

Funcionamiento básico del Derecho Penal aplicado al Delito de Discriminación

Por la Dra. Michelle Suárez Bertora - Colectivo Ovejas Negras

Este es un breve intento de realizar un estudio analítico del delito en general y su aplicación a los casos de discriminación en particular, permitiendo observar paso a paso, escalón por escalón, si estamos o no en presencia de un delito, haciéndolo a través de sus elementos esenciales, descartándolo apenas se constata la falta de cualquiera de ellos, de forma que no sea necesario continuar el análisis y preguntarnos si es una conducta tipificada por la ley, algo que ni siquiera puede definirse como "acción", o si es culpable un sujeto por un acto que no resulta ser antijurídico, o que ni siquiera es típico según la ley.

Cada elemento es condición necesaria, pero no suficiente para la configuración del delito. El delito es el conjunto de todos los elementos, es el todo, configurado por una conducta típica, antijurídica y culpable. Si falta uno de estos elementos esenciales el delito penal no existe.

Puede no haber delito:

- Por falta de conducta humana (por una no acción) ya que no todo evento producido por el hombre es acción (como en los casos de actos reflejos o inconscientes),
- Porque exista acción, pero no típica
- Porque una acción humana tipificada como delictiva esté justificada (por ejemplo, matar en legítima defensa),
- Por no serle reprochable al autor una conducta típica y antijurídica: por ej., por haber sido cometida por un inimputable por razón de edad
- Y todavía puede haber delito (si se dan todos los elementos esenciales) que resulte no punible, no castigable, cuando el legislador así lo ha establecido, en general por razones de política criminal, como en los casos de impunidad (por ejemplo, el hurto entre hermanos que vivieran en familia bajo el mismo techo, Art. 41 N°3, Código Penal)

Cuando decimos que la conducta humana debe ser típica, queremos decir que debe estar establecida en la ley, lo que se efectúa a través de un verbo que sintéticamente describe la conducta prohibida ("matar" en el homicidio, "apoderarse de cosa ajena" en el hurto, "inducir en el error" en la estafa, etc.). Lo prohibido, lo típico, es el hecho previsto por la ley como delito. El tipo nos dice, en concreto, en qué consiste el delito. Cuando se dan conjuntamente todos los elementos del delito o sea, cuando hay una conducta típica, antijurídica y reprochable al individuo, se le impone una pena como consecuencia.

Llevemos estos elementos básicamente tratados al análisis de los **Art. 149 BIS y 149 TER del Código Penal**. El primero de ellos refiere a la incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas, estableciendo que: "el que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión".

El núcleo de este tipo es el verbo "incitar" que significa "alentar", "inducir", "excitar", "estimular", "animar", etc. La conducta debe ser perpetrada públicamente, es decir en lugar público y delante de público. Además la acción puede ser cometida "mediante cualquier medio apto para su difusión pública", es decir que no tiene por qué ser directamente frente al público, sino también por otro medio que sirva para difundirla públicamente. **La referencia es el odio, el desprecio o cualquier forma de violencia moral o física, que es a lo que se incita, como actividad principal del delito.** No debe olvidarse que **lo que se castiga acá es la estimulación al odio, desprecio o cualquier forma de violencia.** El delito de incitación al odio se consuma apenas la incitación es percibida por un número indeterminado de personas (público).

Por otro lado el Art. 149 TER del Código Penal dice: "El que cometiere actos de violencia moral o física, de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión u origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión". **El núcleo verbal es "cometer" que supone "realizar" o "hacer".** Es una modalidad que va más allá de la conducta descrita en el artículo anterior, donde alcanzaba con incitar, **en este caso se realizan actos de violencia de cualquier tipo** por las mismas razones que las expresadas en la norma del 149 BIS.

¿Qué hay de los actos de discriminación cometidos bajo la excusa del famoso “derecho de admisión”? ¿Hasta qué punto un propietario puede impedir la entrada a un cliente por su forma de vestir, su edad, orientación sexual, identidad de género o su apariencia? El art. 2804 del Digesto Municipal (IMM) ampara a los dueños de establecimientos con música en vivo y de discotecas para dejar afuera a eventuales clientes que estén en "estado de embriaguez o de notorio desaseo" como únicos factores que excusan un comportamiento de este tipo. Además, el artículo 2808 fija que las empresas deben "observar la mayor corrección y el respeto más absoluto hacia los espectadores".

Es importante mencionar que un elemento no utilizado hasta ahora son las **denuncias ante el Área de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Finanzas** (<http://www.consumidor.gub.uy/>) establecida por la ley 17.250, la cual consagra que en el caso de que haya límites a la oferta comercial (en este caso, de un local de entretenimiento), tendrán que ser especificados y además no podrán ser violatorios de la ley antidiscriminación. A modo de ejemplo, **es admisible que un local solo permita la entrada a personas mayores de determinada edad o sólo deje ingresar clientes vestidos de gala, con la condición de que debe informarlo previamente a la entrada, porque si no hay un cartel que lo diga se supone que están ofreciendo la entrada a cualquier persona.**

Muchos locales colocan un cartel que indica: "La casa se reserva el derecho de admisión". **Ese derecho de admisión puede reservarse de forma "lícita o ilícita".** En forma lícita es cuando se cumple con la ley del consumidor, que me dice que el límite lo tengo que informar. **Cuando este no es el caso y el derecho se reserva de forma ilícita, la ley 18.507 asegura un método rápido luego de la primera instancia de denuncia ante el Área de Defensa del Consumidor, en el que la víctima presenta una solicitud de audiencia ante un Juzgado de Paz y puede reclamar un resarcimiento de hasta 100 UR (cien unidades reajustables).** Esta vía podría constituir un nuevo instrumento de lucha en camino a un mínimo resarcimiento económico que repare el daño causado a la víctima por un acto discriminatorio.

Por último, debe quedar claro que el archivo de una causa penal no implica necesariamente la falsedad de los hechos alegados sino su falta de adecuación a los carriles estrictos por naturaleza del Derecho Penal antes explicados.

No olvidemos que el Derecho Penal en nuestro país se centra en la figura del “criminal”, de quien cometió el acto delictivo, y le da la espalda a la víctima y al resarcimiento del daño causado. El Derecho Penal es la última barrera de defensa del Estado de Derecho, la “ultima ratio” y jamás será la herramienta principal de lucha contra problemas sociales como el de la discriminación en todas sus aristas.