible (se deniegan expresa o tácitamente: silencio administrativo). La discriminación se puede dar entonces por causa o con ocasión de la prestación del servicio.

5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor. Se trata de una agravante basada en razones de

⁹⁴¹ El C. P. E. consagra un tipo penal similar en el art. 511.1 como denegación discriminatoria de un servicio público a un particular y art. 511.2 a un colectivo. MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, p. 813; POLAINO ORTS. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, pp. 495 y ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, pp. 2051 y ss.; REBOLLO VARGAS. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, p. 231; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, pp. 944-945; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual*, p. 617.

⁹⁴² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 421, sostiene, por el contrario, que se trata de un mayor desvalor de acción objetivo por coincidir el hecho con ocasión o en razón del servicio público. Además agrega que el solo hecho de que el agente preste el servicio público, con independencia de que sea un servidor público o un particular, comporta una cualificación del sujeto activo.

⁹⁴³ Los servicios públicos domiciliarios están reglamentados y definidos en la L. 142 de 1994/art. 14, num. 14.20 y ss.

política criminal, por la especial protección de ciertos sujetos pasivos debido a sus derechos constitucionales prevalentes (C. N./art. 44, inc. 5°) o por ser parte de grupos vulnerables. En este sentido, la L. 1098 de 2006/art. 3°, advierte que “[...] *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad*”. A su turno, la L. 1251 de 2008/art. 3°, define que el adulto mayor “*Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más*”. En igual sentido v. L. 1276 de 2010/art. 7°, literal b) (CCONST., Sent. T-138 de 2010).

6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales⁹⁴⁴. Según la CCONST, Sent. T-026 de 2001: “*El trabajo se preserva por la normativa constitucional "en condiciones dignas y justas", es decir, sobre el supuesto de que quien aporta su esfuerzo a cambio de la remuneración es un ser humano, que constituye finalidad y propósito de la organización política, del orden jurídico y de las autoridades, y jamás un medio ni un instrumento para alcanzar otros fines, sean ellos particulares o públicos. Es propio de la dignidad en que debe desenvolverse la relación laboral que el trabajo se remunere proporcionalmente a su cantidad y calidad. Todo trabajo debe ser remunerado, desde el primer minuto en que se presta, pues del salario depende la subsistencia del trabajador y el sostenimiento de su familia*”⁹⁴⁵.

La norma en comento sanciona, por consiguiente, la finalidad (esté orientada) del empleador (sujeto especial público o privado) de negar, anular o

⁹⁴⁴ El C. P. E. consagra un tipo penal parecido en el art. 512 como discriminación profesional o empresarial. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/et al. *Comentarios*, p. 2054 y ss.; DEL ROSAL BLASCO. “Delitos contra la Constitución”, p. 946; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual*, p. 618. En este tipo de delitos, el juez colombiano debería aplicar la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, prevista en el C. P./arts. 43, num. 3 y 46.

⁹⁴⁵ CCONST., Sent. SU-511 de 1995 sobre discriminación salarial y prestacional en materia de convenciones colectivas; Sent. T-247 de 2010: discriminación en acceso a oportunidades laborales por razones de género.

restringir los derechos laborales preexistentes, ciertos, lícitos y debidos a un trabajador (público o privado) por razones o motivos de racismo o discriminación. Dicho lo cual resulta más clara la aplicación de la circunstancia al delito previsto en el art. 134A. El fundamento evidente de la causal se traduce en un mayor desvalor de acción subjetivo y en consideraciones de política criminal. Sin embargo, como quiera que el tipo penal exija la efectiva restricción de los derechos laborales precontractuales, contractuales o post-contractuales (P. E.J.: acceso al empleo, la prestación de servicios y beneficios laborales, los beneficios convencionales, las condiciones de trabajo y capacitaciones, la igualdad y estabilidad salarial y pensional, etc.), también es posible considerar la existencia de un mayor desvalor de resultado cuando se vea perjudicado el derecho a la subsistencia del sujeto pasivo⁹⁴⁶.

B. Circunstancias atenuantes. Según el C. P. 134D adc. L. 1482 de 2011/art. 6: “*Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando.*”

1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga. Se trata de una atenuante basada en consideraciones de política criminal, por la menor necesidad de pena que implica renegar verbalmente y por escrito de las conductas racistas, discriminatorias, o los hostigamientos realizados por el sindicado o el imputado. La retractación requiere: 1) que se reconozca la violación del derecho vulnerado o el peligro al que se han expuesto los derechos de las víctimas; 2) que efectivamente el sujeto pasivo tenía la facultad de a

⁹⁴⁶ *Convenios 87, 98 y 111 (sobre discriminación en materia de empleo y ocupación) de la OIT*, que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. Igualmente, la C-171 de 2012. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La discriminación en el ámbito penal”, p. 426, coincide en que la agravante se fundamenta en un mayor desvalor de resultado, y sostiene que es una agravante en blanco, puesto que habría que verificar en la legislación el sentido y alcance del derecho laboral vulnerado por el comportamiento punible.

ejercer plenamente sus derechos; y 3) la aceptación de haber actuado por motivos claramente discriminatorios.

No se requiere ni el asentimiento del sujeto pasivo⁹⁴⁷ ni que el autor demuestre su *arrepentimiento*⁹⁴⁸, el cual resulta irrelevante para aplicar la atenuante, pues no se trata de un acto de expiación sino de hacer menos nocivas las consecuencias del delito. Esta atenuante supone una particular aceptación de la conducta punible, pero por razones de favorabilidad no resulta incompatible con las disminuciones punitivas por la aceptación de cargos penales previstas en el C. P. P./arts. 283, 348 y ss. (Preacuerdos y negociaciones).

2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

Esta atenuante también se fundamenta en consideraciones de política criminal⁹⁴⁹, por la realización de actuaciones pos-consumativas que hagan menos nocivas las consecuencias del delito, en particular, cuando se restablecen los derechos lesionados por el comportamiento racista o discriminatorio del autor⁹⁵⁰. La atenuante tiene especial aplicación en la conducta de actos racistas o discriminatorios previstos en el C. P./art. 134A. Es evidente que el servicio prestado debe coincidir con el servicio impedido, obstaculizado o limitado por parte del sujeto activo, y debe poder ser cumplido de manera adecuada, por lo cual no es viable aplicar la disminución con base en equivalencias o compensaciones.

⁹⁴⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "La discriminación en el ámbito penal", p. 428.

⁹⁴⁸ En igual sentido: BOTERO BERNAL. "Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación", p. 389.

⁹⁴⁹ Por el contrario, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "La discriminación en el ámbito penal", p. 429, advierte que se fundamenta en la menor gravedad del injusto.

⁹⁵⁰ En contra: PABÓN PARRA. *Manual*, 9ª ed., p. 106, quien considera que la atenuante no tiene fundamento alguno, pues no existe un menor desvalor de resultado.

V. CONCLUSIONES

1. Una construcción puramente individualista de los delitos contra la discriminación no parece lo suficientemente adecuada para cubrir los distintos matices que la posmodernidad impone al concepto estructural-social de discriminación, fundamentalmente colectivo o intergrupalo. Este divorcio entre la pragmática de la discriminación y la semántica jurídico-penal de los delitos analizados, demuestra las dificultades para justificar el sentido del bien jurídico protegido en nuestro medio por estas figuras criminales, mediante una regulación que no se decide entre lo individual y lo colectivo, y que termina por consagrar discutibles figuras de peligro en abstracto. Fenomenologías que subrayan la necesidad de sancionar (más no de prevenir) los hechos que impidan el ejercicio de los derechos constitucionales o legales de los sujetos pasivos, o de proteger — fundamentalmente— grupos o colectivos históricamente discriminados frente a actos que fomenten la violencia y la discriminación. Intereses que obtienen finalmente una normativa penal politizada, simbólica y formalista, poco realista para combatir estos fenómenos sociales, que bien pudieran ser combatidos de otra manera menos costosa en términos sociales.

2. Desde el punto de vista de la legitimidad constitucional, este tipo de infracciones penales promueven y protegen sentimientos colectivos de seguridad, mediante discursos que, en el campo técnico del derecho penal y procesal penal, solo suscitan la impunidad de esta clase de comportamientos desvalorados. En realidad son delitos que generan más confusión social que rendimiento jurídico en la protección de los bienes jurídicos y los derechos fundamentales.

3. Desde el punto de su estructura, son tipicidades cuya construcción, más allá de la pura retórica de los discursos, resulta debatible en términos constitucionales; como quiera que su redacción comporta amplios y complejos problemas interpretativos al utilizar elementos normativos en exceso, cuya

interpretación legal y extra legal es muy compleja para el intérprete y los ciudadanos. Es más, muchos de estos conceptos (racismo, raza, sexo, orientación sexual, etc.) son muy ambiguos en la jurisprudencia constitucional y en la escasa doctrinal dedicada a estos asuntos, y no coinciden con la práctica discriminatoria que soportan las víctimas en la cotidianidad. Ello implica que los particulares y la sociedad tengan una idea de lo que debería ser criminalizado distinta a lo que es realmente delictivo en la legislación positiva. Brecha que produce un natural desencanto de la población frente a la persecución judicial penal, además de una banalización de los conceptos jurídicos y una correlativa confusión en los operadores de justicia, que no sabrán con certeza qué tipo de comportamientos quedan cubiertos por estas prohibiciones. Lo anterior, sumado a que los tipos penales tienen lagunas de protección evidentes en cuanto a los motivos que pueden causar los actos de racismo, discriminación u hostigamiento.

4. Finalmente, resulta muy desafortunado de que nuestro legislador haya copiado, y de manera equivocada, las normativas europeas sobre el asunto. Por ejemplo, es evidente que algunos tipos penales autónomos previstos en la legislación española, fueron convertidos en circunstancias agravantes de tipos penales fundamentales que, en sí mismos, no tienen más sentido que puras infracciones policivas reforzadas en su sanción. En general, el saldo en materia de discriminación es negativo por mucho que nos entusiasme la novedad que imprime la ilusión de contar con estas figuras en la legislación penal vigente, porque, como lo señala GARCÍA VITORIA, es *“una legislación pensada más para ‘impresionar’ a la colectividad, que adecuada para protegerla”*⁹⁵¹.

⁹⁵¹ GARCÍA VITORIA. “Discriminación penal y Estado de derecho”, p. 419.

BIBLIOGRAFÍA

BOTERO BERNAL, José Fernando. “Anotaciones generales sobre las conductas punibles que integran los actos de discriminación”, en *Discriminación, jurisdicción Universal y Temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 345-394.

BAYEFSKY, Anne F. “El principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, consultado *on line*:
<http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf>

BARRERE UNZUETA. “Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, Consultado *on line*:
<http://www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf>

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “La configuración de la agravante por discriminación en el Código Penal Español”, en *Discriminación, jurisdicción Universal y Temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 321-344.

DRALE: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en Línea: www.rae.es. Se cita con definición textual (*) y con definición contextual (**).

FISS, OWEN M. “The Awkwardness of the Criminal Law”, en 11 *Hum. Rts. Q.* 1 1989 en: <http://heinonline.org>

GARCÍA VITORIA, Aurora. “Discriminación penal y Estado de derecho”, en Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal, Coord. Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva, Enrique Orts Berenguer, Manuel Quintanar Diez, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 401-420.

GÓMEZ, María Mercedes. “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Más allá del derecho: Justicia y Género en América Latina /compiladoras Cristina Motta y Luisa Cabal, Bogotá, Siglo del Hombre-Center for Reproductive Rights, 2006, pp. 19-55.

JARAMILLO RESTREPO, Isabel Cristina. “La crítica feminista del derecho”, (Estudio Preliminar), en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogotá, ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre, 2000, pp. 29-32.

LAURENZO COPELLO, Patricia. “La violencia de género en la política criminal española: entre reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres”, en *Un Derecho penal comprometido*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Dir. Francisco Muñoz Conde, José Manuel Lorenzo Salgado, Juan Carlos Ferré Olivé, Emilio Cortés Bechiarelli, Miguel Ángel Núñez Paz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 607-630.”

_____. “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, consultado en line: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174779.pdf

MORILLAS CUEVA, Lorenzo/et al. *Sistema de derecho penal español, Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2011. (Citado Sistema).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, 16 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. (Citado DP, PE).

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal, Parte Especial T. II*, 9ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2013. (Citado como Manual).

POLAINO ORTS, MIGUEL. “Delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas”, en Miguel Polaino Navarrete (Dir.) et al. *Lecciones de derecho penal, Parte especial, T. II*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 489-498.

POSADA MAYA, Ricardo. “Conceptos fundamentales sobre Derecho Internacional Humanitario”, en Henrik López y Ricardo Posada (Coord.), *Manual de Constitución y Democracia: de los derechos*, vol. I Programa Constitución & Democracia, Universidad de los Andes, 1ª ed. 2006 y 2ª ed. 2007 (1ª reimpresión 2008, 2ª reimpresión 2009, 3ª reimpresión 2010-I, 4ª reimpresión 2012), pp. 151-187.

_____. *Delito continuado y concurso de delitos*. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2012.

_____. “Las penas accesorias discrecionales en el Código Penal Colombiano”, en AA.VV. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al Prof. Nodier Agudelo Betancur*, Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez, Ricardo Molina López, Alfonso Cadavid Londoño, Juan Oberto Sotomayor (Coords.), Tomo 1, Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Uniandes-Universidad Pontificia Bolivariana- Universidad Sergio Arboleda-Universidad EAFIT-Ed. Ibáñez, 2013, pp. 749-780.

_____. “Migración, globalización y derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia”, en *Transformaciones en el espacio de la soberanía*, Henrik López Sterup, Ricardo Posada Maya, Natalia Ángel Cabo, Patricia Moncada Roa, Facultad de Derecho, Uniandes- Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, FortalEsder, 2013.

POSADA MAYA, RICARDO y HERNÁNDEZ BELTRÁN, HAROLD MAURICIO. *El sistema de la individualización de la pena en el Derecho penal Colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana y Diké, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/MORALES PRATS, Fermín/et al. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011. (Citado Comentarios)

REBOLLO VARGAS, Rafael. “Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentas y de las libertades públicas”, en *Revista Derecho (Valparaíso)*, vol. 2, num. XXVI, 2006, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pp. 223-242. Consultado en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/discriminacion%20con%20portada.pdf

RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban. “Los significados del derecho a la vida”, en Henrik López y Ricardo Posada (Coord.), *Manual de Constitución y Democracia: de los derechos*, vol. I Programa Constitución & Democracia, Universidad de los Andes, 1ª ed. 2006 y 2ª ed. 2007 (1ª reimpresión 2008, 2ª reimpresión 2009, 3ª reimpresión 2010-I, 4ª reimpresión 2012), pp. 31-58.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar. “Derecho a la igualdad”, en Henrik López y Ricardo Posada (Coord.), *Manual de Constitución y Democracia: de los derechos*, vol. I Programa Constitución & Democracia, Universidad de los Andes, 1ª ed. 2006 y 2ª ed. 2007 (1ª reimpresión 2008, 2ª reimpresión 2009, 3ª reimpresión 2010-I, 4ª reimpresión 2012), pp. 189-203.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal Español”, en *Dos mil-tres mil*, no. 11, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, 2007. Consultado on line: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/discriminacion%20con%20portada.pdf

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria”, en Manuel Cobo del Rosal (Dir.) et al. *Compendio de Derecho Penal español*, Parte especial, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 940-954.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.)/ JUDEL PRIETO, Ángel /PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho penal, Parte especial*, T. II, 6ª ed., Madrid, Civitas, Thomson-Reuters, 2011. (Citado Manual).

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “La discriminación en el ámbito penal. A propósito de la ley 1482 de 2011”, en *Discriminación, jurisdicción Universal y Temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 395-534.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador/ORTS BERENGUER, Enrique/CARBONELL MATEU, Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/Martínez-Buján Pérez, Carlos.

Derecho penal, Parte especial, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
(Citado DP, PE).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”, en Revista *Eguzkilo*, Num. Extraordinario 7, San Sebastián, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Dic. 1994, pp. 83-92, consultado en line: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_eguzkilo_num_extr7/es_ext ra7/adjuntos/zaffaroni.pdf