

Jurisprudential and doctrinal analysis of the criminal type of discriminatory acts

María Camila Morales Segura**

Resumen

El presente artículo pretende dar a conocer el tipo penal de actos de discriminación, las reformas o cambios que del mismo se han realizado, así como sus elementos y los pronunciamientos de altas cortes sobre el mismo, ya que es un fenómeno de carácter permanente en la sociedad y que impide la plena ejecución de los derechos inherentes a cada persona, desconociendo el mandato constitucional y legal al respecto. También se hará alusión a ciertas discusiones doctrinales respecto a uno de los elementos objetivos del tipo penal como lo es el objeto jurídico, con lo cual se determinará cual es bien jurídico que tanto en la legislación colombiana como en otras legislaciones es merecedor de protección o tutela por parte del Estado.

Palabras clave

Actos de discriminación, igualdad, derechos, integridad personal y protección.

Abstract

The purpose of this article is to make known the type of criminal acts of discrimination, the reforms or changes made thereto, as well as its elements and pronouncements thereon, since it is a permanent phenomenon in society and prevents the full implementation of the inherent rights of each person, ignoring the constitutional and legal mandate in this regard. Reference will also be made to certain doctrinal discussions regarding one of the objective elements of the criminal type as it is the legal object, which will determine which is a legal right that both Colombian law and other legislation is worthy of protection or State supervision.

* El presente artículo se desarrolla dentro del curso de investigación asistida III, del Semillero de Investigación en Política Pública y Control Fiscal de los Grupos Socio - humanística del Derecho Público Francisco de Vitoria, como un proyecto de investigación institucional respecto de la actualización del Código Penal colombiano.

** Estudiante de pregrado de la Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, noveno semestre, perteneciente al curso de Investigación asistida III. camimorales95@hotmail.com, mariamoraless@usantotomas.edu.co

Key words

Discriminatory acts, equality, rights, personal integrity and protection.

Introducción

Históricamente el reconocimiento social y normativo de la diversidad y la diferencia en la sociedad ha generado consecuencias tanto positivas como negativas. Dentro de los aspectos positivos, se puede traer a colación la implementación de conceptos como pluralidad y multiculturalismo, los cuales reconocen y buscan garantizar la coexistencia de diferentes grupos en la sociedad y por lo tanto de los derechos inherentes de ellos. Por otra parte, una de las consecuencias negativas es la discriminación, que es un fenómeno que se ha hecho presente de manera continua en la sociedad respecto de grupos con características particulares, ya sea por sus prácticas culturales, su ideología de género, sus tendencias políticas o religiosas, personas con alguna discapacidad, entre muchas otras.

El objetivo de este artículo es conocer la aplicación que jurisprudencialmente se le ha dado a la tipificación de los actos de discriminación, como una forma de prevenir y sancionar dicha conducta, teniendo en cuenta las consecuencias negativas derivadas de la misma y que influyen en la sociedad, especialmente sobre los diversos grupos contemplados por la norma como sujetos de especial protección de ella.

Esto se desarrollará por medio de determinados pronunciamientos de las diferentes jurisdicciones respecto de una de las normas protectoras del derecho a la integridad personal contenidas en el Código Penal, Ley 599 del 2000, como lo es el artículo referente a los actos de discriminación (Artículo 134A) para identificar la aplicación del mismo en su legislación, así como la forma efectiva de implementación en el Estado colombiano frente a la problemática planteada.

La estructura del presente documentos iniciará haciendo mención a dicho artículo para estudiar los elementos que lo conforman; posteriormente se identificarán las diferentes manifestaciones que se han presentado a nivel jurisprudencial, planteando las problemáticas absueltas por las altas cortes; y por último, se hará alusión los análisis doctrinales en la materia.

Código Penal Colombiano (Ley 599 del 2000)

“Artículo 134A. Actos de discriminación. 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, discapacidad y demás razones de discriminación, 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.” (Congreso de la República, Código Penal, Art. 134A, 2000).

Elementos que integran el tipo

Para el análisis de los elementos constitutivos del tipo penal, acudiremos a una clasificación de Filemón Torres que divide a estos elementos en dos grupos: Elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material, objeto jurídico, conducta o verbo rector y el resultado; mientras que los elementos subjetivos son: el dolo, la culpa, la preterintención y el ingrediente subjetivo. (Torres, F. 2011, pág. 289)

Elementos objetivos del tipo penal de actos de discriminación

Como se mencionó anteriormente, uno de los elementos del tipo objetivo es el sujeto activo, que es la persona que realiza la acción o la conducta prohibida; este elemento se clasifica a su vez en varias categorías: determinado, indeterminado, monosubjetivo y plurisubjetivo. En el caso particular del artículo bajo estudio, el autor de la conducta es un sujeto activo indeterminado, ya que la norma no especifica o no le atribuye una calidad determinada a quien lleve a cabo dicha conducta. Igualmente es monosubjetivo, ya que la conducta puede ser realizada por una sola persona, es decir, que no requiere de la intervención de un número plural de las mismas.

Por otra parte el artículo 134A del Código Penal establece que la conducta se podrá realizar sobre cualquier persona por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad, entre otras, pero de igual manera que el sujeto activo, no especifica calidades especiales sobre aquellas, por lo cual el sujeto pasivo al ser la persona titular del bien jurídico protegido y por lo tanto quien se ve afectado en el mismo, éste también será indeterminado.

Como otro de los elementos del tipo penal, encontramos el objeto material, que es sobre el cual recae o se realiza la acción, y que así mismo puede ser personal (la persona), real (cosas) o fenomenológico (inmaterial). Bajo este entendido, en el tipo penal de actos de discriminación, el objeto material es personal, ya que como la misma norma lo establece, la conducta recae sobre personas a quienes no se les permita el pleno ejercicio de sus derechos.

El cuarto elemento es el objeto jurídico, es decir, el valor o bien jurídico que le interesa proteger al Estado por medio de ésta norma y que en el caso particular consiste en la integridad personal, el cual conforme a diferentes instrumentos internacionales, es considerado un derecho que prohíbe tratos crueles, inhumanos o degradantes y frente al cual no se admite ningún tipo de limitaciones, ya que es de carácter absoluto, es decir, que no se debe ver interrumpido en ninguna circunstancia. (Galindo, J. 2009, pág. 92).

El siguiente elemento que hace parte de esta clasificación es la conducta o verbo rector, que consiste en la acción u omisión que realiza el sujeto activo contra los bienes jurídicos tutelados del sujeto pasivo. Esta se divide en tres clases que son: simple, alternativa y compleja. La simple es la que contiene un solo verbo rector y que por lo tanto se lleva a cabo con dicha conducta. Por otra parte la alternativa es en la que a pesar de que el tipo contenga dos o más verbos, la misma se consuma con la realización de uno de ellos. Así mismo la conducta puede ser compleja, que es en la que se contemplan varios verbos rectores, los cuales deben realizarse íntegramente para que se produzca el tipo. En el caso del tipo penal contenido en el artículo 134A (actos de discriminación), la conducta contemplada consiste en impedir, obstruir o restringir el pleno ejercicio de los derechos de las personas, el cual permite inferir por medio de la conjunción o, que es un verbo rector alternativo o excluyente, ya que a pesar de contener tres conductas diferentes, con la comisión de cualquiera de ellas se lleva a cabo la acción establecida.

Por último, se encuentra el resultado, que es la consecuencia de la realización de la acción del agente, es decir, cuando se lleva a cabo efectivamente la consumación de la acción. Una característica relevante de este elemento es que cuando un tipo penal es de resultado, dicha consecuencia se encuentra plenamente separada del momento de la realización de la acción. En el caso concreto, el tipo penal de actos de discriminación es de resultado, ya que se

requiere de su plena consumación u obtención de dicha consecuencia lesiva o peligrosa contra el bien jurídico tutelado, para que se presente el delito.

Elementos subjetivos del tipo penal de actos de discriminación

Primeramente debemos que señalar que los primeros tres elementos subjetivos de los tipos penales anteriormente mencionados son excluyentes entre sí, lo que quiere decir que no se puede presentar más de uno de ellos en cada tipo al mismo tiempo. Como consecuencia, los tipos serán dolosos, culposos o preterintencionales.

El primer elemento, es decir, el dolo, consiste en el conocimiento más la intención o voluntad de realizar la conducta; su clasificación corresponde a tres categorías: el dolo de primer grado, de intención o propósito en el cual el sujeto dirige su voluntad clara y directamente a realizar un determinado delito, independientemente que el resultado lo considere seguro o solo posible. La segunda categoría es el dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, donde el sujeto conoce que su acción producirá un resultado seguro o casi seguro, sin que inicialmente esté interesado en afectar el bien jurídico objeto de ese resultado, pero que necesariamente se ve afectado. Por último se habla del dolo eventual o condicionado, que se refiere a que el sujeto se representa el riesgo de probabilidad frente al resultado que se producirá como consecuencia de su conducta y que por lo tanto afectará un bien jurídico, y a pesar de dicha representación, deja al azar la producción del mismo, es decir, que lo asume. (Torres, F. 2011, pág. 332-335)

El segundo elemento es la culpa, que es cuando el resultado típico se lleva a cabo por la infracción de un deber objetivo de cuidado, cuando el agente debiendo haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. (Congreso de la República, Código Penal, Artículo 23, 2000). Se divide a su vez en dos clases: la culpa consciente o con representación en la cual el sujeto no quiere la realización del resultado y frente a la misma la prevé, pero confía en que no se presentará; y por otra parte está la culpa inconsciente o sin representación, conforme a la cual además de no querer la realización del resultado, este no puede ser previsto. Por lo tanto, las dos clases de culpa difieren en el elemento de la previsibilidad (Ruiz, A. 2011, pág. 6).

El tercer elemento subjetivo es la preterintención, que es cuando la acción realizada por el sujeto activo conlleva un resultado que excede su intención, y que por lo tanto no era previsible por el agente. (Jiménez, 2013, pág. 1) A su vez, la preterintención está conformada por cuatro elementos: 1. La intención de cometer un delito (dolo); 2. La obtención de un resultado más grave del querido (culpa); 3. La identidad del bien jurídico afectado; y 4. La identidad del objeto material.

Los dos últimos elementos deben ser taxativos, o estar plenamente establecidos por la ley penal, ya que por regla general se presume que las conductas típicas allí contenidas son dolosas. Teniendo en cuenta esto, así como la definición de cada elemento subjetivo, se puede determinar claramente que el delito del artículo 134A, es decir, de actos de discriminación, es un tipo eminentemente doloso, ya que por una parte el mismo código no establece que sea culposo (sistema de *numerus clausus*) ni preterintencional, y conforme a la descripción de dicha conducta, la misma es atribuible al conocimiento y la voluntad del sujeto activo, al impedir, obstruir o restringir el pleno ejercicio de los derechos de las personas.

Por otra parte, se encuentra el último elemento de la presente clasificación que hace referencia al elemento subjetivo de los tipos, el cual no se presenta en todos, pero es una circunstancia que puede ser fundamental en otros. Éste consiste en el propósito o la intención específica con que se lleva a cabo la conducta punible. Por ejemplo en el delito de hurto, se establece como un requisito fundamental para la realización de la conducta, que la misma sea llevada a cabo con el propósito de obtener provecho y al ser un delito contra el patrimonio económico, ese provecho debe ser de la misma naturaleza. Respecto a la aplicación de este elemento en el delito de actos de discriminación se puede decir que no es un elemento fundamental, ya que dicha conducta no requiere de un propósito o intención específica en el sujeto activo para su realización, únicamente los elementos anteriormente descritos.

Adicionalmente a los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales, se encuentra otra categoría de gran importancia para el derecho penal como lo es la tentativa, que no es un tipo penal que se explique por sí mismo, es decir, que no es autónomo, sino que requiere de otros tipos penales para establecer si frente a éstos tiene cabida la misma, ya que es la fase previa a la plena realización de un determinado tipo. (Torres, F. 2011, pág. 401-402) Los elementos que integran este tipo de carácter dependiente son: 1. La ejecución de una conducta punible

dirigida a su consumación; 2. La no producción del resultado, por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo; 3. Que la conducta se realice por medio de actos idóneos; 4. Que la conducta se realice por medio de actos inequívocos. (Congreso de la República, Código Penal, Art. 27, 2000)

Como uno de los elementos de la tentativa es la ejecución dirigida a la consumación de una conducta delictiva, esto hace imposible que la misma pueda predicarse de tipos culposos o preterintencionales, ya que ésta requiere de la voluntad y conocimiento del autor en la realización de la acción, conceptos que no se contemplan en estos dos elementos del tipo subjetivo. Por lo tanto y teniendo en cuenta la definición del tipo dependiente que es la tentativa, se puede decir que la misma se presenta en los tipos de carácter doloso, y adicionalmente en los tipos de resultado, que como ya se mencionó anteriormente, son aquellos en los que se puede separar la acción del resultado lesivo o peligroso. En relación con esto, en el artículo referente a los actos de discriminación se puede señalar que cabe la figura de la tentativa, por ser un delito doloso y de resultado como se explicó con antelación.

Jurisprudencia referente al tipo penal de actos de discriminación

En cuanto a los pronunciamientos que se han presentado en materia de actos de discriminación, se encuentra variada jurisprudencia de las diferentes jurisdicciones de Colombia, así como de algunos órganos a nivel internacional. En el presente trabajo se hará alusión específicamente a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, en cuanto a las manifestaciones de carácter nacional; así como a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de carácter internacional.

Corte Constitucional

Uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a los actos de discriminación se encuentra en la sentencia C-257 del 18 de mayo del 2016, en la que la parte demandante solicitaba que se declarara la inconstitucionalidad del artículo en cuestión, ya que dentro de las categorías contempladas en la ley sobre las cuales podría recaer dicha conducta, no se

tenía en cuenta la identidad de género lo que implicaba criterios cerrados respecto de la protección de determinados grupos vulnerables a dicha conducta.

Frente a esta demanda la Corte señaló que a pesar de que en la norma no se contemplara en ese momento otros grupos que fueran destinatarios de protección en la materia, por medio de la Ley 1752 del 2015 se amplió el alcance de la norma, la cual introdujo el concepto de “estándar de generalidad”, que conforme al pronunciamiento de la Corte, hace referencia a una forma de protección en dos vías diferentes.

Por una parte, la defensa no se llevará a cabo respecto de personas con características particulares que pertenezcan a un mismo grupo en razón de ellas, es decir, de una minoría que aunque pueda ser susceptible de actos de discriminación, por su misma condición puede ser de menor visibilidad; sino que dicha defensa se llevara a cabo en función de las condiciones personales que pueden ser susceptibles de esta conducta delictiva, lo cual abarca una pluralidad mayor a la anterior.

Es decir, que la protección que se pretende efectuar recaerá no respecto de las personas que practiquen la religión católica, cristiana, etc., sino de la creencia misma en cualquier religión; así mismo, no se protegerá a los indígenas, los negros o los blancos, sino a las personas en razón de su raza o etnia; la protección recaerá respecto de la identidad de género, en cualquiera de ellos, y no particularmente respecto de la mujer o del hombre.

Respecto de la segunda forma de protección, con la Ley 1752 del 2015 y el concepto introducido por la misma, se procurará que sean sancionadas no solo las condiciones que taxativamente señale la ley, siendo estas un ámbito restringido de las mismas, sino todas aquellas que sean vulnerables ante la conducta descrita como acto de discriminación, lo cual implica una protección más amplia que cobije condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad, y a su vez, la lengua, el pasado judicial, el estado civil, entre otros. (Corte Constitucional, Sentencia C-257, 2016). Conforme a esto, la problemática planteada se resolvió aclarando que con la entrada en vigor de la mencionada ley se llenó el vacío legislativo existente en la norma bajo estudio respecto de las categorías que deberían ser objeto de protección, ya que a pesar de mencionar expresamente algunas de ellas con la

expresión “y demás razones de discriminación” se sancionarían todas las potenciales formas de la misma.

Posteriormente y en concordancia con la problemática que se presenta en cuanto a la realización de actos de discriminación frente a la identidad de género, la Corte se pronunció en la sentencia T-652 del 23 de noviembre de 2016, la cual inició por medio de una acción de tutela, donde la accionante reclama el reconocimiento de los derechos de igualdad y de no discriminación por la condición de ser mujer. En dicho pronunciamiento, la Corte puso de precedente la lucha histórica de las mujeres frente al cumplimiento y garantía de sus derechos, advirtiendo que una de las formas de discriminación que tradicionalmente tienen mayor incidencia en la sociedad es la violencia de género, amparada bajo las costumbres de la sociedad y los estereotipos que en ella se han creado, afectando e impidiendo que las mujeres puedan ejercer de manera libre sus derechos. (Corte Constitucional, Sentencia T-652, 2016). Como consecuencia de esto, es decir, del problema social que implica la discriminación como forma de violencia contra la mujer, la Sala reiteró la importancia de la protección constitucional y legal de sus derechos, y de manera particular el derecho a la igualdad en busca de rechazar toda conducta atentatoria del mismo, por razones de identidad de género.

Conforme a ello, la Corte Constitucional hace una descripción del origen de los actos de discriminación en contra de la mujer, los cuales se dan en el contexto de una sociedad que se basa en estereotipos, y que trae como consecuencia la necesidad de protección por parte del Estado, el cual por medio de *“la Constitución Política reconoció expresamente la igualdad jurídica al consagrar que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades y que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”* (Corte Constitucional, Sentencia T-878, 2014), así como el artículo 13 que consagra el derecho a la igualdad y a la no discriminación, no solo frente a los derechos generales de la mujer sino también a los específicos, en miras a lograr una efectiva igualdad material.

Del mismo modo la Corte definió los actos de discriminación como actos arbitrarios que perjudican a una persona o un grupo de ellas, por condiciones que les son inherentes, vulnerando el pleno y libre ejercicio de sus derechos, especialmente el de la igualdad y la dignidad, en razón de prejuicios o estereotipos socialmente establecidos. (Corte

Constitucional, Sentencia T-098, 1994) Con ello, la Corte reitera la importancia del derecho a la igualdad, el cual implica que no en todos los casos se debe tratar a las personas como iguales cuando no lo son, atendiendo a sus características especiales, frente a lo cual se debe realizar un juicio que permita hallar aquellas diferencias legítimamente reconocidas por la Constitución y que a su vez permite identificar cuándo se infringen los derechos de una determinada población o de alguna manera esta se está viendo segregada.

Corte Suprema de Justicia

Respecto a los actos de discriminación la sentencia SL1360 del 11 de abril del 2018 trata en particular la situación de las personas con discapacidad, como personas objeto de especial protección en el ámbito laboral frente a la prohibición de su despido en la calidad de trabajador, para lo cual cita la Ley 361 de 1997, en la que se establecen mecanismos de integración social, especialmente el artículo 26, así:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral (...). Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.” (Congreso de la República, Ley 361, 1997)

Con esto la Corte busca precisar que por medio de la legislación colombiana se persigue la efectiva protección de las personas en condiciones de discapacidad, en las diferentes fases que se presentan en las relaciones laborales, evitando formas de discriminación que conlleven a la exclusión y segregación de esta parte de la población, con motivo de sus deficiencias físicas, sensoriales o mentales y así mismo garantizando su estabilidad laboral; particularmente en el momento de terminación del vínculo laboral, no se prohíbe el despido del trabajador que se encuentra bajo esta condición, sino que se sancionará la terminación con motivo de su discapacidad. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL1360, 2018)

Por otra parte en la sentencia SP8064 del 2017, la Corte trae a colación la Ley 1761 de 2015 que desarrolla el tipo penal del feminicidio como un delito autónomo que pretende garantizar el derecho a la vida de las mujeres en toda su integralidad, es decir, permitiendo su pleno desarrollo y bienestar, sin que interfieran factores de discriminación como la violencia de género, siendo éste un fenómeno que se debe suprimir, para hacer efectivos los derechos a la

igualdad y a una vida digna (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP8064, 2017); esto con la finalidad de explicar una de las normatividades que busca garantizar la protección de la mujer de actos de discriminación por su específica condición, teniendo en cuenta que como se mencionó anteriormente, históricamente ha existido una evidente desigualdad entre hombres y mujeres, siendo estas a quienes no se les ha permitido el pleno ejercicio de derechos.

Adicionalmente en la sentencia SP107 del 7 de febrero de 2018, relacionado con los actos de discriminación se habla del delito de acoso sexual, el cual al estar contemplado en la ley, sirve como un medio para garantizar la igualdad y la eliminación de las formas de discriminación especialmente contra la mujer. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP107, 2018)

Consejo de Estado

Uno de los pronunciamientos del Consejo de Estado respecto de la materia objeto de estudio hace referencia al concepto de estabilidad laboral reforzada, el cual tiene la finalidad de garantizar dicho principio, respecto del trabajador que en determinado caso se encuentra en un estado de debilidad como por ejemplo: las mujeres en estado de embarazo, personas con discapacidades, trabajadores que cuentan con fuero, entre otros, sobre el cual pueden recaer actos de discriminación como el despido o el desconocimiento de derechos constitucionales y legales, esto en razón del derecho a la igualdad que en ámbito del trabajo se refleja en que una persona continúe desarrollando sus labores de acuerdo a su capacidad, y como una medida de especial protección ante la discriminación. (Consejo de Estado, Radicado: 76001-23-31-000-2009-00670-01, 2009)

Por otra parte, una sentencia proferida por esta jurisdicción (Consejo de Estado, Radicado: 25000-23-36-000-2017-00431-01, 2017) cita una de las definiciones que ha proferido la Corte Constitucional sobre los actos discriminatorios, que con relación a la mencionada anteriormente, los describe como una forma de vulneración de los derechos fundamentales de la personas en razón de prejuicios o estereotipos sociales respecto de condiciones específicas inherentes a éstas personas, que ya sea de manera consciente o inconsciente busca segregarlas. (Corte Constitucional, Sentencia T-141, 2017) Conforme a dicho concepto, la importancia del comportamiento no radica en la intensión de actuar de una forma específica,

sino en la realización de una conducta arbitraria que manifieste las diferencias de determinadas personas como categorías que de las cuales no se pueden despojar y que normalmente son utilizadas para perpetuar situaciones de discriminación, lesionando su dignidad humana.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto a los actos de discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 en la cual señaló que la igualdad es un concepto unido intrínsecamente a la dignidad de la persona, frente a la cual no se concibe tratar como superior ni como inferior a la misma por medio de cualquier forma de discriminación, que impida el goce sus derechos.

Conforme a ello, define dichos actos como una de las formas de evitar el reconocimiento, realización y efectiva satisfacción de los derechos y libertades fundamentales de las personas basándose en determinados motivos o condiciones ya sean personales o sociales, por medio de la distinción, exclusión, restricción o preferencia de las mismas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24, 2017)

Esta misma organización establece la importancia de la igualdad y la no discriminación, como principios de carácter fundamental tanto en el derecho interno, estableciendo las obligaciones que tienen los Estados de eliminar y combatir las formas de discriminación, así como en el derecho internacional, considerandolos preceptos intimamente relacionados con el ius cogens, ya que son normas imperativas que protegen valores y derechos esenciales y frente a las cuales a pesar de ser parte o no de tratados internacionales, los Estados están obligados a su plena observancia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia N° 14. Igualdad y no discriminación, 2017).

Normas internacionales respecto de los actos de discriminación

Otro pronunciamiento de carácter internacional respecto de la discriminación corresponde a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, cuya definición es similar a la establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a que es una forma de menoscabar el reconocimiento, realización y efectiva

satisfacción de los derechos y libertades fundamentales, pero específicamente en el caso de las mujeres, respecto a diferentes aspectos de carácter personal o social, por medio de actos de distinción, exclusión o restricción. (Organización de las Naciones Unidas, 1979)

Por otra parte el Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas emitió la Recomendación General número 19 sobre violencia contra la mujer que como lo han establecido otras corporaciones anteriormente mencionadas, determinó que una de las expresiones de la discriminación es la violencia de género, que impide de forma grave la efectividad de los derechos y libertades de las mujeres, basándose en diferentes factores raciales, étnicos, de orientación sexual, entre otros. (Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer, 1992)

Apartandose un poco del tema específico del artículo 134A, cabe señalar la importancia que tiene para otras organizaciones internacionales como lo es la Corte Penal Internacional, la protección de los bienes jurídicos y a su vez la dignidad humana, que son los límites impuestos por el legislador para la configuración del tipo penal, por lo cual el mismo ya no se legitimará basándose en el incumplimiento de un deber jurídico de actuación, sino en la protección del bien jurídico que será seleccionado de manera universal y no solo respecto de las dinámicas sociales locales, y a su vez en la dignidad humana, que concibe que cada ser es un fin en sí mismo. (Guecha, C. Torregrosa, N. Carreño, D. 2018) Esto guarda relación con el tipo penal de “actos de discriminación”, teniendo en cuenta que resalta la importancia de los dos límites señalados, los cuales se reflejan en el objetivo de la tipificación de esta conducta, que conforme a lo que se ha mencionado, es la protección del bien jurídico de la integridad personal que es reconocido tanto a nivel nacional como internacional, por su intrínseca correspondencia con la dignidad de la persona y por lo tanto con la efectiva ejecución y goce de los derechos fundamentales.

Doctrina

La Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales realiza un estudio respecto del artículo 134A, así como del artículo correspondiente al hostigamiento por motivos de discriminación, respecto de los cuales describe sus elementos típicos, tanto objetivos como los subjetivos. Posteriormente describe las circunstancias agravantes previstas para dichos artículos, dentro

de las cuales contempla: las conductas ejecutadas en espacios públicos, o las que se ejecutan manipulando medios masivos de comunicación; también cuando éstas son llevadas a cabo por un funcionario público o respecto del servicio prestado por el mismo, así como cuando se realizan sobre menores de edad o adultos mayores; y las que vulneran los derechos de los trabajadores. Por otra parte menciona las circunstancias de atenuación como lo son la retractación y la ejecución de un servicio que no se concedía.

Frente a las conclusiones del autor, el mismo considera que el concepto de discriminación es puramente individualista, cuando debería ser colectivo o intergrupar, por medio del cual se lograría dar una correcta explicación del fenómeno y sus efectos sociales. También establece que la tipificación de estas conductas genera un falso sentimiento de seguridad en las personas, por la importancia que se le otorga a nivel constitucional, ya que en vez de promoverla y proteger efectivamente los derechos y bienes jurídicos, para el ámbito penal es una forma de generar impunidad. (Posada, R. 2013, pág. 607)

Otra parte de la doctrina resalta la importancia de identificar plenamente cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con éste tipo penal. Como se mencionó anteriormente, el delito de actos de discriminación conforme a su ubicación dentro de la Ley 599 del 2000, es uno de los delitos que buscan proteger el bien jurídico de la integridad personal, que conforme a diferentes instrumentos internacionales es considerado un derecho que prohíbe tratos crueles, inhumanos o degradantes y frente al cual no se admite ningún tipo de limitaciones, ya que es de carácter absoluto, es decir, que no se debe ver interrumpido en ninguna circunstancia. (Galindo, J. 2009, pág. 146)

A pesar de ello, varios doctrinantes discrepan respecto del bien jurídico que se protege realmente con este delito. Así, en diferentes legislaciones se consideran varios objetos jurídicos como aquellos que requieren de la tutela del Estado por medio de la normatividad penal; por esta razón en el caso particular de los actos de discriminación, se le puede identificar como un delito pluriofensivo el cual afecta simultáneamente varios bienes jurídicos. La Corte Constitucional se refiere al respecto, al considerar que *“la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal, lesiona simultáneamente varios intereses que el legislador concibe como dignos de tutela jurídica. El delito pluriofensivo es incorporado por el legislador en el estatuto penal, en el acápite correspondiente a uno de los varios*

intereses jurídicos que protege; en aquel que, a juicio del legislador, es más relevante en ese caso particular.” (Corte Constitucional, Sentencia C-658, 1997)

Conforme a dicha definición algunos de los bienes jurídicos que podrían hallarse bajo el amparo del derecho penal son la paz u orden público, la libertad, la seguridad e integridad de las personas, tanto física como moral, entre otros, de acuerdo al nivel de intensidad que se alcanza con la realización de la conducta discriminatoria. (Politoff, S. 2006, págs. 194-196) Pese a encontrar dichos bienes jurídicos como aquellos que son objeto de protección con la norma bajo estudio, algunos autores consideran que tanto la dignidad humana como la igualdad, son bienes fundamentales que les dan origen y de los cuales emergen los derechos humanos y que por lo tanto al verse vulnerados por medio de la discriminación, la misma implica una negación de ellos.

De este modo, ponen de manifiesto diferentes legislaciones que contemplan tanto a la dignidad humana como la igualdad como aquellos objetos jurídicos característicos de los tipos penales de discriminación, merecedores de la tutela del Estado, por ejemplo el Código Penal francés, donde los artículo referentes a la discriminación se encuentran como aquellos “Atentados contra la dignidad de las personas”: del mismo modo en el Código Penal español, la protección a la no discriminación se basa principalmente en la condición humana, es decir, “la dignidad especial e igual de cada persona”; sucede del mismo modo en el Código Penal holandés el cual toma estos principios como aquellos en los cuales reside este amparo, así como en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales.

Conforme a lo mencionado se concluye que aunque los tipos penales pueden ser denominados de diferentes formas o con una protección referida a un ámbito especial y característico de cada legislación, todos tienen como principio la dignidad y la igualdad como manifestación de la no discriminación. (Politoff, S. 2006, pág. 194)

Por otra parte, instrumentos internacionales como la Organización Estados Americanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre contienen principios que velan por la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, garantizando el respeto y la efectiva ejecución de los mismos por sus titulares, siendo éstos

bienes jurídicos esenciales en cuanto a la materialización de la no discriminación. (Becerra, A. & Garmendia, R. 2006, págs. 79)

A pesar de ello, de los diferentes mecanismos planteados e impuestos por los Estados y a nivel internacional por diversas organizaciones en miras a garantizar la protección de los derechos humanos, en países como Colombia donde la segregación contra las minorías aumenta constantemente, especialmente aquellas que se encuentran en mayor estado de vulnerabilidad. Un caso particular es la población o grupos LGBTI, los cuales “no gozan de una garantía de vida en relación con el respeto a sus derechos humanos”, que en su Constitución y conforme a normas internacionales establece que derechos como la libertad, la igualdad, entre otros tienen carácter de derechos fundamentales y que por lo tanto deben ser garantizados en igualdad de condiciones a todos los asociados. (Moreno, N. Rincón, J. Villalobos, G. 2014) Esto evidencia, como lo menciono uno de los primeros autores citados, que la base de la protección se encuentra en la garantía de los derechos fundamentales, de acuerdo a los cuales como se presente la conducta, permiten identificar sus respectivos bienes jurídicos.

Para ejemplificar lo mencionado anteriormente, se plantea un caso particular respecto a los actos discriminatorios de los que es víctima la población LGBTI en el ámbito laboral en la ciudad de Villavicencio, la cual se desarrolla bajo prácticas y costumbres religiosas que tienden a ser machistas. En este caso, dichas “formas de discriminación varían desde un rechazo en una entrevista de trabajo, hasta burlas y tratos crueles en los sitios de trabajo”. Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente por uno de los autores respecto a que el bien jurídico que se verá afectado con esta conducta varía dependiendo de la intensidad con que se lleve a cabo la misma, el bien jurídico que se pretendería garantizar con la tipificación de esta conducta sería la libertad individual, específicamente la libertad de trabajo y asociación contemplados en el Título III, Capítulo VIII de la Ley 599 del 2000.

Otra forma en que se manifiesta la ejecución de una conducta de discriminación, la contiene el Código alemán que contiene normas penales respecto de actos de “incitación al odio racial y otras acciones discriminatorias”, con las cuales se pretende proteger el bien jurídico del orden o la paz pública, el cual en el caso del Código Penal colombiano se asemejaría al de seguridad del Estado, Título XII, así:

“No resulta fácil aproximarse a una definición de este bien jurídico tutelado, dado que dentro de este capítulo se incluyen conductas diversas que pueden tener finalidad bien diferentes (...) En legislaciones europeas, como la española o la alemana, existe la tendencia a diferenciar en capítulos independientes los “delitos de peligro común” y aquellos en contra del “orden público” (Cruz, L. 2003, pág. 4)

De este modo, los diferentes casos planteados sirven para concluir que el tipo penal de actos de discriminación es un tipo pluriofensivo que por medio de la realización de cualquier conducta discriminatoria se pueden afectar diversos bienes jurídicos, siempre teniendo en cuenta que el mayor interés tanto del Estado como de las organizaciones internacionales, es proteger y garantizar la dignidad humana y la igualdad; y que en cada caso se debe valorar la conducta específica para determinar de acuerdo a su nivel de intensidad, que bien jurídico tutelado por el Estado se ve vulnerado.

Conclusiones

Conforme al análisis jurisprudencial y doctrinal del artículo 134A del Código Penal colombiano, se vislumbra que la tipificación de dicha conducta ha ido evolucionando, ya que en legislaciones anteriores la descripción de la misma no se contemplaba la cobertura que tiene hoy en día respecto de los factores o elementos que se pretenden proteger, la cual se obtuvo por medio de la inclusión del concepto de estándar de generalidad, que determina condiciones o categorías mayores y más amplias de deben ser objeto de protección de actos discriminatorias, las cuales requieren de la efectiva ejecución y realización de sus derechos y garantías.

Por otra parte se evidencia, que a nivel histórico unas de las condiciones de mayor susceptibilidad frente a esta conducta son las mujeres en razón de su identidad de género, a quienes se les vulneran sus derechos sin contemplación de su dignidad y de su vida, ello como consecuencia de circunstancias sociales basadas en los estereotipos y en las costumbres. Esta problemática se refleja en diferentes ámbitos como el personal, el laboral y en las diferentes relaciones sociales de cada persona.

De igual modo se concluye que a pesar del esfuerzo del Estado al tipificar la conducta de actos de discriminación como una conducta delictiva, en razón de prevenirla y evitarla, la

misma no refleja suficientemente lo que implica dicho fenómeno en la realidad, ya que es una de las conductas que se presentan con mayor frecuencia y que generalmente quedan en la impunidad.

Por otra parte, del análisis doctrinal referente al bien jurídico se infiere que el tipo penal de actos de discriminación es un tipo pluriofensivo, que no solo afecta un bien jurídico sino varios y que ello varía dependiendo de la conducta que se realice y la intensidad en que la misma sea llevada a cabo. De igual modo, la materialización más relevante de la protección del derecho a la no discriminación se refleja en garantizar los derechos de la dignidad humana, así como la igualdad, derechos que tienen el carácter de fundamentales y que implican la libre ejecución de los demás derechos del individuo teniendo en consideración a la persona como un fin en sí mismo, que merece un trato igual a los demás por su condición de persona.

Conforme a lo mencionado, también se hace evidente que el tipo penal de actos de discriminación es un tipo relativo, donde la pluralidad de bienes jurídicos que pueden verse afectados frente al mismo implica mayor complejidad al pretender ubicarlo únicamente en uno de ellos; por esta razón se concluye que el bien jurídico que abarca de mejor manera las diferentes formas de realización de actos de discriminación es el que refiere a la vida y la integridad personal, derechos inalienables al individuo, y que prohíben directamente cualquier tipo de trato cruel, inhumano o degradante, es decir, que con ellos se afirma la dignidad de la persona y su condición de igual con los demás.

Así mismo, en virtud de dicha pluralidad de bienes jurídicos objeto de protección, éste tipo penal debería ser un tipo dependiente, es decir, aquel que no se explica por sí mismo, que no es autónomo, ya que requiere de otros tipos penales para establecer si se incurre en el mismo o no.

Bibliografía

Becerra, A. & Garmendia, R. (2006). El derecho a la no discriminación: una perspectiva internacional, Red El Cotidiano.

Cruz, L. (2003). Lecciones de derecho penal parte especial. Delitos contra la seguridad pública, Universidad Externado de Colombia.

Galindo, J. (2009). Revista Universidad Externado. Contenido del derecho a la integridad personal.

Guecha, C. Torregrosa, N. Et al. (2018). Workshop internacional derechos humanos, derecho internacional humanitario, crímenes internacionales y justicia transicional.

Jiménez, P. (2013). Delitos preterintencionales.

Moreno, N. Rincón, J. Villalobos, G. (2014). Hacia un territorio libre de discriminación laboral por razones de orientación sexual en Villavicencio (Colombia).

Moya, M. Bernal, C. (2015). Libertad de expresión y proceso penal.

Politoff, S. (2006). Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado. (A la luz del proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica (boletín N° 2142-17)).

Posada, R. (2013). Los delitos de actos racistas o discriminatorios y hostigamiento por motivos de discriminación.

Ruiz, A. (2011). Los delitos Culposos.

Torres, F. (2011). Manual de Derecho Penal.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta. Radicado: 25000-23-36-000-2017-00431-01. 20 de septiembre del 2017. Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta. Radicado: 76001-23-31-000-2009-00670-01. 9 de septiembre del 2009. Colombia.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. ONU. 18 de diciembre de 1979.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer. La violencia contra la mujer: 29/01/92. Recomendación. General N°19.

Corte Constitucional. Sentencia C-257 del 18 de mayo de 2016. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia C-658 del 3 de diciembre de 1997. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-098 del 07 de marzo de 1994. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-141 del 27 de marzo de 2015. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-141 del 07 de marzo de 2017. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-652 del 23 de noviembre de 2016. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-691 del 28 de agosto de 2012. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-878 del 18 de noviembre de 2014. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia N° 14. Igualdad y no discriminación. 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018. Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP107 del 7 de febrero de 2018. Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP8064 del 7 de junio de 2017. Colombia.

Normatividad colombiana

Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000. Colombia. 24 de julio del 2000.

Constitución Política de Colombia. 1991.

Ley 361 del 11 de febrero de 1997. Colombia.