

La discriminación racial como delito

Racial discrimination as a crime

Jorge Luis González González**

Recibido el 30/03/2015 - Aceptado el 05/07/2015

* Fiscal Nacional Indígena
jorgeluisgonzalezgonzalez@gmail.com

Resumen

La entrada en vigencia en Venezuela de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial en el año 2011 trajo consigo la previsión como tipo penal de la discriminación racial. En ese sentido, el presente artículo es el resultado de un análisis realizado a través de un diseño de investigación documental a nivel descriptivo y tiene por finalidad el estudio de este delito en el contexto del derecho positivo venezolano y en general, la revisión de algunas consideraciones acerca de la referida ley. El propósito es hacer un análisis del objeto de la ley, su ámbito de aplicación, el reconocimiento y declaratoria de la discriminación racial como orden público e interés general y social, los principios que la regulan, la prohibición de actos de discriminación y los hechos considerados no discriminatorios, las obligaciones que impone y más ampliamente el delito de discriminación racial como tipo penal, el bien jurídico tutelado, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el verbo rector, la pena aplicable, las circunstancias agravantes del mismo, así como un análisis de la constitucionalidad del carácter orgánico de la misma, declarada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Palabras clave: Discriminación racial, racismo, xenofobia, Indígenas, Afrodescendientes.

Abstract

The Organic Law Against Racial Discrimination in the year 2011 brought the forecast as a criminal type. In that sense, this article is the result of an analysis made by a documentary research at the descriptive level design and aims to the study of this crime in the context of the venezuelan positive law and general considerations about the referred law. The purpose is to make an analysis of the object of the law, its scope, the recognition and declaration of racial discrimination as public order and general social interest, the principles governing it, the prohibition of acts of discrimination and non-discriminatory considered facts, obligations and more widely the crime of racial discrimination as a criminal type, the protected legal asset, the active subject, the passive person, the governing verb, the applicable penalty, the aggravating circumstances of the same, as well as an analysis of the constitutionality of the organic nature of it, declared by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of the Bolivarian Republic of Venezuela.

Keywords: Racial Discrimination, Racism, Xenophobia, Indigenous, African Descent

La discriminación racial como delito

Jorge Luis González González

Introducción

La Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011) estableció como tipo penal justamente este tipo de discriminación, lo cual significa un avance significativo en la penalización de este delito que de manera silenciosa e históricamente se cometía en nuestro país. Esta ley está dividida en cinco títulos e integrada por 40 artículos y es bastante compleja en el sentido de que genera una estructura administrativa extensa para el Estado venezolano, como el compromiso de crear mecanismos y órganos adscritos a la administración pública para atender y contrarrestar este flagelo que trasciende en nuestra sociedad. Como se dijo la discriminación racial prevista como tipo penal es una innovación legislativa en nuestro país y busca atenderla, erradicarla y sancionarla y se produce en un contexto donde es numerosa la presencia poblacional de nuestros ciudadanos pertenecientes a grupos vulnerables de origen étnicos y raciales como los indígenas, los afrodescendientes y los descendientes de inmigrantes pertenecientes a algún grupo étnico de otro país, como judíos y palestinos por ejemplo, a quienes se atiende de manera positiva con la promulgación de esta ley pues el Estado venezolano garantiza a toda persona o grupo de persona referidos el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales en condiciones de igualdad en relación al resto de los ciudadanos venezolanos.

La promulgación de esta ley deviene del compromiso internacional adquirido por el Estado venezolano como Estado parte de la Convención Internacional Sobre todas las Formas de Discriminación Racial (1969), además de lo establecido en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999), donde en relación a la discriminación racial desde su preámbulo establece una proyección de la so-

ciudad venezolana como multiétnica y pluricultural, en la que a través del reconocimiento de los derechos humanos consolidaría un Estado de justicia, asegurando la igualdad sin discriminación alguna ni subordinación de ningún tipo, bajo el principio de autodeterminación de los pueblos. Del mismo modo, dentro de su articulado la referida Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza a todas las personas conforme el principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de sus derechos humanos previstos en el artículo 19, así como la igualdad de todas las personas ante la ley y la prohibición de discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de las personas conforme a lo establecido en el artículo 20.

Esta ley se establece en un momento y en una sociedad venezolana visiblemente marcada por desigualdades sociales de grupos vulnerables en relación al resto de la sociedad como indígenas y afro-descendientes, donde el problema de la discriminación racial— ahora previsto como delito— se encuentra en la mentalidad colectiva, sembrado históricamente por lo que esta regulación legal viene a tratar de compensar la deuda del Estado venezolano hacia estos ciudadanos, a la par que reivindica su posición frente a la violación de los derechos humanos y el compromiso social y político en la materia tanto a nivel nacional como internacional. En ese sentido resulta importante hacer algunas consideraciones acerca de la discriminación racial como problema social tanto en el contexto nacional como internacional a continuación trataremos de abordarlas.

La discriminación racial

La discriminación racial como delito está prevista en nuestra legislación como toda distinción, exclusión, restricción, preferencia, acción u omisión, que fundadas en las ideologías racistas y por motivos de origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, tengan por objeto negar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades de la persona o grupos de personas, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011).

Mundialmente desde la perspectiva histórica los indígenas han sido objeto de duras prácticas de discriminación y ningún país del mundo

esta exceptuado de dichas prácticas, sobre todo cuando se presentan casos de ciudadanos indígenas que buscan empleo en otros países como inmigrantes o refugiados y eso se presenta además dentro del mismo país cuando les toca movilizarse o son desplazados en busca de una mejor calidad de vida a territorios urbanos en las principales ciudades. Es importante destacar que: “un elemento único e inherente de la discriminación que sufren los pueblos indígenas es la doble discriminación individualmente, por ser una persona indígena y colectivamente por pertenecer a pueblos diferentes a la más homogénea población nacional, así como por tratar de mantener su identidad y cultura distintas.” (Chandra, 2001:8,9).

El devenir de la historia contemporánea ha traído consigo practicas a las que algunos autores han denominado formas contemporáneas de racismo y discriminación racial, como “el continuo saqueo, expropiación y destrucción de territorios indígenas, desplazamiento de pueblos indígenas debido a los así llamados, programas de conservación, conversión de los pueblos indígenas en minorías dentro de sus territorios, empeoramiento de violencia contra las mujeres y tráfico de mujeres y niños indígenas, la apropiación del conocimiento indígena, intolerancia respecto a las religiones tradicionales y a la espiritualidad, negación de nuestras identidades como pueblos indígenas” (Tauli-Corpus, 2001:46-49).

Una concepción moderna del concepto de discriminación parte por entender que la misma se: “fundamenta en prejuicios sobre la inferioridad moral de las personas o los colectivos. Así, la discriminación se asocia a las desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres o a los prejuicios, los juicios incorrectos sobre el menor valor moral” (Puyol, 2006:78).

Algunos autores hablan incluso de la discriminación como algo involuntario, como costumbre más que por intención pero discriminación al fin y al cabo así: “Discriminar es distinguir sin más, diferenciar una cosa de otra. Pero la costumbre de vincular el vocablo a la opresión y la humillación que sufren determinados colectivos lo ha convertido en la expresión misma de la denuncia y la inmoralidad” (Puyol, 2006:78).

El análisis que se pretende realizar mediante este ensayo sobre es contribuir al tema de la erradicación de la discriminación racial en Venezuela y a su vez cumplir con una función divulgativa de la Ley y la

exigencia de aplicación y respeto de la misma tanto por los operadores de justicia en nuestro país, como por los ciudadanos, así como el empoderamiento de los sujetos pasivos del delito de discriminación racial a los efectos de poder ejercer plenamente sus derechos constitucionales, con lo cual además no se pretende agotar el tema sino que por el contrario busca fomentarlo, así las cosas iniciaremos con el estudio del contenido de la ley.

La Ley y su contenido

La Ley que comentamos define el objeto de su regulación de la manera siguiente:

Disposiciones Fundamentales

Título I

Artículo 1: ...establecer los mecanismos adecuados para prevenir, atender, erradicar y sancionar la discriminación racial en cualquiera de sus manifestaciones, garantizando a toda persona y grupos de personas, el goce y ejercicio de sus derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En relación al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), establece su artículo segundo que está sujeta a la aplicación de esta ley:

Artículo 2: ...toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que se encuentre en el territorio nacional.

Además en su artículo 3, hace un reconocimiento y declaratoria a la diversidad cultural de la sociedad venezolana estableciendo que "...Las culturas constitutivas de la venezolanidad tienen igual valor e importancia en la consolidación del acervo cultural de la Nación". Declarando además de orden público e interés general y social lo previsto en la referida ley.

Esta ley se fundamenta de conformidad con lo establecido en su artículo 4, en principios como: "respeto a la dignidad de la persona humana, la pluriculturalidad, multiétnicidad, interculturalidad, plurilingüismo, justicia social, participación protagónica, solidaridad, tolerancia, igualdad, equidad, gratuidad, celeridad, legalidad, progresividad, colaboración entre poderes y la protección a las futuras generaciones".

En torno al acceso a la justicia establece esta ley en su artículo 5, que se encuentran amparadas en igualdad de condiciones: "Toda persona o

grupo de personas que haya sido discriminada racialmente, marginada o vulnerada en uno o varios de sus derechos individuales o colectivos”.

De igual manera establece en su artículo 6 que el Estado debe adoptar medidas de salvaguarda en favor de toda persona y grupos vulnerables, a fin de erradicar la discriminación racial, el racismo, el endorracismo¹ y la xenofobia, asegurando el bienestar psíquico, físico y socioeconómico, garantizando el goce y ejercicio de sus derechos, así como el respeto a su dignidad e integridad.

Esta ley ha sido innovadora en el sentido que ha establecido punitivamente los actos de discriminación racial prohibiéndolos terminantemente. Así lo hace en su artículo 8, donde establece que: “toda persona tiene derecho a la protección y al respeto de su honor, dignidad, moral y reputación, sin distinción de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo”.

Además en torno a la prohibición de actos de discriminación establece claramente en la parte in fine del referido artículo 8, que: “Se prohíbe todo acto de discriminación racial, racismo, endorracismo y de xenofobia, que tenga por objeto limitar o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades de la persona o grupos de personas”. A mayor abundancia y a los efectos de que no se presenten dudas en torno a lo que pudiera considerarse como acto discriminatorio el legislador venezolano ha establecido en el artículo 9, de la referida ley hechos que no deben ser considerados como discriminatorios, en los siguientes términos:

Artículo 9. No se consideran actos de discriminación racial los siguientes:

1. Las medidas positivas o compensatorias en el ámbito legislativo, con el objeto de garantizar la igualdad real de oportunidades y condiciones a favor de personas o grupos vulnerables.
2. Las medidas positivas o compensatorias en las políticas públicas que se establezcan a favor de personas o grupos vulnerables, con el objeto de proteger, garantizar y promover la igualdad real de oportunidades y condiciones.
3. Las medidas especiales adoptadas con el fin de asegurar el adecuado progreso de personas o grupo vulnerables, con el objeto de promover

¹ Endorracismo es una forma de autosegregación que consiste en asumir una conducta discriminatoria de un individuo respecto a sí mismo o a las personas de su misma raza y condición social (Nota del editor).

la igualdad real de oportunidades y condiciones, garantizando el goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

4. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados, para desempeñar un cargo, oficio o actividad determinada.
5. Los requisitos académicos, pedagógicos y de evaluación en el ámbito educativo.
6. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia, para el desempeño de la función pública y cualquier otro señalado en el ordenamiento jurídico.
7. El trato especial que reciba una persona que padezca alguna enfermedad, por su condición de discapacidad o adulto mayor.
8. El trato oficial que recibe una persona o grupos de personas bajo fórmulas diplomáticas.⁷⁹
9. Los usos, prácticas, costumbres y derechos de los pueblos y comunidades indígenas.
10. En general, todo trato o distinción a personas o grupos vulnerables que tengan por objeto garantizar el goce, ejercicio de los derechos, libertades y la igualdad de oportunidades y condiciones, protegiendo la dignidad humana sin perjuicio de las limitaciones y restricciones establecidas en las leyes en diversas materias.

En relación a las definiciones que utiliza la ley y en lo relacionado con la aplicación de la ley, el legislador estableció en su artículo 10, a los efectos de la aplicación e interpretación de la ley, las definiciones de discriminación racial, origen étnico, origen nacional, fenotipo, grupos vulnerables, diversidad cultural, racismo, endorracismo y xenofobia de la siguiente manera:

1. **Discriminación racial:** Es toda distinción, exclusión, restricción, preferencia, acción u omisión, que fundadas en las ideologías racistas y por motivos de origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, tengan por objeto negar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades de la persona o grupos de personas.
2. **Origen étnico:** Se refiere a la etnia de origen de una persona o grupo de personas, caracterizado por factores históricos, genealógicos, culturales y territoriales.

3. **Origen nacional:** Se refiere a la nacionalidad de nacimiento o aquella que la persona haya adquirido por circunstancias particulares.
4. **Fenotipo:** Se considera cualquier rasgo físico observable en una persona o grupo de personas, como resultado de la relación de su genotipo y el ambiente en el que se desenvuelven, influyendo los aspectos naturales y sociales.
5. **Grupos vulnerables:** Persona o grupo de personas que, como consecuencia de su origen étnico, origen nacional, rasgos del fenotipo, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta para el ejercicio de sus derechos.
6. **Diversidad cultural:** Se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad, mediante la variedad de expresiones culturales, sino a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y las tecnologías utilizados.
7. **Racismo:** Toda teoría o práctica que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de personas o grupos de personas en virtud de su origen étnico o cultural, que engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, que históricamente se ha manifestado por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias, prácticas discriminatorias, y en general por actos que anulen, menoscaben o impidan el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades de la persona o grupos de personas. El racismo es un mecanismo de dominación y explotación sociocultural, étnica, económica, política, entre otros.
8. **Endorracismo:** Actitud autodiscriminatoria en una persona, de rechazo a los rasgos característicos de su grupo étnico de origen, asumiendo como de mayor valor cualquier rasgo de un origen étnico o nacional diferente al propio, adoptando una posición de

superioridad y perjudicando a aquellas personas que le rodean.

9. **Xenofobia:** Odio, rechazo u hostilidad hacia la persona o grupos de personas de diferente origen nacional.

El título II, de la Ley denominado Medidas de Salvaguarda establece en el capítulo I, denominado “Medidas positivas” en su artículo 11, los mecanismos de articulación que deben existir entre los órganos del Poder Público y del Poder Popular para colaborar entre sí a los fines de crear espacios de participación en cada uno de sus órganos y entes para articular políticas públicas en el marco de los principios de cooperación y corresponsabilidad para erradicar la discriminación racial.

En torno a la participación de la persona o grupo de personas susceptibles de ser discriminadas la referida ley establece en su artículo 13, que el Estado garantizara: “el derecho a la participación política, económica, social y cultural, en todos los asuntos públicos sin discriminación racial, promoviendo el respeto a la dignidad humana, la diversidad cultural, multiétnicidad y la pluriculturalidad de la población que constituyen la venezolanidad”.

Esta Ley establece dentro del Título II, en su Capítulo II, denominado “Las obligaciones”, una serie de obligaciones para los medios de comunicación social, para el patrono en la formación de sus trabajadores y para locales comerciales o de recreación y otros, inclusive unas sanciones por incumplimiento de las referidas obligaciones impuestas. Así para los medios de comunicación social y difusión de carácter privado y públicos en su artículo 18, la referida ley establece la obligación de incluir en su programación contenidos orientados a la prevención y erradicación de la discriminación racial.

En relación a las obligaciones impuestas a los patronos en cuanto a la formación de trabajadores establece en su artículo 19, la obligación de disponer de mecanismos necesarios para la formación, concienciación y sensibilización de los trabajadores a su cargo en materia de prevención y erradicación de la discriminación racial. Del mismo modo establece en su artículo 20, una obligación de publicación de un cartel de manera visible contentivo con el texto del artículo 8, en los locales comerciales o de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes y en general todos los establecimientos de carácter público o privado de acceso público.

Es importante comentar esta obligación impuesta a los propietarios de los referidos locales comerciales y establecimientos, puesto que en

este tipo de lugares es donde históricamente se fue presentando la discriminación racial expresada típicamente con la prohibición a entrar un sitio de cualquier ciudadano o persona o grupo de personas de origen étnico, indígena o afrodescendiente a un local comercial, restaurante o discoteca a discreción de su propietario con un aviso que decía “Se reserva el derecho de admisión”. Esta fue la mayor manifestación de discriminación racial silenciosa que vivieron y a la cual fueron sometidos históricamente muchos ciudadanos en Venezuela, hasta la entrada en vigencia de esta ley.

En torno a las sanciones por el incumplimiento de las referidas obligaciones establecidas en los artículos 18, 19 y 20, para los medios de comunicación social, para el patrono en la formación de sus trabajadores y para locales comerciales o de recreación y otros, la ley establece en su artículo 21, una sanción de multa de cincuenta Unidades Tributarias (50 UT), extendiéndose hasta el cierre temporal en caso de reincidencia por parte de la autoridad competente, por un período de hasta veinticuatro horas laborables continuas y la multa de entre ochenta Unidades Tributarias (80 UT) hasta cien Unidades Tributarias (100 UT).

Una innovación en esta Ley es la creación del novísimo Instituto Nacional Contra la Discriminación Racial (Incodir), como ente ejecutor en materia de discriminación racial, el cual conforme a lo establecido en el artículo 25 de la referida Ley tiene: “carácter de Instituto Público, personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía técnica, organizativa y administrativa, adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de relaciones interiores y justicia, y gozará de las prerrogativas y privilegios establecidos en las leyes de la República”.

El Instituto Nacional Contra la Discriminación Racial (Incodir), conforme a lo establecido en el artículo 26, tiene por objeto ejecutar las políticas públicas destinadas a la prevención y erradicación de la discriminación racial en todos los ámbitos y como competencias conforme al artículo 27 *ejusdem*, entre otras las siguientes:

1. Ejecutar las políticas públicas que le competen en materia de discriminación racial.
2. Ejecutar los dictámenes, órdenes e instrucciones del órgano rector.
3. Practicar las supervisiones que considere necesarias, a los sujetos obligados al cumplimiento de las normas previstas en la presente Ley.

4. Constatar y exigir a los sujetos obligados o a terceros relacionados con éstos, la exhibición del cartel de conformidad con la presente Ley.
5. Educar, formar y sensibilizar a las personas naturales y jurídicas en la prevención y erradicación de la discriminación racial.
6. Impulsar y ejecutar campañas educativas tendientes al reconocimiento y valorización de la interculturalidad, así como promover la erradicación de actitudes discriminatorias raciales.
7. Difundir campañas informativas a fin de dar a conocer a la opinión pública sobre actitudes y conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas que se manifiesten en cualquier ámbito de la vida nacional.
8. Conocer, sustanciar, decidir y ejecutar los procedimientos administrativos a que hubiere lugar, de conformidad con la presente Ley...

Así, en los artículos subsiguientes de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), el legislador establece las normas para el funcionamiento del creado Incodir, como su sede en el artículo 28, patrimonio en el artículo 29, organización, funcionamiento y conformación en el artículo 30, consejo directivo en el artículo 31, consejo general en el artículo 32, requisitos para ser miembros en el artículo 33, atribuciones del presidente en el artículo 34, atribuciones del vicepresidente en el artículo 35 y atribuciones del secretario en su artículo 36, culminando de esta manera las normas que regulan el funcionamiento del referido instituto, para luego pasar a la penalización de la discriminación racial como tipo penal.

El delito de discriminar

En su título IV, Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), establece el capítulo I, denominado “Del delito de discriminación racial”, el cual conforme a su artículo 37, se prevé en los siguientes términos:

El o la que mediante acción u omisión distinga o excluya a una o varias personas, en razón de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, con el objeto de anular o menoscabar el goce o ejercicio de sus derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República, será penado o penada con prisión de uno a tres años.

El o la que cometa el delito de discriminación racial cumplirá entre doscientas y seiscientas horas de servicio social comunitario.

Iniciaremos el estudio de la discriminación racial como delito conforme a lo establecido por el legislador en el citado artículo. Así, tenemos en relación al sujeto activo que es “la persona física, la persona natural, el individuo de la especie humana, el hombre que comete o perpetra el delito” (Grisanti, 2014:79). En este tipo penal el sujeto activo establecido por el legislador es un sujeto genérico, pues solo establece la distinción de género cuando dice: “El o la que”, pudiendo ser hombre o mujer la persona que mediante acción u omisión cometa el hecho delictivo. Además entra la clasificación de los llamados por la doctrina “Delitos con sujeto activo indiferente” puesto puede ser cometido por cualquier persona, estos delitos con sujeto activo indiferente son: “los que pueden ser cometidos indistintamente por cualquier persona física e imputable, sin que sea menester una cualidad personal” (Grisanti, 2014:91), tal cual como lo refiere el legislador al establecer quienes pudieran cometer el delito que comentamos.

Cuando el legislador en el tipo penal hace referencia a: “mediante acción u omisión”, está estableciendo además que el delito de discriminación racial entra en la clasificación de delitos de los que la doctrina denomina tanto de “Delitos de acción”, como los denominados “Delitos de omisión”. Así los delitos clasificados como de acción son los que:

“se cometen haciendo algo que está prohibido en forma implícita por la ley penal. En los delitos de acción, el resultado antijurídico se produce en virtud de una conducta positiva, de un hacer algo” (Grisanti, 2014:85), en relación al delito de discriminación racial conforme a esta clasificación es un delito de acción puesto que la conducta del sujeto activo que sería “distinguir o excluir” a una o varias personas, en razón de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, con el objeto de anular o menoscabar el goce o ejercicio de sus derechos humanos, se deriva de la “acción” del sujeto activo del delito.

En cuanto al delito de discriminación racial clasificado como “delito de omisión”, siendo este aquel que: “se consuma cuando el resultado antijurídico ocurre como una consecuencia de una abstención del sujeto activo, es decir, cuando éste deja de hacer algo que está previsto en la ley penal” (Grisanti, 2014:85), es pues el delito de discriminación racial conforme a esta clasificación, un delito de omisión en el supuesto que la conducta del sujeto activo, que sería “distinguir o excluir” a una o

varias personas, en razón de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, con el objeto de anular o menoscabar el goce o ejercicio de sus derechos humanos, se derive de la “omisión” del referido sujeto activo del delito. En relación al sujeto pasivo sobre el cual recae el delito de discriminación racial, a los efectos de saber lo que se conoce como tal es “el titular del bien jurídico destruido, lesionado o siquiera puesto en peligro mediante la perpetración de un delito determinado. Por lo regular este sujeto pasivo del delito es una persona física o natural” (Grisanti, 2014:79), en el caso de estudio el sujeto pasivo en el delito de discriminación racial es aquella “una o varias personas, en razón de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo”, conforme a lo establecido por el legislador el delito recae sobre la persona, sea una o varia, que “en razón de”, de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, mediante acción u omisión haya sido distinguida o excluida, con el objeto de anular o menoscabar el goce o ejercicio de sus derechos humanos reconocidos en la Constitución. Ahora bien cuando el legislador hace esta distinción además está incluyendo al delito de discriminación racial dentro de la clasificación que hace la doctrina de los denominados como “Delitos de sujeto pasivo calificado”, es un sujeto pasivo calificado por cuanto “los delitos de sujeto pasivo calificado son los que únicamente pueden cometerse contra una clase determinada de personas que tengan una cualidad personal determinada, que puede ser física, familiar, social, jurídica, etc”. (Grisanti, 2014:90), como en el caso de la discriminación racial que recae sobre una o varias personas, “en razón de”, de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo.

Con lo anteriormente expresado es necesario disentir, puesto que el legislador trae una contradicción en el tipo penal de discriminación racial, trasladando una suerte de conglomerado de situaciones reguladas en un solo tipo penal, como lo son la propia discriminación racial, el racismo, el endorracismo y la xenofobia, lo cual sería interesante vislumbrar a los efectos de saber si se trata de una categoría de géneros y especies, o si por el contrario fue acertada la legislación en un solo tipo penal, pero por no considerarse el presente autor un experto en esta área y con lo cual no se pretende agotar el tema en ese respecto, será motivo de análisis a futuro.

Continuando con el análisis del tipo penal de discriminación racial conforme a lo establecido en el artículo 37, de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011) en relación al objeto jurídico o bien jurídico tutelado, está referido al derecho a la igualdad y de no discrimi-

nación en razón de su origen racial, establecido en el artículo 21, de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999), igualdad ante la ley referida al goce o ejercicio de sus derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República, en el entendido de que objeto jurídico o bien jurídico tutelado está definido como “el bien jurídico lesionado, perjudicado o tan siquiera puesto en peligro mediante la perpetración de un delito determinado” (Grisanti, 2014:79).

En relación a la clasificación de la acción del delito de discriminación racial, es necesario señalar que la misma pudiera considerarse como delito de acción pública, puesto que la ley no establece lo contrario, además del establecimiento, declaratoria y reconocimiento como de orden público, interés general y social de lo previsto en la ley, según el artículo 3, *ejusdem*. Debe considerarse al delito de discriminación racial, un delito doloso o intencional, en el entendido de que estos delitos son: “aquellos en los cuales el resultado jurídico coincide con la intención delictiva del agente” (Grisanti, 2014:87), intención que como se ha expresado anteriormente pudiera manifestarse en la comisión de este tipo penal de discriminación racial, mediante acción u omisión.

En torno al verbo rector de este tipo penal de discriminación racial, deberíamos considerar los verbos: “distinguir o excluir”, por el establecimiento de “distinga o excluya” hecho por el legislador en el artículo 37, de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011). Es decir la acción destinada a distinguir o excluir a la o las personas en razón de su origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, con el objeto de anular o menoscabar el goce o ejercicio de sus derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional.

En relación a la pena aplicable al delito de Discriminación Racial, conforme a lo establecido en el artículo 37, de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), la misma es de prisión de uno (1) a tres (3) años como pena principal y conforme a la parte *in fine* del referido artículo, como pena accesoria, el cumplimiento de entre doscientas (200) y seiscientas (600) horas de servicio social comunitario.

Así mismo, es importante señalar las circunstancias agravantes que conforme al artículo 38, señala la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), las cuales establece a los efectos del aumento de la pena en un tercio, en el supuesto de subsumirse la comisión del hecho delictivo en las circunstancias descritas, las cuales son las siguientes:

La pena prevista para el delito de discriminación racial, se aumentará en un tercio en los casos siguientes:

1. Si el hecho se realizare a través de dos o más personas asociadas para tal fin.
2. Si el hecho se cometiere en contra de niños, niñas, adolescentes, mujeres, adultos y adultas mayores, personas enfermas o personas con discapacidad.
3. Cuando haya violencia policial, funcionarial o abuso de la autoridad en el hecho discriminatorio.
4. Ejecutarlo en la persona de un funcionario público o funcionaria pública que se halle en el ejercicio de sus funciones.
5. Si el hecho se comete en la persona de una autoridad legítima tradicional de los pueblos y comunidades indígenas.
6. Si el hecho lo cometiere un funcionario público o funcionaria pública quien se encuentre en el ejercicio de sus funciones.
7. Si el hecho se cometiere basado en perfiles o estereotipos raciales o fenotípicos, hacia la persona o grupo de personas, en actividades de investigación policial, penal o criminalística.
8. Las demás circunstancias agravantes establecidas en la Código Penal vigente.

Culminando así el análisis del delito de discriminación racial como tipo penal, y a los efectos de finalizar las consideraciones generales de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), es importante resaltar lo referido al Fondo de Prevención y Erradicación de la Discriminación Racial previsto en el título V, de la referida ley el cual se previó establecer en el artículo 39, así mismo en su artículo 40, establece como están constituidos los recursos del mencionado fondo, concluyendo con una Disposición Transitoria relativa al funcionamiento del Instituto Nacional Contra la Discriminación Racial y una Disposición Final referida a la entrada en vigencia de la ley a partir de la publicación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

De esta manera pudiéramos concluir con el análisis y las consideraciones generales de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), no sin antes destacar lo referido a la constitucionalidad del ca-

rácter orgánico de la referida ley declarada por el Tribunal Supremo de Justicia la cual se comenta a continuación.

Su carácter orgánico

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró el carácter orgánico de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011, en la cual expresa que la referida ley desarrolla el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación en función de la raza de forma frontal y directa, lo cual se subsume en la categoría normativa de Ley Orgánica puesto que está destinada al desarrollo de los derechos constitucionales como subtipo inmerso en el artículo 203 de la Constitución Nacional de allí que deviene el decanto de su carácter orgánico por parte de la Sala, exponiendo además los valores y principios constitucionales en los que se fundamenta la ley, destacando los valores superiores de la Constitución entre otros, exponiendo:

“Por tanto, en el caso de la “Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial” es evidente que se profundiza en el contenido del valor superior de la igualdad, y se desarrolla el derecho a la no discriminación en función de la raza, mediante un conjunto de normas cuyo objeto es cumplir con el mandato constitucional de garantizar las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la Ley se materialice real y efectivamente, estableciendo una protección especial para aquellas personas que por su raza sean objeto de discriminación, sancionando los abusos o maltratos que contra aquellas se cometan...”

Esta declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), se produce por el requisito legal establecido en la Constitución Nacional (1999), en su artículo 203, en lo relacionado con la calificación de leyes formadas con el carácter de “Orgánicas”, en la cual se habilita a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico, como en efecto ocurrió con la referida ley.

Conclusión

Concluyendo podemos asegurar que existe una voluntad del Estado venezolano la cual se manifiesta a través de la promulgación de legislaciones inclusivas y visibilizadoras de derechos olvidados de grupos vulnerables como los indígenas y los afrodescendientes, con la promulgación de esta Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011), lo

que evidentemente marca un antes y un después en el contexto histórico de discriminación, solo nos resta esperar como ciudadanos que la aplicación e interpretación de la ley se haga real, efectiva y progresivamente por los operadores de justicia y que no terminemos en lo denominado por la filosofía del derecho como un Estado con “Normas Fachadas” donde existe armonía en los instrumentos legislativos al calificar los tipos penales, pero poca diligencia a la hora de subsumir los hechos en la ley o la inexistente aplicación de la misma, es necesario para ello la participación y el involucramiento de la sociedad completa a los fines de erradicar de forma completa este problema que nos afecta y nos atrasa como sociedad y que psicológicamente deja marcada una huella en la memoria colectiva de los afectados casi insuperable.

Bibliografía

Grisanti, H. (2014). *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia, Venezuela: Vadell Hermanos, Editores.

Puyol, A. (2006). ¿Qué hay de malo en la discriminación? *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 29, 77-91.

Chandra, R. (2001). Discriminación racial contra los pueblos indígenas, una perspectiva global. En Grupo internacional de trabajo sobre asuntos indígenas. *Asuntos Indígenas*. 1/01. (pp. 8-14). Copenhague: IWGIA.

Tauli-Corpuz, V. (2001). La resistencia de los pueblos indígenas de Asia contra el racismo y la discriminación racial. En Grupo internacional de trabajo sobre asuntos indígenas. *Asuntos Indígenas*. 1/01. (pp. 42-53). Copenhague: IWGIA.

Tribunal Supremo de Justicia, fecha 22 de noviembre de 2011. *Decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia donde declara el carácter orgánico de la Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial*. (On line) Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Noviembre/1767-221111-2011-11-1046.html>

Leyes

Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial (2011). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.823, Diciembre, 19 de 2011.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 36.860, Diciembre, 31 de 1999.

Ley Aprobatoria de la Convención Internacional Sobre todas las Formas de Discriminación Racial Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 28395, Agosto, 3 de 1967.