

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DE LA
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“EL DELITO DE ODIO EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”**

ESTEBAN JOSÉ NARANJO BASTIDAS

DIRECTOR: DR. SANTIAGO ACURIO.

QUITO, 2011

© Derechos de Autor
Esteban José Naranjo Bastidas
2011

Dedicatoria

El presente trabajo lo dedico a mis padres, quienes han hecho un gran esfuerzo para que alcance una educación de primera calidad y a Dios quien dirigió mi voluntad hasta la culminación del presente trabajo.

Agradecimiento.

Agradezco a mis padres por su apoyo, su aliento su esfuerzo con el único fin de convertirme en un hombre de bien. Además quiero hacer un agradecimiento especial a la Abg. Ruth Zaida Muñoz Orellana por su valioso aporte para el presente trabajo, sin el cual no hubiese podido culminar el análisis al Delito de Odio dentro del Ecuador.

Además, agradezco a mi Director, El Doctor Santiago Acurio, por la guía y ayuda brindada para el desarrollo de la presente disertación.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO UNO - EL ODIO VISTO DESDE LA PSICOLOGÍA.....	14
1.1. Psicología como ciencia Auxiliar del Derecho.....	14
1.2. Concepto de Odio.....	16
1.3. Origen del Odio y Manifestación	16
CAPÍTULO DOS - EL DELITO DE ODIO.....	24
2.1. Teoría del Delito.....	24
2.1.1. Concepto de Delito.....	25
2.1.2. Elementos del Delito	26
2.1.2.1. Tipicidad.....	26
2.1.2.2. Antijuricidad.....	28
2.1.2.3. Culpabilidad – Dolo	30
2.2. Particularidades del Delito de Odio.....	30
2.2.1. Concepto del Delito de Odio.....	31
2.2.2. Elementos de los Delitos de Odio	34
2.2.3. Características propias de los delitos de Odio.....	35
2.2.4. Características protegidas más comunes	36
2.2.4.1. Raza.....	37
2.2.4.2. Origen Étnico y Origen Nacional.....	38
2.2.4.3. Nacionalidad.....	38

2.2.4.4.	Religión	39
2.2.4.5.	Discapacidad	39
2.2.4.6.	Orientación Sexual	39
2.2.4.7.	Género, Idioma y Edad.....	40
2.2.5.	Tipo Penal en Ecuador	40
2.2.5.1.	Sujeto Activo.....	44
2.2.5.2.	Sujeto Pasivo	44
2.2.5.3.	Dolo.....	45
2.2.5.4.	La Conducta Punible	46
2.2.6.	Iter Críminis en los Delitos de Odio	47
2.2.5.1.	Fases del delito.....	49
2.2.5.2.	El verbo rector en los delitos de odio.....	50
2.2.5.3.	El bien Jurídico protegido en los delitos de odio.....	52

**CAPÍTULO III - EL DELITO DE ODIOS VISTO DESDE LAS
DIFERENTES TEORÍAS DEL DELITO 58**

3.1.	El Delito de Odio visto desde la Teoría Causalista	58
3.1.1.	Postulados de la Teoría Causalista del Derecho Penal.....	58
3.1.2.	Vinculación del Delito de Odio a la Teoría Causalista	60
3.2.	El Delito de Odio visto desde la Teoría Finalista.....	61
3.2.1.	Postulados de la Teoría Finalista del Derecho Penal	62
3.2.2.	Vinculación del Delito de Odio con la Teoría Finalista.....	63
3.3.	El Delito de Odio visto desde la Teoría de la Imputación Objetiva.....	64
3.3.1.	Postulados de la Teoría de la Imputación Objetiva del Derecho Penal	65
3.3.2.	Vinculación del Delito de Odio con la Teoría de la Imputación Objetiva...	70

CAPÍTULO CUATRO - EL DELITO DE ODIO Y LA CONSTITUCIÓN	71
4.1. La constitucionalidad y legalidad del delito de odio.	71
4.2. El derecho a la libertad de expresión y de pensamiento.....	76
CAPITULO V - LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE ODIO	80
5.1. Concepto de prueba	80
5.2. Dificultad de la Prueba	85
5.2.1. Certeza, Probabilidad y Duda.....	87
5.2.2. Casos en el Ecuador	88
CAPÍTULO VI - LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA.....	92
6.1. Estados Unidos	92
6.2. España.....	95
6.3. Estados Europeos.....	95
6.4. Otros países y Tribunales Internacionales.	101
CAPITULO VII- OTRAS CRÍTICAS AL DELITO DE ODIO	104
7.1. Normalidad del sentimiento.	104
7.2. Atenuante o Agravante del delito	105
7.3. Sanción de la motividad no de la conducta	106
7.4. fortalecimiento del poder judicial y poder penitenciario	107
7.5. Ausencia de delimitación del tipo y de los grupos protegidos.....	108
7.6. Ausencia de Protección de la familia de la victima o de la colectividad vulnerada	108
7.7. Aumento desproporcionadod de tipos penales	109
7.8. Doble juzgamiento de un mismo delito.....	109

7.9.	Incremento de los perjuicios, acentuación del odio.....	110
CONCLUSIONES	111

RESUMEN

La reforma efectuada al Código Penal en marzo de 2009, trajo consigo la inclusión del Delito de Odio como tipo penal en el Ecuador, sustituyendo la parte pertinente a los delitos de discriminación racial.

La subjetividad que presentaría este tipo penal al momento de aplicarlo, ya sea para acusar o para dar una sentencia, hace ver la problemática de incluir nuevos tipos penales dentro de un estado sin el suficiente análisis, evitando así, el violentar otros derechos fundamentales precautelados en la Constitución de la República.

Las leyes que se promulgan en el campo del Derecho Penal, deben ser cuidadosamente pensadas y elaboradas, es por esto que, se debe realizar una investigación previa a su promulgación. Pero este estudio no se debe centrar únicamente al ámbito del Derecho Penal, sino también al de ciencias auxiliares que ayuden a determinar si es ventajosa o riesgosa su inclusión en el ordenamiento jurídico nacional, y algo mucho más importante, la factibilidad y objetividad que se presente al momento de su aplicación para juzgar a una persona.

La necesidad de disipar algunas interrogantes respecto a este novedoso tipo penal, motivan la presente disertación, misma que contará con un análisis desde el punto de vista de la Psicología, la Teoría del Delito, la Teoría de la Prueba y la legislación comparada, los cuales que nos lleven a determinar varios puntos importantes, tales como si el delito de odio es realmente un delito, si su promulgación afecta a otros derechos fundamentales; hacer un enfoque acerca de la objetividad de los jueces al momento de juzgar a una persona valorando un sentimiento tan subjetivo como lo es el odio; y, finalmente resaltar los puntos negativos y positivos de nuestra reforma, tomando como parámetros a otros Estados, que han tipificado este tipo de delitos desde ya tiempo atrás.

Específicamente dentro del primer capítulo, se analizarán temas como, la relación del Derecho con la Psicología, y como esta última nos permite entender al odio desde sus orígenes, hasta sus formas de manifestación.

El segundo capítulo profundiza las nociones básicas del Derecho y de la Teoría del Delito, haciendo un razonamiento de los elementos que constituyen un delito y si éstos se encuentran presentes en los Delitos de Odio.

Muchos autores han intentado explicar al delito tomando en cuenta un sin número de aspectos, como lo son la voluntad, la antijuridicidad, la tipicidad, la culpa, el dolo, etc.,

En el tercer capítulo tenemos un estudio a partir de las tres teorías más aceptadas respecto del delito, estas son la Teoría Causalista, la Finalista y la Teoría de la Imputación Objetiva. Se realizó un breve análisis de cada una de éstas y de sus respectivos elementos particulares intentando dar una explicación del Delito de Odio a través de ellas.

Es claro que toda norma debe guardar armonía con la Constitución, no solo en su texto sino también respeto a derechos protegidos dentro de ésta, por eso como punto cuarto hacemos un examen exhaustivo acerca de la constitucionalidad del delito de odio.

Como quinto punto veremos la dificultad, tanto como jueces al momento de determinar la existencia o no un delito de odio dentro de un proceso judicial, como para abogados, al momento de comprobarlo, específicamente porque se base en un elemento meramente subjetivo como lo son los sentimientos, específicamente el odio.

El sexto capítulo hará un breve recorrido por algunas las legislaciones del mundo que contienen tipos acerca del delito de odio, concebidas lógicamente desde realidad. Se señalarán varias particularidades de cada una, y que son dignas de tomar en cuenta para mejorar la situación del caso ecuatoriano respecto de estos delitos.

Finalmente como último punto tenemos aspectos generales del delito de odio, y ciertas críticas que ha recibido este tipo por parte de varios autores.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene una postura en contra del delito de odio, en éste se tratarán los negativos y complicados que acarrearán la reciente incorporación de este Tipo Penal al Código Penal ecuatoriano.

Para lograr adentrarse con profundidad en este tema, se debe delimitar el campo en cual se basa. El delito de odio está inmerso en el campo del Derecho Penal, esta última aclaración es de vital importancia ya que el Derecho Penal es la rama que mayor incidencia tiene dentro de la vida de las personas y el que a la vez ejerce mayor violencia sobre los ciudadanos, estando facultado, en última instancia y como máxima expresión de su fuerza para privar la libertad, así lo aclara el Jurista Alejandro Rodríguez Morales en su obra: “¿Cuándo comienza el delito?”¹.

Es claro que por lo antes mencionado se deberá mantener una perspectiva garantista dentro de este análisis, evitando a toda costa un uso arbitrario del Derecho Penal y se sentarán bases y límites para mantenerse en el margen de la lógica y la coherencia.

Para la existencia de un Tipo Penal deberá existir primeramente una relevancia jurídica y a su vez un bien jurídico protegido. Dentro del Delito de Odio existe una marcada relevancia jurídica que no es más que erradicar cualquier tipo de manifestación de odio o racismo en contra de alguna persona en razón de su raza, sexo, ideología, etc. Lo que no queda claro dentro es cuál es el bien jurídico a proteger. Si decimos que busca proteger la honra, de las personas cabe recalcar que dentro del Código Penal, exactamente en el artículo 489 ya se salvaguarda éste bien jurídico. No es por demás obvio que los Legisladores intentaron proteger algo muy importante con su reforma, lo que no es del todo satisfactorio es la forma como lo hacen ya que queda al descubierto su inobservancia sobre los principios penales al no determinar claramente cuál es el bien que se busca precautelar.

Dentro de la presente disertación se plantean varios problemas que serán tratados oportunamente. La resolución a estas dificultades se las irán disipando a lo largo de la investigación, no solamente los que corresponden a Materia Penal, sino también a los que necesiten recurrir a Ciencias auxiliares como lo es la Psicología.

¹ Rodríguez Morales Alejandro, *¿Cuándo comienza el delito? La distinción entre preparación y tentativa*, Ediciones Paredes, Caracas- Venezuela, 2009, Pág. 8

La tesina parte de la inclusión del delito de Odio en el Código Penal Ecuatoriano, que por ser nuevo Tipo Penal traerá ciertos problemas en su aplicación y su juzgamiento.

El odio es un sentimiento subjetivo y personal, el cual no se puede graduar o cuantificar, lo que es un problema para el Juez al momento de deliberar su existencia o no y la pena que deberá aplicarla.

Otro problema que se presentaría dentro del nuevo delito, es la manera de probar su existencia. Sería muy complicado para los abogados tanto defensores como acusadores y para los fiscales encontrar pruebas para determinar la presencia o no del odio dentro del delito, y su graduación para que el Juez sea condescendiente al momento de aplicar la pena.

El Derecho Penal sanciona actos y no sentimientos, es decir la fase externa del Iter Criminis, y en este tipo de delitos se está juzgando la fase interna consecuentemente el mundo de las ideas, donde aun no se han materializado los pensamientos en acciones. Para poder tipificar un delito es necesario determinar un bien jurídico Protegido y el verbo rector con el cual se agrede a ese bien, este verbo debe establecer una conducta que se plasme en un acto realizado con conciencia, voluntad y libertad. Si bien es cierto, uno de los artículos incluidos en el Código Penal sanciona la fomentación del odio manifestado públicamente hacia otras personas en razón de raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, pero no hay un bien jurídico directamente afectado ya que lo único que se está haciendo es fomentar un sentimiento, que cada ser humano es libre de sentirlo sin necesidad de que un tercero lo persuada de hacerlo, tomando en cuenta que no se motiva a cometer ningún delito en particular. En conclusión lo que se hace es provocar un sentimiento hacia otras persona en razón de lo motivos antes mencionado, pero sentimiento que sigue permaneciendo dentro de fuero interno de cada persona y que no se ha plasmado en un acto para ser sancionado.

CAPÍTULO UNO

EL OUDIO VISTO DESDE LA PSICOLOGÍA.

1.1. Psicología como ciencia Auxiliar del Derecho

A manera de introducción en este capítulo inicial se partirá de conceptos fundamentales para encaminar la disertación, como la delimitación y alcance del concepto jurídico de Derecho, la definición de la Ciencia de la Psicología y su vinculación con la esfera jurídica en el ámbito penal, la personalidad de los ciudadanos que desencadena las conductas motivadas por sentimientos, entre otros.

En este sentido, resulta oportuno citar al profesor Guillermo Cabanellas de Torres quién define al Derecho como *“la colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad Civil, para vivir conforme a la justicia y paz”*²

El mismo criterio guarda el reconocido jurista Luis Recasens Siches en su obra: *“Introducción al Estudio del Derecho”* donde destaca que el Derecho es aquel instrumento generado por los seres humanos para alcanzar el bienestar colectivo, traducido este en el servicio a la justicia. Añade, que el Derecho constituye el único agente garantizador de la paz entre los ciudadanos, del orden social, de los derechos inalienables de los hombres, de la propiedad y del trabajo.³ Se desprende de las opiniones vertidas por estos jurisconsultos que el Derecho es el conjunto de reglas que busca normar la vida de los ciudadanos en estricta correspondencia a la justicia, a la igualdad y al respeto por los demás, lo que permite la supervivencia de las sociedades.

Por su parte, la Psicología se entiende en términos generales como la Ciencia que estudia la conducta y los procesos mentales. Trata de describir y explicar todos los aspectos del pensamiento, de los sentimientos, de las percepciones y de las conductas humanas.

² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina.

³ Cfr, Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F.- México, 2000, págs. 2-7.

Etimológicamente la palabra Psicología se encuentra compuesta de dos voces griegas. La primera es “Psiqué”, que significa el Alma y la segunda, es “Logia” que se traduce como tratado. De esta forma la Psicología es el “tratado o estudio del alma”⁴. Autores como el Dr. Francisco Olmedo Llorente han comprendido que la Psicología busca analizar el comportamiento del alma como el ánimo de los seres vivos para interactuar en todas las esferas de la cotidianidad. Además menciona que esta Ciencia estudia la conducta de los seres humanos y sus reacciones frente a cualquier estímulo interior como exterior al que pueda exponerse la persona.⁵

Pierre Daco atiende a una significación más profunda de la Ciencia mencionada, define a la Psicología como “el estudio de los fenómenos mentales, tanto conscientes como inconscientes”⁶, y tiene por objeto: observar los comportamientos de los seres humanos tanto los internos como los externos e investigar los motivos internos o externos que llevaron a desencadenar la conducta o comportamiento destacado. En síntesis la Psicología para Pierre Daco constituye la Ciencia del comportamiento humano en cada una de sus múltiples y dispares manifestaciones posibles de carácter habitual, normal o no normal.⁷

Finalmente, resulta apropiado en este contexto traer a colación la definición de personalidad como “la organización dinámica dentro del individuo, de aquellos sistemas psicofísicos que determinan sus ajustes únicos y su ambiente”⁸

Otros autores como Backman señalan que la personalidad es el conjunto de atributos que representan de manera directa la naturaleza de un individuo y su comportamiento característico.⁹

La personalidad, en relación a todo lo anteriormente expuesto, se comprende como los atributos que caracterizan a una persona determinada y fundamentan su actuar. A partir de ésta se identifican los valores, sentimientos o motivos que desencadenan los comportamientos de los seres humanos. Y es justamente en este momento donde adquiere

⁴ Olmedo Llorente, Francisco, *Psicología*, Colección L.N.S., Editorial Don Bosco, Cuenca-Ecuador, 1955. Pág. 27.

⁵ Cfr. Ibídem Pág. 27.

⁶ Daco Pierre, *Tu Personalidad, Enciclopedia de Psicología Práctica, Biblioteca Práctica*, Editorial Daimon, Tercera Edición, Barcelona-España, 1973, Pág. 25.

⁷ Cfr. Ibídem. Pág. 25.

⁸ Urrea Portillo, Javier. *Tratado de psicología*, Editorial S. XXI, Madrid-España, 2009, Pág. 1.

⁹ Second Backman, *Psicología Social*. Editorial McGraw Hill. Segunda Edición, Mexico D.F.-Mexico, 1976, Pag. 589

importancia la psicología dentro de la presente tesina, porque el odio es una manifestación interna del ser humano, propia de aquel que puede o no motivar una conducta.

La Psicología y el Derecho tienen en común su objeto de intervención que no es otro que la conducta de la persona, por ende son ciencias humanas y sociales, además las dos Ciencias brevemente estudiadas parten del individuo, del sujeto único, responsable de sus actos y conductas, de su capacidad para modificarlo, y éste resulta ser, al fin, el nexo de unión de ambas.

1.2. Concepto de Odio.

En correlación con los conceptos previos, resulta indispensable para el objeto del presente estudio, el análisis del concepto del Odio, del sentimiento que puede motivar la conducta de los “Delitos de Odio”, como se ha señalado dentro del Código Penal del Ecuador.

El odio constituye el sentimiento de aversión y rechazo muy intenso que siente una persona hacia otro individuo, hacia un animal o hacia una cosa.^{10 y 11}

Cabe señalar que el odio es una característica íntima del ser humano que puede o no exteriorizarse pero que permanece dentro de la psique. Este sentimiento puede surgir de diversas circunstancias de la vida de una persona, como del miedo, de situaciones frustrantes, de la envidia, de la impotencia, de experiencias dolorosas, entre otras.¹²

1.3. Origen del Odio y Manifestación

Profundizando en el estudio del odio, vale la pena destacar que este es el “sentimiento más negativo que un ser humano pueda experimentar en su vida, porque con él le desea el

¹⁰ Cfr, Definición de Odio, Word Reference Online. Disponible en <http://www.wordreference.com/definicion/odio>, consultado el 29 de abril de 2011.

¹¹ Cfr, Definición de Odio. Definiciones ABC, 23 de Agosto de 2010 Disponible en: <http://www.definicionabc.com/general/odio.php>, consultado el 29 de abril de 2011.

¹² Cfr, Definición de Odio. Diccionarios Online. Disponible en: <http://www.diccionarios-online.com.ar/psy/Odio.html>, consultado el 29 de abril de 2011.

mayor mal posible, ya sea al sujeto u objeto odiado”¹³ y es por esto, que sus dos manifestaciones más representativas son la enemistad y la repulsión, a medida que se incrementa o acentúa el sentimiento en el interior de cada ser humano.¹⁴

El odio genera dos comportamientos bien concretos, por un lado el de evitar aquello que se odia y por otro lado la destrucción de aquello que genera odio. Cuando el sentimiento de odio se encuentra dirigido a un ser humano puede verse materializado en insultos o agresiones físicas.

Como es posible identificar, el sentimiento de odio, constituye un estado del alma tan fuerte que busca proteger a uno mismo por medio de la evasión de lo que puede causar daño; o en su defecto, persigue su eliminación, evitando que el individuo se exponga al elemento odiado en una nueva oportunidad.

Al parecer este segundo comportamiento resultando del odio, constituye el fundamento de los Delitos de Odio, porque las personas que odian a otros grupos sociales, étnicos, raciales, sexuales, entre otros, no los evitan sino que intentan lastimarlos o eliminarlos e incitar a la población al mismo comportamiento para evitar enfrentarse a aquello que odian y temen en el futuro.

Si bien, la intención es positiva al intentar eliminar conductas verdaderamente violentas y discriminatorias contra segmentos vulnerables de la sociedad, la ponderación de la magnitud y la fortaleza del sentimiento de odio para cuantificar la pena de un delito como los destacados, es una tarea difícil sino imposible, porque como veremos en los próximos capítulos de la presente disertación este tipo de delitos tiene verdaderos obstáculos de aplicación como la prueba, la pena, y el tipo penal como tal.

Dentro de este apartado, para comprender un poco más a este nuevo Tipo Penal de los Delitos de Odio recientemente incorporado en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, resulta interesante efectuar un análisis más cercano a la Psicología en relación al sentimiento del odio y a su manifestación. Es por esto, que a continuación se rescata el aporte del Dr. René Jacobo Recalde, Psicólogo Ecuatoriano y catedrático de la Universidad San Francisco de Quito, obtenido en una entrevista llevada a cabo el 14 de marzo del año 2011.

¹³Definición de Odio. Definiciones ABC, 23 de Agosto de 2010 Disponible en: <http://www.definicionabc.com/general/odio.php>, consultado el 29 de abril de 2011.

¹⁴ Ibídem.

Para empezar, el principal elemento que da origen a este Tipo Penal es el odio; sentimiento que genera un prejuicio o llámese intolerancia hacía cierto grupo de personas.

Las personas que sienten rechazo a diferentes grupos sociales, resultan ser poseedoras de una de las características descritas en la ley y se convierten en personas aparentemente diferentes que al albergar este sentimiento de odio y prejuicio se transforman automáticamente en sujetos activos del delito.

El análisis que se propone no deber ser hecho únicamente desde el punto de vista del Derecho sino también desde la perspectiva de la Psicología, Ciencia que deber ser invocada para auxiliar en las investigaciones que se hagan dentro de los procesos iniciados por el Delito de Odio, ya que como se ha repetido anteriormente el odio es un sentimiento y tiene que ser analizado como tal.

El Dr. René Jacobo Recalde señala, en primera instancia, que es importante entender la naturaleza y la condición humana, no solamente desde el punto de vista de la Sociología, la cual planteaba la teoría de que las personas no son, una tabla raza, que nacen en cero y que la sociedad, la crianza y los experiencias van colocando “bloques” que generan a la con el pasar de los años una especie de madurez, esta teoría ha creado una visión un poco sesgada sobre el estado de las personas¹⁵.

El invocado profesor, afirma que las investigaciones modernas han comprobado que las personas nacen con ciertos contenidos mentales que vienen desde la genética y que heredamos de nuestros progenitores; lo que lamentablemente no se tiene demasiado claro hasta el día de hoy es como se produce este fenómeno. Es así, que varios estudios demuestran que a pesar que hay gemelos idénticos que viven en dos casas diferentes tienen aspectos muy centrales en su comportamiento y en su forma de pensar similares, a pesar que no han tenido contacto alguno¹⁶.

En la entrevista mencionada se dejo sentado que el Dr. Jacobo Recalde considera que la mente de los seres humanos es un producto de la evolución de las especies, y que en base a esta idea se puede comprender que mucha de nuestra naturaleza humana tiene que ver con **la naturaleza biológica**, *“la cual es tan fuerte que por ejemplo el odio, el engaño,*

¹⁵ Cfr, Entrevista Realiza al Dr. René Jacobo Recalde, llevada a cabo en la Ciudad de Quito el 14 de marzo del año 2011.

¹⁶ Cfr, Ibídem.

el crimen, la mentira son aspectos biológicos que vienen desde la propia naturaleza del ser humano y que se pasan de generación en generación”.¹⁷

Continuando en el camino de esta línea evolucionista, hasta la guerra tiene una explicación biológica. A lo largo de los años, las personas han luchado por la búsqueda de territorio y de controlar a aquellos que son convenientes para intereses propios o el control de los recursos.

Si tomamos como referencia la teoría de Charles Darwin, el antepasado del ser humano es el simio; los antiguos primates se mataban entre ellos para buscar un territorio que les provea alimentación y derechos sexuales sobre las hembras de la tribu a la aniquilaron.

Los primates que buscaban ingresar a otra tribu o a otra manada, lo que hacían era diezmar a los machos y a las crías. Todos esos comportamientos vistos en los primeros personajes no desaparecieron inclusive después de la evolución, perduraron a través del tiempo hasta arraigarse en la naturaleza del ser humano actual. A más, de la lucha por el control de los recursos y del territorio, algo que se ha buscado desde los primeros seres vivos hasta los contemporáneos, es continuar con la descendencia y con esto dejar su herencia genética.

Rescatando la idea principal de todo lo afirmado esta ahorita, se podría asegurar que el odio se manifiesta en los seres humanos por herencia genética, pasada por sus progenitores e inclusive por los antepasados de líneas anteriores a la de los padres.

La naturaleza humana es un tema muy difícil de tratar y de entender, con el pasar de los años han aparecido nuevos estudios que dejan obsoletas teorías que se creía eran ciertas, por ejemplo es muy común escuchar la aseveración que los niños no dicen mentiras y no engañan, el Dr. René Recalde considera a esto como una total falacia, de hecho él asegura que los niños mucho antes de que empiecen a adquirir normas para vivir dentro de una sociedad, son de las personas más crueles que existen; dentro de una escuela si hay un niño enfermo, el resto de niños lo rechazan, pero el rechazo en esa edad es producto de temor al ver algo distinto y que para ellos no es normal, nuevamente cabe aclarar que esto es parte de la propia naturaleza¹⁸.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Cfr, Ibidem.*

La teoría evolucionista nos permitiría entender un sin número de patrones que tienen los seres humanos, más si queremos entender el origen del odio. El antepasado del hombre como ya los señalamos anteriormente es el primate, antiguamente éstos habitaban en los árboles, eso necesariamente involucraba que desarrollen una habilidad especial denominada “visión estereoscópica”, misma que les permitía calcular y tener percepción de profundidad.

Esta habilidad, se ha perfeccionado a través de los años ya que nuestro cerebro ha ido creciendo y evoluciona en dirección a las necesidades sociales.

Todo lo antes mencionado nos permite concluir que nuestras características biológicas están dadas por la evolución y por nuestros antecesores. Entre más sofisticada es la zona cerebral existe mayor entendimiento para ciertas situaciones, pero cuando se presenta algún tipo de crisis lo que actúa son los sistemas adaptativos biológicamente heredados, los cuales en la actualidad dentro de la Psicología son denominadas emociones básicas¹⁹.

Así, la ira, la tristeza, el miedo, la alegría, el asco y EL ODIO, que es el tema central de este trabajo, vienen genéticamente inscritas en los seres vivos y son comunes en muchas especies.

Cuando los seres humanos enfrentan cierto tipo de emociones, éstas son muy difícil controlar, de hecho las emociones no se pueden manejar a antojo, lo que controlamos siempre son las reacciones que tenemos alrededor de nuestras emociones. La naturaleza humana está compuesta por emociones altamente adaptativas en un medio silvestre y no han dejado de estar presentes en nuestra modernidad, éstas se siguen manifestando como parte de un mecanismo de asociación que tenemos para convivir entre nosotros.

Las personas diariamente enfrentan sentimientos y emociones dadas por nuestra calidad, así por ejemplo las personas odian a unas y quieren a otras, o nos encontramos a menudo con sentimientos como la tristeza, la alegría, rechazo etc.; todas estas emociones guían nuestra vida mental, de tal forma que ésta es por excelencia emocional y no es cognoscitiva.

Los hombres y mujeres generamos una interpretación del mundo en base a nuestras emociones, así por ejemplo si alguien experimenta cierto tipo de tristeza todos sus pensamientos se filtran por la tristeza, lo mismo pasa con la felicidad en este caso se tendrá

¹⁹ Cfr, *Ibidem*.

una perspectiva positiva. Para el Dr. Recalde, estos pequeños ejemplos destruyen la teoría acerca de que los pensamientos disparan las emociones, por el contrario se evidencia que los pensamientos son una interpretación de los estados internos.

Entonces la conciencia viene encaminada en esa misma dirección, son nuestras emociones mayoritariamente las que nos ayudan a sobrevivir, hablando en términos de “defensa ataque” con un ambiente hostil, por ende es lógico pensar que para poder sobrevivir y tener un buen vivir, nuestra naturaleza humana nos crea emociones que generan por ejemplo odio originado en la territorialidad²⁰; desde épocas antiguas las antiguas civilizaciones libraban guerras sangrientas por conquistar tierras e imponer sus cultura y costumbres.

Por citar otro ejemplo, las emociones nos crean celos que desencadenan luchas pequeñas que las podemos apreciar en la vida cotidiana, cuando los hombres en su tendencia a plantear relaciones interpersonales en términos de competencia, eso viene dado desde la tradición del macho alfa en las especies afines a seres humanos, el macho dominante que gana los favores sexuales y gana territorio; la influencia es similar acá, la dominancia te brinda cierto nivel de estatus que te permiten o acceder a determinados privilegios, por llamarlos de alguna manera.

Lo mismo sucede con las mujeres o hembras de la manada, quienes plantean su dominancia desde la otra perspectiva, esta idea surge ante varias investigaciones que han ido encaminadas a recopilar información sobre la forma en que tienen para captar la atención del macho alfa y predominar sobre las demás hembras.

Los crímenes de odio se dan por una situación muy parecida a las descritas anteriormente, el afán por auto sustentar la naturaleza y pasar por sobre los derechos de las demás personas para conseguir la comodidad propia. Los conquistadores españoles usaban a las personas de color como esclavos, gente que no tenía ningún valor para la sociedad a tal punto que eran tratados como cosas, esta idea fue concebida hasta hace pocas décadas atrás, no es raro ver gente en Ecuador que desprecia a los afroecuatorianos por considerarlos gente de escala inferior. Lo mismo sucedió con los indígenas que fueron usados únicamente como sirvientes y hasta estos días se puede apreciar como gente desprecia a las comunidades indígenas por considerarlos ignorantes y analfabetos.

²⁰ Cfr, *Ibidem*.

Por lo dicho, podemos pensar que las personas sienten odio hacia un grupo determinado porque buscan imponer sus ideas, pensamientos, costumbres por encima de las de los demás, por considerados “inferiores o diferentes”. Pero este no es el único objetivo, a más de imponer sus ideas lo que se busca con la incitación es captar más seguidores que compartan estas ideas de superioridad e intolerancia hacia determinado grupo social. Es bueno puntualizar que estas conclusiones nacen de la teoría planteada por el Dr. René Recalde.

La promulgación de un nuevo tipo penal obedece a una necesidad de la Sociedad por frenar y erradicar conductas dañinas dentro de ella, pero antes de su inclusión dentro del ordenamiento jurídico vigente se debe hacer un análisis exhaustivo acerca de su conveniencia, y lo más importante es determinar si el nuevo Tipo Penal no causará un problema mayor al que se pretende controlar.

El Delito de Odio, recientemente incluido en el Código Penal, adolece de este “análisis exhaustivo”; volviendo a la idea planteada en el párrafo anterior, si decimos que un nuevo tipo penal es incluido dentro de la legislación para cubrir la necesidad de una sociedad determinada, se debe tomar en cuenta que la sociedad está conformada por personas, lo que quiere decir que se debe analizar qué efectos tendrá el tipo penal sobre éstas.

El Sistema de Rehabilitación Social en el Ecuador adolece de muchas fallas, el Dr. Recalde considera que quién ingrese a la cárcel por haber sido condenado por el “Delito de Odio”, no tendrá oportunidad de rehabilitarse dentro de nuestro sistema, lo que ocurrirá es que al estar encarcelado va a incrementar su odio, en el menor de los casos; la privación de libertad podrá ocasionarle repercusiones más graves, a una persona que tal vez no es potencialmente peligrosa, sino que fue encarcelada por un tipo penal que no fue estudiado detenidamente antes de entrar en vigencia.

Todo lo antedicho nos genera dos inquietudes claras, la primera es que el Delito de Odio mereció un poco más de análisis antes de ser promulgado, se debió recurrir a la psicología para determinar si el nuevo tipo penal era necesario para nuestra sociedad, si se tenía una ley que lo delimite más a fondo y la segunda es que nuestro sistema de rehabilitación social debe dar un giro de noventa grados para que las personas que eventualmente sean condenadas por este delito tengan una verdadera rehabilitación y

puedan superar su intolerancia hacia personas "diferentes" que poseen una característica de inclusión hacia determinado grupo social.

CAPÍTULO DOS

EL DELITO DE ODIO

2.1. Teoría del Delito

Con el objeto de analizar propiamente el Delito de Odio en su concepción internacional como nacional, se considera necesario acercarnos a algunos conceptos e instituciones fundamentales del Derecho Penal, que nos permitirán más adelante tener un criterio más objetivo sobre la viabilidad o no del Delito de Odio en la República del Ecuador.

El primero de los elementos a tomar en consideración constituye la Teoría General del Delito que como veremos en los párrafos siguientes, de conformidad a versados en la materia a la altura del Profesor Muñoz Conde, desde su nacimiento se ha encargado de delimitar los elementos y alcance de los delitos en la doctrina Penal. El citado tratadista señala que “La Teoría General del Delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de carácter público.”²¹En este sentido agrega, que los objetos centrales del Derecho Penal *son la pena, el delito y el binomio: peligrosidad / medidas de seguridad.*²² La Parte General versa sobre esos elementos.

De esta forma, la Teoría del Delito trata de sistematizar los elementos comunes a todos los delitos y ofrece un concepto o una definición jurídica del delito. La Parte Especial trata de describir las especialidades de cada delito.

La Teoría del Delito trata de sistematizar los elementos comunes a todos los delitos y ofrece un concepto o una definición jurídica del delito. La Parte Especial trata de describir las especialidades de cada delito.

La Teoría del Delito es obra de la dogmática penal y , según Mir Puig, es “*una elaboración sistemática de las características generales que el derecho penal positivo permite atribuir al delito a la vista de la regulación que aquel efectúa de este*”, dicho otra manera, son la antijuridicidad, entendida como conducta contraria a la norma penal que

²¹Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del Delito*, 4ta. Edición, Editorial Tirant lo banch, Valencia-España, 1991, Pág. 1

²² Cfr. *Ibidem.* p. 01

requiere tipicidad y ausencia de causa de justificación ,y la culpabilidad , entendida como imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable penalmente.

Los elementos esenciales del delito son:

- Antijuridicidad:
- Comportamiento Humano (acción u omisión)
- Tipicidad
- Valoración definitiva: ausencia de causas de justificación.
- Culpabilidad.
- Imputabilidad.

No hay culpabilidad sin antijuridicidad aunque sí hay antijuridicidad sin culpabilidad, solo para citar un breve ejemplo: la enajenación mental.

El punto de partida siempre ha de ser la tipicidad pues sólo la conducta típica, la descrita en el tipo legal puede ser antijurídica. Después comprobamos la antijuridicidad del hecho (si la conducta típica es realizada conforme o no a derecho).

Una conducta típica puede no ser antijurídica si hay causa de justificación (legítima defensa). Si es típica y antijurídica, comprobar si el autor es culpable (ej. Si está sano mentalmente).

Todos estos conceptos básicos que abarca la Teoría del Delito han servido de base para implementar un sin número de delitos en la mayoría de legislaciones penales de todo el mundo; mismo que esta disertación nos ayudará a determinar si el delito de odio, recientemente incorporado a la legislación ecuatoriana, cumple con los elementos descritos por esta ciencia para ser considerado como un tipo penal.

2.1.1. Concepto de Delito

Conforme a lo que hoy plantea la Dogmática, el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible. Sus elementos son, entonces, la tipicidad (la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal), la antijuridicidad (la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico) y la culpabilidad (el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico) esencialmente.²³

²³ MORANT VIDAL, J.: *El Delito Imprudente en la Teoría Jurídica del Delito*, Noticias Jurídicas, Enero 2003, pág. 01, disponible en el sitio web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200301-185512810105673111.html>

Esta definición es secuencial, es decir, el peso de la imputación aumenta a medida que se pasa de una categoría a otra, teniendo que tratarse en cada una los problemas de la misma. Si del examen de los hechos resulta que la conducta no es típica, ya no habrá que plantearse la antijuridicidad, etc.

La dogmática jurídica penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva: un juicio de desvalor sobre la conducta y un juicio de desvalor sobre el autor del hecho. Los dos pilares básicos de todo delito, según Mir Puig, son la antijuridicidad, entendida como conducta contraria a la norma penal que requiere tipicidad y ausencia de causa de justificación, y la culpabilidad, entendida como imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable penalmente.

2.1.2. Elementos del Delito

Como destacamos con anterioridad dentro de los principales elementos del delito doctrinariamente institucionalizados encontramos: La tipicidad, la antijuricidad y el dolo, que serán oportunamente estudiados en los siguientes apartados de la tesina en estricta relación con el delito de odio en la legislación del Ecuador.

Tipicidad

Las leyes penales establecen todos los elementos que las acciones humanas deben reunir para que sean consideradas como delitos, es así que la acción cometida por determinada persona debe encajar perfectamente en la hipótesis planteada por el legislador a través de la norma penal para que este pueda ser sancionada.

La tipicidad es el segundo elemento primordial dentro de un delito; el Jurista Ernesto Albán Gómez la conceptualiza como: “*La identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley*”.²⁴

²⁴ Dr. Albán Gómez Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*, Editorial Ediciones Legales, Quito Ecuador, año 2006, página 149.

Antiguamente el tipo no era considerado únicamente como garantía constitucional de que nadie podía ser enjuiciado si no existía una conducta anteriormente tipificada como delito, sino que también cumplía una función sistemática, que contenía elementos subjetivos y objetivos, que permitían la configuración de un tipo delictivo y del cual resultaba el planteamiento del juicio de antijuricidad.

El hecho está previsto en la ley como constitutivo de un tipo de delito que se corresponde con un supuesto de hecho de una norma penal. Es una exigencia del principio de legalidad. Los elementos del tipo se dividen en objetivas (acción, sujetos, objeto material y jurídico, tiempo y lugar, imputación objetiva y causalidad) y el tipo subjetivo (dolo o imprudencia).²⁵

El Tipo incluye una función sistemática que debe contener todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, es decir no solo la acción como en el Delito de Odio sino la intencionalidad, que desencadena el juicio de valor. Por esto, a más que cumpla con el presupuesto de estar contenido dentro del Código Penal, el Delito de Odio debe contener una clara intención de dañar, que permita realizar un juicio que determine que la acción que se protege a través del tipo es efectivamente dañosa.

El fomentar el odio en lugares Públicos en razón de las características descritas por la Ley, no produce un daño claro, aunque exista la intención de hacerlo, ya que de ninguna manera se está fomentando la comisión de un delito, simplemente se llama a la proliferación de un sentimiento, mismo que puede ser, como no, sentido por las personas que reciben el mensaje.

Sería muy diferente, que la tipificación del Delito de Odio precautele una posible apología de un delito en razones de raza, sexo, ideologías, etc., lamentablemente no lo hace, simplemente limita la capacidad de las personas a expresar libremente sus sentimientos, los cuales no deberían importarle al Derecho Penal, porque aunque existe exteriorización de ideas éstas no constituyen actos preparativos y muchos menos actos de ejecución de un delito.

²⁵ Cfr. Ambos Kai, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 100 años de la “Teoría del delito” de Beling. Pag. 04

Antijuricidad.

El Dr. Ernesto Albán conceptualiza a la antijuricidad como *“una conducta o acto contrario al orden jurídico”*²⁶.

La antijuricidad es un concepto que no se maneja únicamente en el ámbito penal, sino en todas las ramas del Derecho. Dentro del ámbito penal ésta estará presente en todos los casos en que un acto humano quebrante un derecho tutelado por el Estado y protegido a través de una ley Penal²⁷.

Formalmente consiste en un comportamiento humano típicamente antijurídico, es decir, una relación de contradicción de un hecho con la norma penal. Además el hecho ha de ser antijurídico materialmente, lo cual requiere la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido y la ausencia de un interés prevalente que justifique el hecho (desvalor de resultado) así como la peligrosidad de la conducta contemplada y la finalidad que la guía (desvalor de la acción). En todo caso, es preciso que el resultado sea imputable a la conducta.

Dentro de los Delitos de Odio, aunque existe un conducta adversa a la Tipificada en el Código Penal, no existe la afectación de un bien jurídico protegido claro, lo que nos permitiría afirmar que en estos Delitos no existe un elemento básico como lo es la antijuricidad, vista dese su carácter material.

Cabe la pena mencionar algo muy importante, la noción de la antijuricidad depende directamente de la posición que se adopte al momento de entender a las proposiciones jurídicas como normas de determinación o normas de valor, o las dos cosas a la vez. Podríamos decir que las normas de determinación se entienden como la expresión de un mandato o algún tipo de prohibición, de carácter imperativo o directo, que pretende direccionar o limitar la conducta de ciudadano. Mientras que las normas de valor se limitan a expresar un juicio de valor, valga la redundancia, ya sea positivo o negativo sin la intención de imponer algún imperativo concreto sobre los ciudadanos.

²⁶ Dr. Albán Gómez, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General, Primera Edición, Ediciones Legales, Quito- Ecuador, página 157

²⁷ Cfr, Dr. Albán Gómez, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General, Primera Edición, Ediciones Legales, Quito- Ecuador, página 157

De acuerdo a la Doctrina implantada por Nowakoski, Mezger, Bauman, Brockelmanin y Nagler, la norma jurídica con la cual se determina la antijuricidad de una acción es únicamente una norma de valor, ya que lo que pretende el legislador es mantener orden sobre la convivencia humana; esto se puede apreciar a través de las normas jurídicas existentes en los diferentes estados y eventos que tienen que ver con el orden para ellos imaginado para la colectividad, inclusiva para aquellos que se oponen a ellos. Según esta idea, el Derecho no es más que la suma de juicios de valor mediante los cuales se puede diferenciar al comportamiento jurídico del antijurídico. Todas las normas jurídicas son simplemente normas objetivas de valoración que permite enjuiciar las acciones de la sociedad desde el punto de vista del orden comunitario²⁸.

Si analizamos esta cuestión un poco más a fondo, el Derecho no vendría a contener imperativos dirigidos a los ciudadanos; como lo establece Mezger, éste debe limitarse al deber ser impersonal, que caracteriza como deseables o no ciertos comportamientos o hechos. Mientras que las normas de determinación, entran únicamente al momento de determinar la culpabilidad de cierta persona. Solo en ese momento se podrá cuestionar en qué medida el individuo se dejó guiar por los juicios de valor contenidos en las proposiciones jurídicas, entendidas como normas de determinación²⁹.

Por lo tanto a las normas jurídicas no se las debe de apreciar únicamente como normas de determinación, sino también como norma de valoración, ya que ésta une al mundo de actuar como el mundo de pensar, así no piensa el jurista Felix Kaufmann³⁰.

La antijuricidad debería tener en consideración una valoración no solo de determinación, sino un juicio de valor que evidencie de forma clara la intención de causar daño. En los Delitos de Odio no existir esta valoración por lo que no es verdaderamente un delito, únicamente existe la prohibición de expresar sentimientos de odio pero no existe un elemento valorativo que determine a ciencia cierta un comportamiento antijurídico.

²⁸ Cfr., MORANT VIDAL, J.: El Delito Imprudente en la Teoría Jurídica del Delito, Noticias Jurídicas, Enero 2003, pp. 04 - 05, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200301-185512810105673111.html>, 26 de marzo de 2011.

²⁹ Cfr., Ibídem Pág. 04 - 05.

³⁰ Cfr., Ibídem Pág. 04 - 05.

Culpabilidad – Dolo

Culpabilidad: Es atribuir o hacer penalmente responsable a una persona por el hecho injusto llevado a cabo, es un juicio de valor sobre la relación entre autor- hecho, que se ha entendido como un reproche dirigido al autor por el hecho realizado.

La realización de un hecho injusto es una condición necesaria para la existencia del delito y la consiguiente imposición de una pena, pero esto no suficiente, se requiere además, que el hecho injusto pueda ser imputado personalmente a quien lo realizó, que se le pueda hacer responsable o culpable de él. La calificación de culpable toma en consideración la relación personal del sujeto con el hecho injusto y denota que le es atribuido, que se le hace responsable penalmente de él.

Imputabilidad: Consiste en la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar una norma.

2.2. Particularidades del Delito de Odio

Este tipo aparece por primera vez en el Ecuador en las reformas hechas al Código Penal en marzo de 2009, sustituyendo la parte pertinente a los delitos de discriminación racial (figura introducida en el año 1979). La reforma está compuesta únicamente por cuatro artículos y un numeral en el Art. 450 del Código Penal.

Esta expresión que resulta completamente novedosa en nuestro medio, se ha venido usando desde ya muchos años atrás por la doctrina y en muchas legislaciones que ya tienen este tipo perfectamente regulado en sus leyes penales. Delito de Odio no es más que una traducción literal de la frase “hate crimes”, figura bajo la cual Estados Unidos, por ejemplo, ha promulgados un sin número de disposiciones y regulaciones legales, que serán tratadas en este trabajo con posterioridad.

Pero Estados Unidos no es el único país que ha adoptados diversas medidas para regular estos delitos. Alemania y Argentina ya se han adelantado un poco más al asunto y han previsto el delito de incitación o provocación al odio; hay casos también donde se ha tomado la motivación “odio” como un agravante en distintos delitos ya tipificados, que

lógicamente para entender de los legisladores lesionan algunos bienes jurídicos. En el caso ecuatoriano, se crearon delitos autónomos donde la base es la motivación, pero donde se aprecian distintas modalidades³¹.

2.2.1. Concepto del Delito de Odio

Han existido un sin número de problemas para definir lo que son expresamente los Delitos de Odio, debido al uso mismo del término delitos de odio.

Es claro que la adopción y el uso del término son sujetos de muchas críticas, especialmente por los Estados donde aun no conocen este tipo y mucho menos han pensado en hacerlo parte de su ordenamiento jurídico vigente.

El “Delito de Odio” en sí, tiene sus orígenes en el Derecho Anglosajón (hate crime), germánico y latino. Es un delito que aparece para sancionar acciones delictivas motivadas por la intolerancia, por prejuicios o animadversión y que principalmente afectan la dignidad y derechos tanto personales como colectivos, de las personas que se estiman diferentes. Para el Doctrinario Esteban Ibarra el término “crímenes de odio” está reservado, quizás, para los delitos más graves, especialmente homicidios y asesinatos.³²

El mencionado Jurista, define a los delitos de odio como: *“Las infracciones penales cometidas con una motivación prejuiciosa. Esta motivación es lo que diferencia a los delitos de odio de otros delitos. Un delito de odio no es sólo un delito común. Puede ser un acto de intimidación, de amenazas, de daño a la propiedad, de agresión, de asesinato, de homicidio o cualquier otra infracción penal.”*³³.

El TOLERANCE AND NON-DISCRIMINATION INFORMATION SYSTEM - TANDIS- conceptualiza a los Delitos de Odio como: *“hechos criminales con motivo*

³¹ Cfr, Dr. Albán Gómez Ernesto, *RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, TOMO II*, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, Diciembre 2007, pág. 537.

³² Cfr, Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, disponible en http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

³³ *Ibíd.*

*prejuicial, como por ejemplo actos de intimidación verbal y hasta violencia física o daño a propiedad.”*³⁴.

De todos los conceptos antes citados, se podría sacar un denominador común que es que los delitos de odio son cometidos en base a un prejuicio. Es muy importante hacer énfasis en que los delitos de odio se pueden cometer de distintas maneras no solo con agresiones físicas hacia una persona o un grupo determinado de éstas, sino también por violencia verbal o hasta daños en sus bienes.

Los Estados preocupados por controlar los delitos antes descritos, han creado leyes contra la discriminación y, en concreto, han creado estatutos contra los crímenes de odio con el fin de brindar protección especial a los grupos que se ven afectados por estas prácticas violentas³⁵.

En el caso de la Legislación ecuatoriana no se contempla la sanción cuando el delito se manifiesta a través de agresiones a los bienes objeto de este tipo de delitos, pero se salvaguardan temas importantes como son el que los funcionarios públicos brinden un adecuado servicio y respetan la igualdad que todas las personas tienen ante la ley, además amplía la protección al ámbito profesional o dígase al privado, cuando se establece sanciones para las personas que nieguen brindar sus servicios a determinada persona en razón de su raza, ideología, raza, etc.

La expresión “delitos de odio” recoge delitos cuyo móvil puede enmarcar un sin número de clases potenciales de prejuicios. Por citar unos cuantos ejemplos, tenemos los motivados por la religión, por la discapacidad, por orientación sexual, por raza o por cualquier característica que le brinde identidad el grupo al que pertenece³⁶.

En este punto es muy importante enfatizar que el origen étnico y la raza son clasificaciones que están abiertas a muchas interpretaciones, haciendo la salvedad que el término “origen étnico” es actualmente el término más aceptado, mientras que el término “raza” ha perdido campo debido a que es altamente cuestionado y desacreditado.

³⁴ Reporteje sobre las preguntas frecuentes sobre delitos de odio de “TOLERANCE AND NON-DISCRIMINATION INFORMATION SYSTEM -TANDIS-”, *“FREQUENTLY ASKED QUESTIONS FOR CIVIL SOCIETY ABOUT THE ODIHR’S HATE CRIME REPORT”*, disponible en: http://tandis.odihr.pl/content/documents/hcr2009_cs_subm_en.pdf

³⁵ Modarelli, Alejandro. *“CADÁVERES IMPRUDENTES”*, Buenos Aires- Argentina, 25 de abril de 2008, Pág. 12

³⁶ Cfr, Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, disponible en http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp página.

La Recomendación No. (1997)20 emitida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa expresa claramente que:

“debe entenderse que la expresión ‘discurso de odio’ comprende todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo”.³⁷

Otro ente muy importante a nivel internacional, como lo es la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa “CERI”, en el 2002 decide expedir la Recomendación n° 7, referente a las legislaciones nacionales que luchan en contra del racismo, misma en la que se establece que:

“deben tipificarse como delitos penales los comportamientos siguientes, cuando se muestren de forma intencionada: a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación; b) las injurias o la difamación públicas; o c) las amenazas, cuando se dirijan contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico”. Se recomienda también que se reprima la expresión pública, con fines racistas, de una ideología que propugne la superioridad de un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o que calumnie o denigre a un conjunto de personas por esos motivos; la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas, con fines racistas, de los genocidios, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra (...)”.³⁸

En diferencia de un simple discurso abstracto sobre ideas de odio, está la incitación al odio la cual es una incitación pública para adoptar ciertos comportamientos y formas de repulsión y rechazo hacia específicos grupos de personas.³⁹

DIFERENCIA DEL DELITO DE ODIOS, DEL DELITO DE DISCURSO DE ODIOS.

Existen algunas legislaciones que castigan el discurso de odio debido a su contenido particular. El contenido varía considerablemente, por citar nuevamente un ejemplo, existen jurisdicciones donde se tipifica el discurso de odio cuando es ofensivo o incita al odio contra ciertos grupos específicos o cuando menoscaba la dignidad, la honra o el pudor de una persona o su nación.

³⁷ Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio. CUADERNO No.11, (P. 06-07), disponible en:

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

³⁸ *Ibidem*

³⁹ Cfr, *Ibidem*, pag. 19

Inclusive existen estados donde se han creado restricciones sobre ciertos personajes específicos de la Historia, como caso específico tenemos las legislaciones donde se impide la ponderación de la Ideología de Hitler o Nazi.

Todas estas clases de discurso son restricciones legales conocidas como “discurso de odio”. Pero no en todas las situaciones, el discurso por sí solo no constituye un delito, necesita indispensablemente que verse sobre contenido prohibido por ley expresa. Lo que nos permite pensar que el discurso de odio adolece del más importante de los elementos del delito de odio, ya que si el contenido o base prejuiciosa fuera otro, éste no sería considerado como infracción penal.

Para mejor entendimiento de los antes mencionado, se puede citar un ejemplo, en un festival de música donde se interpreten canciones que alaben al movimiento fascista, o a la Sangrada Inquisición, en varios países estas piezas musicales o manifestaciones populares podrían ser considerados como discurso de odio y por lo tanto un delito, específicamente uno de odio, pero no lo son por sí mismo, ya que les hace falta su primer elemento fundamental, que es la existencia de una infracción penal base⁴⁰.

2.2.2. Elementos de los Delitos de Odio

Para que el tipo penal de delito de odio pueda ser aplicado se debe de tomar en consideración dos elementos fundamentales que son:

a. Una infracción penal tipificada como tal. El primer elemento de un delito de odio es que el acto que se cometa debe estar tipificado por la ley penal como una infracción. Esteban Ibarra, Presidente del Movimiento contra la Intolerancia, denomina a está delito como “infracción o delito base”.

Como es lógico no todas las legislaciones tienen disposiciones homogéneas respecto de este delito, por esto presentan pequeñas diferenciaciones en las normas legales de cada Estado; por ejemplo, existe una discrepancia en el tipo de conducta que se podría considerar como delictiva, pero en general, la mayoría de países tipifica el mismo tipo de

⁴⁰ Cfr, *Ibidem*, pág. 32-33.

actos violentos. En resumen en los delitos de odio siempre se necesitará la presencia de un “delito base”, sin éste no hay delito de odio.⁴¹

b. Una infracción penal cometida con una motivación prejuiciosa. Para que un delito de odio adquiera este carácter necesita indudablemente que sea motivado por un prejuicio ya sea por razones de raza, ideología, preferencia sexual, etc. Este elemento es el que marca la diferencia entre de los delitos comunes y los delitos de odio.

El actor del delito de odio escoge a su víctima por alguna de las características protegidas por la ley. Esta característica a la que la ley hace referencia es compartida por un grupo determinado de personas como una religión, una raza, una nacionalidad, etnia, raza, etc. Y la infracción se la puede cometer no solamente afectando a una persona, sino a un grupo portador de esta característica e inclusive a un bien o bienes.⁴²

2.2.3. Características propias de los Delitos de Odio.

Los delitos de odio se distinguen de los delitos ordinarios, en dos aspectos básicos, el primero es la motivación del perpetrador y el segundo es el impacto que tendrá el acto sobre la víctima.

El infractor elige a su víctima por sus características especiales, que le hacen pertenecer a un grupo determinado. Se comprende que dentro de este tipo de delitos la víctima se escoge por su pertenencia a un grupo social identificable. Cualquier miembro de este grupo puede ser sujeto pasivo del delito, sin que exista una afectación personalizada. Los delitos de odio buscan dañar a la colectividad no a una persona en concreto, a diferencia del resto de delitos, que buscan la vulneración individualizada de la víctima.

Resulta interesante observar que los delitos de odio, pretenden eliminar lo que una persona representa no lo que verdaderamente es. Tanto es así, que los efectos del delito, no alcanzan únicamente a la víctima de forma independiente sino que afectan a la comunidad

⁴¹ Cfr, Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio No. 1, página 19 disponible en

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp.

⁴² *Ibidem*.

de la que el sujeto pasivo es miembro. Como podemos identificar, el mensaje de peligro, intimidación y agresión se extiende y expone a todos los miembros del grupo.

El efecto directo del acontecimiento de los delitos de odio, constituye la limitación social del grupo vulnerable. Las personas o ciudadanos promedio pertenecientes a este conjunto social, no pueden disfrutar de una participación plena en la sociedad o en las diferentes labores de la vida cotidiana. Inmediatamente después de la agresión el individuo y su colectividad tienen miedo de actuar normalmente en la sociedad en la que viven y se despeñan, porque la afectación a su integridad puede repetirse e incluso se podrían llegar a poner en riesgo su salud mental y física, o su vida.⁴³

Entendidos en el tipo penal tratado en la presente disertación de la Talla de Ibarra, han comprendido el alcance de los delitos motivados por el sentimiento de odio dentro de la vida de los ciudadanos, por lo que han afirmado de manera categórica que:

Los delitos de odio causan un daño mayor que los delitos comunes porque el objetivo se selecciona por la identidad de la persona. La víctima inmediata puede experimentar una lesión psicológica mayor y un sentimiento agravado de vulnerabilidad porque él o ella es incapaz de cambiar la característica que le convierte a él o ella en víctima.⁴⁴

En síntesis, podemos rescatar que dentro de los delitos de odio el perpetrador o sujeto activo del delito busca la afectación o eliminación de la colectividad no del individuo determinado, por lo que el efecto de los mismos es más profundo y devastador. La afectación señalada no recae solo sobre bienes jurídicos protegidos materiales como la propiedad sino que vulnera la integridad psicológica de cada persona, que es mucho más difícil de proteger y reconstruir.

2.2.4. Características protegidas más comunes.

De alguna manera a lo largo del presente trabajo investigativo, hemos comprendido e identificado que los Delitos de Odio, nacen con el objeto de afectar algunas características o rasgos que pueden compartir un grupo de personas determinadas, Estos rasgos o

⁴³ Cfr. Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio No. 1, página 22, disponible en :

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

⁴⁴ Cfr. Ibídem. Pág. 24.

características comunes son los factores que los identifican y circunscriben como una colectividad o comunidad.

Las legislaciones de diversos Estados en la esfera internacional han aceptado la necesidad absoluta de proteger algunas de estas características para evitar la discriminación y violencia contra variados grupos étnicos o sociales. Dentro de las características protegidas comunes sujetas a protección encontramos la raza, nacionalidad, ascendencia, religión, idioma, género y orientación sexual. A continuación se expondrá una breve explicación o análisis de cada una de ellas. Como veremos a lo largo de la tesina, el delito de odio dentro de la legislación penal ecuatoriana concibe la protección de algunos de estos rasgos de identificación social.

Raza

La raza es el rasgo más predominante en los delitos de odio de los diferentes países. Esta característica se ha dado a conocer como “un constructo social sin base científica”, donde las personas se han encargado de instituirlo como un rasgo distintivo de un grupo determinado de personas.

El primer acercamiento real y reconocido que encontramos en relación a esta característica objeto de protección, constituye la Declaración sobre la Raza de la UNESCO, del año 1950. De la reunión de destacados biólogos, antropólogos y científicos de variadas disciplinas relacionadas, se concluyó que sería mejor referirnos a grupos étnicos más que a razas humanas, en vista de que las razas puras entendidas como poblaciones genéticamente homogéneas no existen en la especie humana y tampoco se pueden identificar evidencia o pruebas fehacientes de que hayan existido a lo largo de la historia del ser humano.

Comprendemos que la protección debe enfocarse a los grupos étnicos identificables, más no a la raza como tal, que no existe en su expresión homogénea en lo relativo a los

seres humanos, En el mismo sentido se utilizan las expresiones origen étnico, ascendencia para dar a entender la “raza” de una persona.⁴⁵

Origen Étnico y Origen Nacional

La doctrina comprende a un “grupo étnico” como una colectividad que si bien cohabita con una población mayor, tiene ancestros o ascendencia real o supuesta que construyen un pasado compartido. Estos ancestros han conformado una cultura con uno o más elementos de carácter simbólico que tienden a definir la identidad del grupo social. Por otro lado, el “origen nacional”, atiende en algunas ocasiones a un significado de ciudadanía o incluso nacionalidad. Sin embargo, también puede significar el apego o afiliación cultural a un grupo cultural o nacional distinto y perfectamente identificable.⁴⁶

Nacionalidad

La nacionalidad constituye una constante dentro de las características protegidas en todas las legislaciones, conforme se analizará brevemente en los posteriores capítulos. La nacionalidad comprende un significado distinto al expuesto de origen nacional o étnico. La Convención Europea sobre la Nacionalidad, marco un verdadero comienzo dentro de la protección de las características protegidas al delimitar su concepto. En su Artículo 2 dispone que “nacionalidad” significa el “vínculo legal entre una persona y un Estado y no indica el origen étnico de la persona”. En este sentido el significado de la Nacionalidad típicamente implicaría ciudadanía o un estatus legal conferido por el estado a sus habitantes. Si bien existen muchas ocasiones en los que la “nacionalidad” es confundida con el “origen nacional”, la primera debe usarse únicamente para denotar la relación legal entre un estado y un individuo, mientras que la segunda debe emplearse para referirse al origen étnico o cultural del individuo.

⁴⁵ Cfr. Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, Pág. 51 disponible en

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

⁴⁶ Cfr. Ibídem, Pág. 53. d

En definitiva, la Nacionalidad atiende a los derechos y obligaciones que mantiene una persona con un Estado ya sea por nacimiento, por ascendencia o nacionalización⁴⁷.

Religión

El término religión se refiere a las convicciones religiosas o filosóficas de cada ser humano relativas a la existencia o no existencia de un dios.⁴⁸

Debido al crecimiento de la discriminación y de los focos de violencia entre los diferentes grupos religiosos, las legislaciones de los diferentes estados han identificado la creciente necesidad de proteger la libertad de culto, la libertad que debe tener cada ciudadano para decidir que creer o a quién seguir, sin consecuencias externas que afecten su integridad o su vida.

Discapacidad

La discapacidad resulta una característica frecuentemente protegida dentro de los delitos de odio, si bien resulta complicado delimitar el alcance o concepto de este término, la definición más adoptada resulta la ofrecida por la normativa del Reino Unido que destaca que la discapacidad constituye “cualquier impedimento físico o mental”.⁴⁹

En este sentido, la tipificación de los delitos de odio, en relación a esta característica busca evitar la afectación de las personas discapacitadas, efectuada por el odio y la falta de aceptación hacia su condición mental o física.

Orientación Sexual

La Orientación Sexual por su parte, se encuentra vinculada con la sexualidad de cada individuo y de sus decisiones entorno a este aspecto.

Al referirnos a la orientación sexual de las personas, en consideración a la explicación de la tipificación de los delitos de odio del Estado de Delaware de los Estados Unidos de

⁴⁷ Cfr. Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, Pág. 53. disponible en

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

⁴⁸ Cfr. Ibídem. Pág. 54.

⁴⁹ Cfr. Ibídem. Pág. 50.

América, se comprende a esta característica protegida como la heterosexualidad, la bisexualidad o la homosexualidad de cada ser humano. De esta manera, este término atiende a la decisión de cada ciudadano de escoger a una pareja de su mismo sexo o del sexo opuesto y al respeto que merece la libertad sexual del mismo.⁵⁰

Los delitos de odio buscan impedir la violencia contra grupos sociales vulnerables identificados como tales por su orientación sexual. En la actualidad, el reconocimiento de los derechos de los homosexuales y bisexuales constituye una realidad palpable, por lo que ahora resulta necesario evitar la vulneración de la integridad física y psicológica de estas personas.

Género, Idioma y Edad.

Como se verá en el capítulo de la legislación internacional existen características que requieren de protección a pesar de no ser las más representativas a nivel mundial, entre estas características encontramos el Género, el Idioma y la Edad.

En la esfera del derecho internacional se ha entendido que nadie debe ser una víctima de los delitos de odio por ser menor o mayor de edad: es decir, por ser joven o anciano, tampoco por su lengua materna o nativa y menos aún por su género, entendiéndose este como el sexo de cada ser humano.

De la protección del Género han nacido numerosas normas a nivel internacional evitando la discriminación contra el hombre o la mujer, en el Ecuador se han identificado avances en este sentido evidenciando legislación protectora a favor del género femenino y desarrollando entidades para garantizar y hacer respetar sus derechos como la Comisaría de la Mujer.

2.2.5. Tipo Penal en Ecuador

Como se destacó previamente la Tipificación del Delito de Odio en el Ecuador, constituye un hecho reciente, cuando se incorporó en el año 2009 dentro del Código Penal Ecuatoriano.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*. Pág. 51.

A continuación se efectuará un conciso análisis del articulado incorporado al citado texto legal, en donde se pretende identificar las estudiadas características protegidas del delito de odio, como la acción nuclear y sus elementos.

Los nuevos artículos incluidos en el Código Penal, acerca del delito de odio dicen lo siguiente:

Art. ...- Será sancionado con prisión de seis meses a tres años 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, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Dentro de este primer artículo de la reforma de inclusión de los delitos de odio en la legislación ecuatoriana, incluye a primera vista todas las características protegidas que han sido analizadas y que constituyen el fundamento de este tipo de delitos.

Por otro lado, cabe señalar dentro de este análisis, que el primer artículo presenta como verbo rector o acción nuclear el incitar al odio. Desde esta perspectiva, la norma citada incorpora el delito de “incitación al odio”, no propiamente el delito de odio.

Al parecer esta norma puede resultar un arma de doble filo, en la medida en la que la prueba de la incitación al odio por “medios públicos”, resulta una tarea muy complicada que se deberá anclar en la subjetividad del juez. En consecuencia la fórmula establecida en la ley limita totalmente el derecho a la libertad de expresión y de discrepar con las creencias y convicciones de otras personas. Como la prueba es tan subjetiva cualquier manifestación discordante a otros grupos de personas podría eventualmente ser considerada prueba suficiente del delito de incitación al odio, teniendo como resultado la encarcelación injusta de una persona inocente.

Este tipo de delitos, con el limitado articulado presente dentro de la legislación en materia penal en el Ecuador, es un absurdo jurídico inaplicable en nuestra sociedad, que puede vulnerar las libertades y los derechos fundamentales de los ecuatorianos como la libertad de expresión y la no privación de la libertad sin causas justas y reales.

El siguiente artículo de la reforma mencionada en reiteradas ocasiones realiza las siguientes distinciones:

Art. ...- Será sancionado con prisión de seis meses a dos años 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, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dichos actos de violencia produjeran la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de doce a dieciséis años.

Dentro de este artículo se incluye el delito de odio, en los términos que lo ha definido la doctrina especializada en la materia.

El delito de odio, en esta ocasión incluye todas las características frecuentemente protegidas, más algunas no consideradas tan abiertamente en el plano internacional como el estado civil de los ciudadanos.

El delito de odio, se tipifica buscando sancionar la acción no clara de “cometer actos de violencia”, fundamentados en el odio o el desprecio hacia los grupos vulnerables. La pregunta adecuada frente al artículo señalado sería ¿cuál es la acción nuclear o verbo rector del delito? ¿Cuáles son los actos de violencia moral o física de odio? Al parecer el tipo penal es tan vago, que pone en tela de duda la misma existencia del delito.

Cualquier acto que considere el juez de la causa, podría ser calificado como un acto de violencia moral causado por el odio y la persona perdería su libertad.

Cabe agregar, que la delimitación, reconocimiento y prueba del motivo que fundamenta la creación de estos delitos es imposible. ¿Cómo podemos probar la existencia de odio o de desprecio?

A primera vista parece lógico y necesario implantar el odio, de probar su existencia, como un agravante de los delitos existentes en nuestra legislación como delito de lesiones, injurias, entre otras., y no como un delito independiente que solamente entorpece el sistema de administración de justicia penal en el país.

En tercer lugar encontramos la inclusión del siguiente artículo innumerado que nos permitimos transcribir a continuación para su observación y estudio:

Art. ...- Será sancionado con prisión de uno a tres años, el que en ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, ***niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho, o excluya a una persona o niegue o vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución***, por razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

En este punto, se prevé la tipificación como delito a la conducta de un profesional que “niegue a una persona un servicio”, por razones de odio hacia las características protegidas.

En este supuesto, ningún profesional podrá abstenerse de dar sus servicios o prestaciones por cualquier circunstancia personal o ajena a las personas en particular, porque podría ser condenado por delito de odio. Nuevamente señalamos que la motivación resulta muy difícil sino imposible de probar por lo que cualquier negativa podría ser considerada por un juez en un momento dado como causa suficiente y como delito acorde al artículo precedente.

Finalmente citaremos el último artículo innumerado de la reforma de los delitos de odio:

Art. ...- Al que, siendo servidor público, incurra en alguna de las *conductas previstas en este capítulo o niegue o retarde a una persona un trámite o servicio al que tenga derecho*, se sancionará conforme lo previsto en el artículo anterior. En estos casos el funcionario quedará inhabilitado para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

El presente artículo tipifica como delito la misma conducta de la norma previa, con la diferencia de que en esta oportunidad el sujeto activo del delito no es el profesional sino el funcionario o servidor público. Se añade que cualquier retardo en la prestación de un servicio que de alguna manera pueda ser calificado como “motivado por odio o desprecio” (a discreción única del juez, en términos de prueba), es una conducta punible y reprochable tipificada como delito de odio.

Sin embargo, este delito tiene el agravante de no poder trabajar por el mismo tiempo del lapso de la privación de la libertad impuesta, en la medida en la que no señala desde cuando corre este plazo donde el funcionario se encuentra imposibilitado de trabajar y por lo tanto, de subsistir.

A criterio del autor, el odio debió mantenerse como un agravante o como un elemento secundario constitutivo del delito como se lo dispone en el artículo 450 del Código Penal relativo al asesinato.

Art. 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

(...) 10. Con odio o desprecio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, de la víctima.

Se desprende de los artículos transcritos que el odio, es un elemento agravante del homicidio, que lo convierte en asesinato. Es un elemento constitutivo de otro delito, donde se desprende la intención de causar daño.

En síntesis, parecería que los Delitos de Odio dentro de la legislación ecuatoriana, no pueden ser calificados plenamente como delitos, porque como pudimos observar en los apartados anteriores existen verdaderos problemas de la teoría del delito y de aplicabilidad por la dificultad de la prueba y la vulneración de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión. Sería necesario respetar la normativa existente en un país primero, y después proponer cambios viables y coherentes con el sistema de derecho adoptado por un Estado.

Sujeto Activo

De los artículos precedentes pudimos distinguir que en los dos primeros artículos cualquier persona que incite al odio o que en su defecto, cometa actos motivados por el odio, constituye un sujeto activo o perpetrador del delito.

Sin embargo, en los dos artículos finales el tipo se vuelve más específico, y se puede identificar dos sujetos activos calificados el profesional y el servidor público en cada uno respectivamente,

Sujeto Pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, encontramos una situación similar a la última mencionada, nos enfrentamos a sujetos pasivos calificados o delimitados de alguna manera por la ley penal.

Autores de la talla de Gabriela Guerrero e Israel Lara han comprendido a los “sujetos pasivos calificados” como “personas específicas determinadas en la ley penal”⁵¹ Dentro de los delitos de odio encontramos esta peculiaridad en los Sujetos Pasivos, o víctimas del

⁵¹ Gabriela Guerrero, Israel Lara. Crímenes o delitos de odio y el por qué de su necesaria inclusión en la tipificación de nuestra legislación, Venezuela, 08 de Agosto de 2009, disponible en: http://insurrectasypunto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1866:venezuela-crimenes-o-delitos-de-odio-y-el-por-que-de-su-necesaria-inclusion-en-la-tipificacion-de-nuestra-legislacion&catid=3:notas&Itemid=3

delito. La norma penal distingue aquellas personas que forman parte o se identifican con una característica protegida odiada por el agresor, de tal forma que no puede constituir delito de odio la misma acción efectuada contra cualquier persona que no cumpla con las características señaladas.

Dolo

La doctrina penalista ha comprendido al Dolo como “la intención de causar daño”⁵² y como se ha señalado en varias ocasiones en diferentes apartados del presente trabajo investigativo constituye un elemento esencial del Derecho Penal y de la institución de la imputabilidad para efectos de establecimiento de la pena.

Es así, que la gran mayoría de delitos en nuestra legislación mantienen el carácter doloso, reiterándose en el tipo penal la intención del autor de producir daño efectivo. En el caso de los delitos culposos como el homicidio, no se considera indispensable dentro del tipo penal al dolo, en vista de que existe un bien jurídico protegido superior al de la libertad de los seres humanos que es el derecho a la vida.

Este no es el caso de los Delitos de Odio, donde como se destacó en capítulos anteriores, de acuerdo al maestro y catedrático versado en la rama del Derecho Penal el Dr. Ernesto Albán, el bien jurídico protegido es la igualdad ante la ley⁵³, que a nuestra consideración, en el momento de la ponderación no constituye un bien jurídico superior a la libertad de un ser humano. En consecuencia, el dolo debería formar parte indispensable en la tipificación de los delitos de odio y no debería adecuarse al tipo de penal, señalado cualquier conducta culposa.

Si bien este debería ser el criterio considerado por el legislador, en el Ecuador se debió mantener principalmente una postura de enfoque en actos de incitación al odio y discriminación donde se identifique que claramente se pretende ocasionar un “peligro cierto e inminente”, traducida esta situación en la inclusión del dolo o la intención real de

⁵² Alban, Gomez Ernesto; *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO. PARTE GENERAL*, Corporación MyL, Ediciones Legales. Colección Profesional Ecuatoriana. Quito-Ecuador. 2006. pp. 196.

⁵³ Cfr. Ernesto Albán Gómez. Régimen Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales. Tomo II, Quito-Ecuador. 2010. Pag. 538

causar daño a individuos de grupos sociales vulnerables.⁵⁴ Por lo tanto, no cualquier comportamiento motivado por el odio, debería ser considerado como delito de odio, como lamentablemente se encuentra actualmente dispuesto en nuestro Código Penal.

La Conducta Punible

Como señalamos en líneas anteriores, la conducta punible dentro de estos delitos de odio, resulta algo vaga y en ocasiones difícil de distinguir. En primer caso tenemos “incitar públicamente el odio”, segundo “cometer actos por odio” en este caso no se delimita la conducta punible en lo absoluto y al parecer se *tipifica como delito más la motivación que la acción* lo cual es contrario a la Teoría del Delito, fundamento del Derecho Penal en cualquier Estado de Derecho.

Finalmente, tenemos como verbo rector el “negar la prestación de un servicio”, limitando la discrecionalidad del profesional por cualquier razón y poniendo en peligro la vida profesional del servidor público, como mencionamos brevemente en los preceptos anteriores.

A nuestro criterio es indispensable limitar estos tipos penales y no dejarlos abiertos. El Ecuador debería seguir el comportamiento normativo de otros países desarrollados limitando el tipo penal a actos de incitación al odio que pueden dar lugar a un “peligro cierto e inminente”⁵⁵. No es correcta sancionar cualquier comportamiento motivado por el odio, como actualmente se encuentra tipificado el tipo penal sino únicamente aquellos que puedan realmente causar daño efectivo. En este punto, nos enfrentamos a una interesante interrogante al evidenciar un intento de condenar la motivación, el odio hacia otros grupos sociales o étnicos ¿No debería implantarse el odio dentro de las legislaciones únicamente como agravante sin la necesidad de la existencia de delitos propios?

⁵⁴ Cfr. Gabriela Guerrero, Israel Lara. Crímenes o delitos de odio y el por que de su necesaria inclusion en la tipificacion de nuestra legislación, Venezuela, 08 de Agosto de 2009, disponible en: http://insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1866:venezuela-crimenes-o-delitos-de-odio-y-el-por-que-de-su-necesaria-inclusion-en-la-tipificacion-de-nuestra-legislacion&catid=3:notas&Itemid=3

⁵⁵ Cfr. Gabriela Guerrero, Israel Lara. Crímenes o delitos de odio y el por que de su necesaria inclusion en la tipificacion de nuestra legislación, Venezuela, 08 de Agosto de 2009, disponible en: http://insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1866:venezuela-crimenes-o-delitos-de-odio-y-el-por-que-de-su-necesaria-inclusion-en-la-tipificacion-de-nuestra-legislacion&catid=3:notas&Itemid=3

Nuestro criterio mantenido en la presente disertación es que es más efectivo instituir el odio como agravante que como delito propio, si existe un delito base como el delito de lesiones la presencia del odio puede empeorar la sanción o pena sin que el delito en sí, dependa de la existencia del sentimiento, no quedando impune el agresor.

2.2.6. Iter Criminis en los Delitos de Odio

Para muchos entendidos en el ámbito penal, el delito viene a ser un fenómeno extremadamente complejo, que en muchos casos, atraviesa por muchas etapas como lo son la etapa de ideación, la de preparación y la de ejecución. El delito nace en la mente del sujeto activo, no siempre claro está, apoderándose de la voluntad de la persona y termina por manifestarse en el mundo exterior, por medio de un conjunto de acciones o actos de distinta naturaleza. En ciertas ocasiones el autor del delito sigue actuando con posterioridad a la finalización del acto tipificado como delito.

Todo lo antes mencionado ha sido materia de un sin número de análisis en el ámbito penal, porque existe una latente duda acerca del tratamiento especial que debe tener cada una de las etapas del camino del delito y que merecen una mención individual en la legislación de cada país.

Antes de analizar cada una de las fases del Iter Criminis en el delito de odio, es importante traer a colación algunas consideraciones que hace el Jurista Ernesto Albán Gómez en su obra: “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano; dentro de este libro se plantea una interrogante que es de vital importancia: “*¿Puede sancionarse, de qué manera y con qué fundamentos a quien no ha culminado su acción delictiva*”; esta interrogante nos lleva a pensar que hasta ese momento (entiéndase por momento a cualquiera de las fases del iter criminis, excluyendo la fase interna porque la ley no puede sancionar pensamientos que se encuentre dentro del haber interno de las personas) la actividad desarrollada por el sujeto activo, aunque sea antijurídica y culpable, no ha llegado a coincidir en la descripción del tipo que hace la ley y por lo tanto no ha llegado a lesionar a un bien jurídico todavía.

La respuesta a la pregunta planteada anteriormente es respondida por muchas de las legislaciones a nivel mundial de forma positiva, ya que en diferentes países si se castiga las

distintas fases del Iter Criminis, como por ejemplo en la tentativa, en los casos en que la misma ley lo prevé.

Una aclaración importante es que la punibilidad de las distintas fases del Iter Criminis es relevante únicamente cuando el delito no se ha consumado, porque si el delito llega a su fin el autor se hará cargo de todas las etapas anteriores, ya que su acto encaja perfectamente en el descrito por el tipo en la ley penal, del otro lado tenemos la posibilidad de que si el delito no se ha consumado resulta indispensable establecer la punibilidad de los actos realizados.

Finalmente, es de extrema importancia resaltar que no todos los delitos presentarían todas las etapas que doctrinariamente existen dentro del “camino de delito”. Ernesto Albán afirma que: “algunos delitos no son susceptibles de tentativa; en otros casos no hay actos preparatorios sino que directamente el sujeto pasa a la fase de ejecución, inclusive hay tipos de delitos en los cuales parece imposible la existencia misma del Iter Criminis”.

En los delitos de odio, podríamos decir que la fase interna inicia con ideas de desprecio y superioridad con respecto a una persona o un grupo que sea portador de una de las características protegidas por la Ley. La fase de preparación se concreta cuando el autor maquina un plan que le servirá para difundir sus ideas y fomentar el odio. Finalmente, la fase de ejecución inicia cuando el autor pone en práctica su plan y efectivamente hace público su odio y llama a los demás ciudadanos a compartir el sentimiento de desprecio.

La fase interna por excelencia es la etapa relacionada con los sentimientos y pensamientos del potencial actor de un delito, potencial porque en algunas ocasiones la idea de delito se queda en eso y nunca se exteriorizan acciones para cometerlo. En los llamados delitos de odio, se da una particularidad, se sancionan sentimientos como si estos formaran parte de la fase de ejecución, lógicamente que si existe un tipo penal que sanciona la incitación al odio se entenderá como fase de ejecución a todos los actos que se comentan para difundir el odio y realizar la conducta descrita en el tipo penal. Pero este análisis nos ayuda a visualizar que este delito atenta a todo lo dicho hasta ahorita, al Derecho Penal solo le interesan las acciones no sentimientos que formarían parte de la fase interna, sentimientos como el odio. En este nuevo tipo se sanciona sentimientos que si bien son exteriorizados, no causan ningún daño visible a algún bien jurídico protegido.

Fases del delito.

Desde el instante en que la idea primaria nace en la mente del criminal hasta el momento en que se logra consumar el acto, el delito atraviesa por dos fases la fase interna y la fase externa.

La primera se desarrolla únicamente en la mente del criminal, no hay nada que conecte la idea con el mundo exterior y no hay ningún elemento que permita descifrar el fin que tiene el actor. Por otra parte la fase externa es la manifestación de la idea con el mundo exterior y se la puede apreciar por una serie de actos, que se podrían enmarcar dentro de los actos preparatorios, en otras ocasiones estas acciones llegan ya a la fase de ejecución, y finalmente en otras miles de ocasiones se llega a la consumación misma del delito, figura que muchos juristas han querido llamarla delito perfecto, pero el asunto de terminarla ahí, hay ciertas acciones que el delincuente sigue efectuándolas hasta después de haber cometido el delito, se que encaminan al agotamiento del delito.⁵⁶

El gran jurista Jiménez de Asúa al hacer el estudio de estas dos fases hace una distinción que es muy importante para el futuro análisis que se hará respecto del delito de odio, él afirma que en el medio de la fase interna y la fase externa hay una etapa conocida como resoluciones manifestadas, a las cuales no se las podría considerar en ninguna de las dos fases anteriormente mencionadas.

Las resoluciones manifestadas son actos puramente verbales y no materiales, aunque éstos hayan salido del ámbito de la fase interna de la persona. *Aunque estas resoluciones demuestren una clara intención delictiva, la doctrina considera que éstos estos lejos aún de significar un verdadero peligro para los intereses que la ley penal protege.*⁵⁷

Aunque no existe unanimidad respecto a que si las resoluciones manifestadas deberían o no ser sancionadas, existen tipos penales dentro de nuestro Código Penal muy parecidos a las resoluciones manifestadas, como lo son por ejemplo las amenazas, que son el núcleo de los delitos de intimidación, o la instigación para delinquir o la asociación ilícita. En todos estos casos nuestro legislador consideró que esas conductas deberían constar como

⁵⁶ Cfr, Dr. Albán Gómez Ernesto, MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO, PARTE GENERAL, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, pág. 211

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 213.

delitos autónomos y no como actos que se encuentran encaminados a la comisión de un delito.

¿El Delito de Odio no sería más bien una especie de resolución manifestada que intentaría causar un daño más grave? Esta interrogante nos da pie a pensar que el odio debería ser utilizado como un agravante para la comisión de un delito en razón de las características protegidas por la ley y un delito independiente. Volviendo a lo afirmado por Ernesto Albán Gómez, el delito de odio está lejos de significar un verdadero peligro, ya que únicamente se exteriorizan sentimientos mas no se ejecutan acciones que pongan en peligro claro un bien jurídico protegido, realizando una ponderación de derechos en la cual se analice si vale la pena quitar la libertad a una persona por intentar evitar que una persona exprese su odio.

El verbo rector en los Delitos de Odio.

Para el Jurista Ernesto Albán Gómez, los verbos rectores presentes en este nuevo tipo penal son:

Incitación: El primer artículo respecto de los delitos de odio incluido en el Código Penal tipifica la conducta de incitar, públicamente o por un medio apto para la difusión pública, el odio o desprecio o cualquier otra forma de violencia física, moral o psicológica contra una persona o un grupo de personas por una de las características protegidas en la ley.

Aquí cabe el primer punto de análisis, que es como determinar si la incitación ha sido pública o no, para esto se podría tomar como referencia lo dispuesto en el mismo Código Penal en el Art. 491 que regula las injurias públicas, que son tales cuando han sido realizadas en lugares públicos o reuniones, y en presencia de diez o más persona; o por medio de escritos publicados. Sería muy importante que se incluya dentro del la idea de “públicas” a las que son realizadas a través de medios de comunicación.⁵⁸

⁵⁸ Cfr, Dr. Albán Gómez Ernesto, *RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO. TOMO II*, Ediciones Legales, Quito-Ecuador, Diciembre 2007, pág. 539.

Para seguir guardando coherencia con el Código Penal, en lo referente a violencia física se puede tomar la definición del Art. 596, el cual la conceptualiza como los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas. Un primer problema que se presenta claramente dentro de este artículo es que no se da un concepto acerca de qué es la violencia moral, y que no parece coincidir estrictamente con la intimidación o amenazas, conceptos empleados en el Código en referencia.

Violencia: El segundo de los nuevos artículos tipifica los actos de violencia física o moral, que son motivados por el odio o desprecio a las personas en razón de su color de piel, raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, etc.

Algo que es muy criticable desde el punto de vista del autor del presente trabajo es que la pena establecida para las personas que cometieran este tipo de actos motivados por el odio en razón de las características citadas en el párrafo anterior es de seis meses a dos años de prisión, tiempo menor a la pena impuesta para los que practicaren la incitación. Otra punto cuestionable dentro del mismo artículo es que si los actos de violencia han causado heridas la pena será de dos a cinco años de prisión, pero no se estable una escala referente a la gravedad de las heridas causadas⁵⁹.

Si se produjere la muerte de una persona, la pena será de doce a dieciséis años de reclusión. En este caso habría que distinguir este delito del tipificado en el Art. 450 del mismo Código, al que la reforma agregó también un numeral respecto del odio. Lamentablemente la reforma no hace la distinción correspondiente sobre estos dos tipos, poniendo en complicaciones al Juez al momento de aplicar uno u otro artículo.

Negación de servicios o prestaciones: El tercer artículo sanciona con prisión de uno a tres años, a quien en ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, y por las razones descritas en los artículos precedentes, negare o retrase un servicio a que tenga derecho, o excluya a una persona o restrinja alguno de los derechos establecidos en la Constitución⁶⁰.

Ernesto Albán respecto de este punto afirma que: *“Se trata de una norma que establece una conducta de una amplitud enorme, pero que en todo caso debe ser motivada*

⁵⁹ Cfr. *Ibíd.*

⁶⁰ Cfr. *Ibíd.*

por el odio o desprecio a un grupo humano". Esto último dicho por Albán Gómez evidencia que este artículo en particular es demasiado general, y que se prestaría a interpretaciones o analogías, las cuales no están permitidas en el Derecho Penal, y que ponen en peligro las garantías de quien eventualmente pueda ser denunciado por esta clase de delitos. Haciendo complicada la tarea del juez, del acusador y del defensor, dada la subjetividad y generalidad de la norma.

Delito del servidor público: El cuarto de los artículos correspondientes a los delito de odio, sanciona de igual manera al funcionario público , que incurra en alguna de las conductas descritas en el artículo que le antecede, es decir que niegue o retrase un trámite de alguna persona o niegue un servicio al que tiene derecho. La sanción a más de la privación de libertad, contempla la inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión pública, hasta por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad. ⁶¹

El bien Jurídico protegido en los Delitos de Odio.

Para ilustrar el presente punto sería de vital importancia que se cite un fragmento de un artículo de la constitución ecuatoriana, específicamente el numeral dos del artículo once, cuyo tener literal dice:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismo derechos, deberes y oportunidades.- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”⁶²

Tomando este fragmento de la Carta Constitucional Ecuatoriana, se podría afirmar que éste fue la base para la reforma del código penal respecto de los delitos de odio, estaría claro que el bien jurídico directamente afectado en esta clase de delitos es la igualdad jurídica de las personas, que sería plenamente afectada por conductas que las discriminan por alguna de las razones constantes en la máxima ley de la República.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*.

⁶² Código Penal Ecuatoriano, Corporación de estudios y publicaciones, actualizado a abril de 2011.

Así se ha pronunciado el Dr. Ernesto Albán Gómez en su Obra denominada “Régimen Penal Ecuatoriano”, destacando que los delitos de odio buscan proteger el derecho a la igualdad en consideración a que todos los seres humanos, tienen derecho a ser tratados como iguales sin maltrato y con respeto a su identidad nacionalidad o características peculiares que los pueden diferenciar de los demás. El derecho a la igualdad reafirma el postulado de aceptación a lo distinto y de protección en caso de vulneración a grupos vulnerables y minorías.⁶³

Sin embargo, cabe señalar que este no es el único bien jurídico protegido por este tipo de delitos, existen otros derechos y elementos que merecen protección jurídica y que se verían afectados por estos delitos. Al ser un delito que afecta a una pluralidad de personas, se lesionan también bienes como la vida, la integridad física, la seguridad, el derecho al trabajo y hasta la recta administración de justicia.

Este análisis que se hace sobre el bien jurídico protegido es de entera opinión del Jurista Ernesto Albán Gómez. Aunque cabe hacer una salvedad, para que exista un bien jurídico protegido éste debe estar en una escala superior en la ponderación de derechos que se haga para sancionar una conducta, por ende en estos delitos, la igualdad ante la ley – bien jurídico protegido en los delitos de odio- está por encima de la privación de libertad y el derecho al trabajo, sanciones previstas para los delitos de odio.

Derecho de libre determinación y desarrollo de la personalidad.

A criterio del autor del presente trabajo, el bien jurídico protegido dentro de los delitos de odio no es más que el “derecho a la libre determinación”, en todo su sentido, no solo al derecho a la autodeterminación que rezan sobre todos los pueblos, sino además el derecho a la libre determinación de grupos étnicos, grupos minoritarios y pueblos indígenas.

Además existe un derecho conexo al de la libre determinación, que es el del libre desarrollo de la personalidad que tienen todos y cada uno de los seres humanos incluidos los integrantes de estos grupos especiales y de la libertad que tienen de pensar u opinar lo

⁶³ Albán Gómez Ernesto, *“RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO”*, Ediciones Legales. Tomo II, Quito-Ecuador. 2010. Pág. 538.

que crean a cerca de algo, el cual se encuentra previsto en el art. 66 de la Constitución Ecuatoriana que en su tenor literal afirma:

Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

El derecho a la libre determinación no es un tema nuevo, políticamente se lo comenzó a tratar desde las ideas de descolonización que tuvieron lugar en América y África. Quizá dos de los grandes exponentes sobre esta autodeterminación es Estados Unidos de América, que alcanzó su independencia en 1776 y la Guerra de Independencia Hispanoamericana que se suscitó ente los años de 1809 y 1824.

Actualmente el derecho de libre determinación se ha afianzado tanto en la dogmática jurídica vigente que es considerado como derecho humano de tercera generación. Organismos de alta envergadura como La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre el caso del Sáhara Occidental, donde afirmó que es un: “*derecho colectivo cuya titularidad corresponde a los pueblos*”.⁶⁴

Sin embargo existen ciertos autores, quienes piensan que los derechos humanos únicamente pueden ser de titularidad individual, criterio que mantiene también la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la cual se ha pronunciado de esta forma en varias ocasiones. El catedrático y Doctor en Jurisprudencia uruguayo, Héctor Gros Espiell, mantiene una tesis ecléctica al afirmar que: “*el derecho de autodeterminación es individual y colectivo al mismo tiempo*”.⁶⁵

Cabe recalcar que el derecho a la autodeterminación tiene una naturaleza compuesta y variada, debido a que embarca aspectos tanto políticos como económicos inclusive sociales y culturales; y es necesaria la presencia de todos estos elementos para que exista una efectividad plena de éste. Pero éste no se agota en la doctrina, sino que a través de él se garantiza el derecho de cada pueblo a elegir sus propias maneras de gobierno, sus métodos

⁶⁴ Caso relativo al Sáhara Occidental, opinión consultiva de 16 de octubre de 1975. RESÚMENES DE LOS FALLOS, OPINIONES CONSULTIVAS Y PROVIDENCIAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 1948-1991, pág. 146 y siguientes. Disponible en <http://www.dipublico.com.ar/cij.html>.

⁶⁵ The Right to Self Determination: Implementation of United Nations Resolutions, párrafo 57.

de para alcanzar el éxito social y cultural y el de aprovechar sus recursos en como medio desarrollo económico.⁶⁶

Actualmente existen dos corrientes respecto de la autodeterminación, una que habla acerca de una autodeterminación externa y otra defiende la autodeterminación interna. Estas dos corrientes existentes gozan de la aprobación de la mayoría de la doctrina que trata sobre este tema⁶⁷, a tal punto que han sido utilizados largamente tratados por organismos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Observación general número 21, de 1996⁶⁸, y la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, en un informe acogido en 1999⁶⁹.

La postura externa acerca del derecho a la libre determinación está estrechamente vinculado con el concepto de soberanía, que se refiere al derecho que tienen todos los pueblos a determinar libremente su lugar en la comunidad internacional de Estados en concordancia con el principio de igualdad soberana. En resoluciones como la 1541 (XV) y 2625 (XXV), emitidas por este cuerpo colegiado se recogen conceptos como que: *“un pueblo puede decidir la formación de un Estado independiente, la libre asociación, la integración en un Estado ya existente o la adquisición de cualquier otro estatuto político libremente decidido por la población”*.⁷⁰

Por su parte, la corriente de la autodeterminación interna mantiene el postulado que libre determinación es el derecho que tienen todos los pueblos a decidir sobre su forma de organización política y los medios que empleen para buscar su desarrollo económico, social y cultural. Pero la hipótesis de esta corriente no se limita a este concepto, sino que además se relaciona con el derecho que tienen todas personas a salvaguardar su identidad; también con el derecho de todo ciudadano a participar en las decisiones importantes que se tomen dentro de su Estado, a elegir y ser elegido, de gozar de una democracia plena. De esto se colige que el Gobierno de cada país debe representar a toda su población, sin

⁶⁶ Cfr. Caño, Javier; *“NACIONALISMO, AUTODETERMINACIÓN E INDEPENDENCIA”*; disponible en: <http://www.gazteabertzaleak.org/fitxategiak/canoerd.pdf>

⁶⁷ Cfr. Ibídem.

⁶⁸ Recomendación general N° XXI relativa al derecho a la libre determinación». Recogida en el documento de Naciones Unidas Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, pág. 245 a 247, disponible en: <http://servindi.org/pdf/ObservacionesyRecomendacionesGenerales.pdf>

⁶⁹ Autodeterminación y secesión en Derecho constitucional». El informe, adoptado en la reunión celebrada en Venecia los días 10 y 11 de diciembre de 1999, se publicó en Estrasburgo el 12 de enero de 2000 y está disponible en la página web de la Comisión en inglés y francés.

⁷⁰ Cfr. La revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España, revista No. 41, diciembre 2010, Barcelona –España, pág. 7, disponible en: <http://www.anue.org/revista/revista41.pdf>.

distinción por motivos de raza, color de piel, sexo, ideología, discapacidad, estado civil, etc.⁷¹

Como podemos apreciar el principio de libre determinación abarca un sin número de derechos que están vinculados y que se podría considerar forman parte de él. Haciendo eco en lo afirmado por Héctor Gros Espiell, podríamos decir que el derecho a la libre determinación en individual, por lo que cada persona tiene derecho a su propia determinación y desarrollo libre de su personalidad, convirtiéndose en el verdadero bien jurídico protegido dentro de los delitos de odio.

Si analizamos detenidamente el nuevo articulado del Código Penal referente a los delitos de odio, exceptuando el número 10 del artículo 450, vemos que no existe una verdadera afectación a este bien jurídico protegido. Para que pueda constituirse un tipo penal debe haber un verdadero perjuicio causado a estos bienes.

Lo antes mencionado se sustenta en el principio de LESIVIDAD. El Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Dr. Juan Bustos Ramírez, afirma en uno de sus textos que: *“Otro principio básico garantista de un Derecho penal democrático, es el principio de lesividad. Esto es, que sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito.”*⁷².

El principio de lesividad no es un principio dogmático sino más bien tiene un carácter político-criminal, ya que es una garantía de la que gozan todos los ciudadanos y el cual limita a la intervención punitiva que tiene el Estado.⁷³

De esto se desprende que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos. En los delitos de odio no hay una afectación al derecho de libre determinación por lo que no debería existir delito.

Esta afirmación nos genera otra inquietud que es que los delitos de odio no pueden ser un tipo independiente sino que deben ser considerados como agravantes a tipos penales principales. Esto porque no se puede dejar pasar por alto actos que tengan que ver con discriminación racial o toda conducta que implique perjuicios a determinadas personas en razón de alguna de las características protegidas por la ley.

⁷¹ Cfr. Ibídem.

⁷² Bustos Ramírez, Juan; *PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO*, Jurimprudencias.com - Portal del Derecho Penal disponible en: <http://www.jurimprudencias.com>.

⁷³ Cfr. Ibídem.

Para finalizar este tema vale la pena mencionar que el principio de lesividad es extremadamente importante dentro de una sociedad ya que brinda la seguridad a las personas de que actos que no tengan relevancia jurídica, y que afecten el desarrollo de otros derechos, no pueden ser tipificados como delitos. Lamentablemente este principio parece que es desconocido para lo asambleísta ecuatorianos, quienes promulgaron un delito de odio como tipo penal independiente, sin que existe un verdadera afectación a un bien jurídico protegido. Al parecer ni siquiera se tuvo en cuenta al principio de libre determinación como el verdadero bien a proteger.

CAPÍTULO III

EL DELITO DE OUDIO VISTO DESDE LAS DIFERENTES TEORÍAS DEL DELITO

3.1. El Delito de Odio visto desde la Teoría Causalista.

En este capítulo realizaremos un breve acercamiento del Delito de Odio a cada una de las teorías fundadoras del Derecho Penal, la teoría causalista, la teoría finalista y la teoría de la imputación objetiva, con el objeto de entender la naturaleza del mismo y su pertinencia al Derecho Penal.

El delito de Odio en este primer acápite será considerado desde la perspectiva de la teoría causalista del Derecho Penal. Para el efecto, en primera instancia, se desarrollarán de manera concreta los principales postulados o pilares que fundamentan esta teoría, para posteriormente continuar con el análisis comparado con el tipo descrito.

3.1.1 Postulados de la Teoría Causalista del Derecho Penal.

La Teoría Causalista, al igual que el finalista, ha sido una de las dos corrientes que han predominado desde finales de siglo XIX hasta nuestros tiempos. Ésta tiene sus orígenes en Franz Von Listz, quien concebía a la acción “como el fenómeno causal natural en el delito”: Esta teoría toma ideas de las Escuelas Clásicas y Positivas.

El jurista alemán, basa su estudio a partir de la acción humana y de la definición de delito del Código Penal Alemán de 1871, donde se conceptualizada al delito como la acción a sancionar por las leyes penales. Von Liszt, además distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuridicidad.

Luego Ernest Von Beling propuso un tercer elemento “la tipicidad”. Desde entonces la infracción es concebida como una acción humana, controlada por la voluntad como típica, ilícita y culpable”.⁷⁴

Los causalistas reducen el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo por completo de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales, sino procesos causales dirigidos a un fin. Para esta corriente el primer elemento del delito lo constituye una acción u omisión causal”, que se evidencia en un movimiento corporal y que provocará una consecuencia en el mundo exterior. Esta consecuencia puede ser puro movimiento corporal, como en el caso del delito de simple actividad, o también de un movimiento seguido de un efecto, es decir un delito de resultado.⁷⁵

La teoría causalista tiene la limitante porque ignora la capacidad del hombre de conducir los procesos causales de acuerdo a una finalidad previamente concebida que es la esencia del actuar humano, así también se ve por las características siguientes:

La acción aparece como lo sustantivo, las demás características como simple adjetivaciones. La acción así concebida recibe al tipo y conforma la tipicidad.

La teoría causalista entiende a la voluntad como al hacer causal, sin la posibilidad que tiene el ser humano de conducir ese proceso causal.

La tipicidad resulta así una característica totalmente objetiva. Lo que interesa como constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad, en tal sentido la tipicidad resulta meramente descriptiva y objetiva.

Los causalistas distinguen entre componentes objetivos y subjetivos del delito, el componente objetivo conformado por las categorías de tipicidad y antijuricidad, en tanto que la subjetiva compuesta por elementos de la culpabilidad.

⁷⁴ Mir Puig Santiago, *FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORIA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL DEMOCRATICO DE DERECHO*. Editorial Casa Editorial, S. A. - Urgel, Barcelona- España, 1982, pág. 49

⁷⁵ Cfr. GALLAS, Wilhelm. *LA TEORÍA DEL DELITO EN SU MOMENTO ACTUAL*. Edit. Bosch. Madrid 1959, pág. 54.

3.1.2 Vinculación del Delito de Odio a la Teoría Causalista.

Aunque suene un tanto obvia la siguiente aclaración, siempre se debe tomar en consideración que la acción proviene del HOMBRE, por ende solo se la podrá considerar como acción o falta de ésta, a todo actuar o no del HOMBRE, siempre y cuando éste sea originado desde la voluntad.⁷⁶ Por decirlo de otra manera, cuando el actor sea dueño de su acto y que la actividad física que ejecutó o dejó de ejecutar, incluido el resultado, pueda ser atribuida a su voluntad.

Se excluye, en consecuencia, a los animales y a los entes colectivos, aunque como es obvio está última proposición ha sido discutida, más por razones de política criminal.

Desde lo jurídico queda claro que sólo las acciones humanas pueden constituir la base de la responsabilidad penal, tal como se ha venido sosteniendo en el texto. La acción es una conducta humana, relacionada con el medio social, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado. La acción es anterior al tipo y por ende está fuera de él.⁷⁷

Para que la acción tenga relevancia jurídica debe contener necesariamente un movimiento corporal humano consiente. A este movimiento corporal se aplicará el tipo penal, el cual es puramente objetivo, ya que no es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad. Esta acción objetivamente típica será objeto de una primera interrogante: Si existe alguna vulneración a un bien jurídico protegido (juicio de antijuricidad); y la segunda: aquí se toma en cuenta la voluntad que se tuvo para llevar a cabo la acción (culpabilidad).⁷⁸

Para que el delito de odio pueda tener relevancia jurídica dentro de esta teoría, deberá la acción provenir del hombre, y deberá existir una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

⁷⁶ Cfr. *Ibíd*em, pág. 17

⁷⁷ Cfr. *Ibíd*em, pág. 19

⁷⁸ Cfr. MORANT VIDAL, J.: *El Delito Imprudente en la Teoría Jurídica del Delito*, Noticias Jurídicas, Enero 2003, pág. .01, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200301-185512810105673111.html>, 26 de marzo de 2011.

Si se ignora la voluntad que tiene el hombre para dirigir sus conductas, podríamos evidenciar un Derecho Penal estricto, en el que no se analiza el contexto de los hechos sino la vinculación que tenga la acción con el resultado.

Partiendo de estos preceptos, el delito de odio visto desde teoría no sería propiamente un delito, ya que la incitación al odio o la negación de un servicio debe ser motivada en razón de las características protegidas por la ley, es decir debe haber una intención de causar daño a determinados sectores de la Sociedad. Si en la línea de la teoría causalista no se analiza el contenido de la voluntad, podemos concluir que no hay delito de odio toda vez que no existe la motivación prejuiciosa para cometer el acto sino simplemente una acción humana consiente pero a la consecución de otro fin, no el de fomentar odio o el de dañar a una persona por ser portador de una característica que le da inclusión a cierto grupo.

Sería un tanto peligroso considerar como delito al delito de odio desde esta concepción porque los resultados que se puedan derivar del acto del hombre le serían plenamente imputables dada la relación causal que existe entre el actuar y el resultado, perdiéndose así la esencia de que el delito de odio, el cual debe ser motivado por un prejuicio y no por un simple azar del destino. Los delitos de odio son dolosos y no culposos, por lo que necesariamente debe existir la motivación prejuiciosa que de origen al acto sancionado; si una acción desencadena en una manifestación de odio, la cual no fue motivada en un prejuicio, no puede ser considerada como delito de odio por el simple hecho de que no existe la base prejuiciosa que busque fomentar al odio, sino que fue un simple azar del destino, posiblemente culposo, por ende no hay delito porque no hay presencia de dolo.

3.2. El Delito de Odio visto desde la Teoría Finalista.

En este apartado señalaremos oportunamente los principales argumentos que estructuran la teoría finalista del Derecho Penal y se realizará una adecuada aproximación al delito de odio comprendido desde la posición o postura correspondiente a esta Teoría.

3.2.1. Postulados de la Teoría Finalista del Derecho Penal

El jurista Alemán Hans Wezel fue el creador de la teoría finalista de la acción. Wezel acepta que el delito parte de una conducta voluntaria, llamada acción, pero que esta tiene un fin determinado. Wezel basa su teoría no solamente en lo que respecta a los elementos integradores del delito, sino también en el derecho penal.

“La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares”, dicho en otras palabras, todas las conductas tipificadas como delitos responden a deberes éticos sociales que se deben mantener en una sociedad, y la pena a aplicarse a debe dirigirse solo a la protección de estos deberes éticos. Todas estas afirmaciones también suponen la idea que la punición de conductas que no tengan la gravedad de lesión a elementales deberes, da como consecuencia un Estado represivo.

La idea central de Wezel consiste en que el Derecho debe respetar la estructura lógico-objetiva que se va regular, y uno de sus elementos es la acción. Ésta es algo más que una relación causal; dentro de ella existe la finalidad del autor, que dirige la relación causal. En otras palabras, la voluntad que apunta a un fin dirige la causalidad dentro de los límites posibles, motivo por el cual el contenido de la voluntad es parte del concepto de acción. Finalidad y voluntad son sinónimos, por lo cual la voluntad dirige el proceso causal⁷⁹.

La acción se encuentra estructurada de la siguiente manera: primero se eligen los fines, luego se buscan los medios útiles para realizar esos fines (la acción) en el mundo exterior. De allí que acierte Cerezo Mir al decir que:

“La finalidad, la voluntad de realización, comprende según Wezel, el fin, las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por él como posibles y con cuya producción contaba”⁸⁰

Guiándonos por esta teoría, el legislador está en la obligación de analizar los elementos básicos de la Teoría del Delito al momento de tipificar un delito, tomando muy en cuenta

⁷⁹ Cfr. *Ibíd.*

⁸⁰ Donna Eduardo Alberto, *TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA TOMO 2. IMPUTACIÓN DELICTIVA*, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1995, Página 8.

elementos como los conceptos de la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad, así se preservaran los derechos fundamentales del hombre.

Otro punto que persigue la teoría finalista de la acción es que la culpabilidad de la persona vaya determinada por su personalidad más que por el delito cometido, lo que permitiría aplicar una pena más acorde a cada persona, es decir una pena de acuerdo a la peligrosidad del delincuente, que simplemente una pena por si es culpable o no.

En el sistema finalista afirma que la acción es actividad que persigue un fin determinado; el derecho prohíbe u ordena conductas, pero estas prohibiciones no están dirigidas a procesos causales "ciegos" sino a procesos causales dirigidos por la voluntad del hombre, es decir, con una finalidad.

3.2.2. Vinculación del Delito de Odio con la Teoría Finalista

Tomando en cuenta todos estos principios de la Teoría Finalista de la acción podríamos concluir que en el Ecuador lo que se busca con la tipicidad del delito de odio es detener y sancionar todas aquellas conductas que podrían causarse a personas que sean potencialmente objeto de una discriminación, ya que el hecho de difundir el odio en sí no es potencialmente dañino porque las personas están en la potestad de sentirlo o no, pero la gravedad del mensaje viene cuando este odio acarree acciones más graves y que sean nocivas para una sociedad.

Si una persona en particular fomenta el odio por cuestiones de sexo, creencias, preferencias sexuales, etc., no buscaría solamente que los demás sean coparticipes de su odio sino que lleguen a cometer acciones reprochables en contra de estas personas. Cuando esta persona llegue a un tribunal para ser juzgado por el delito de odio, se deberá tomar en cuenta si su acción de infundir odio vino acompañada de una fin en particular, cosa que sería un tanto complicada de probar.

Es claro que la teoría finalista de la acción no solo plantea el hecho que la acción persiga un fin, sino también que la omisión de una acción tenga un fin determinado, las personas tienen la obligación jurídica de actuar para evitar un hecho ilícito, el no hacerlo con el afán de buscar un fin determinado debe ser objeto de una sanción, siempre y cuando

exista la voluntad de hacerlo. En razón de esto cabe la posibilidad de creer que una persona que no evite la difusión de odio, en cualquiera de los medios contemplados en la ley, con el afán de conseguir determinada acción en contra de alguien en razón de sexo, edad, orientación sexual, etnia, también deberá ser sancionada.

Se dijo anteriormente que los juzgadores deben tener muy en cuenta aspectos específicos de la personalidad de la persona a juzgarse, para aplicar una pena que sea acorde a su situación. Una persona que tenga antecedentes de violencia y de racismo, y que además este siempre a la espera que cometer un acto de violencia o que los fomente, deberá ser sancionando con más rigor, porque se presumiría que quiere causar daño a la personas “diferentes” a él.

Por ejemplo en el Ecuador son muy comunes los comentarios peyorativos en contra de los jugadores de fútbol; no es raro escuchar insultos en los estadios o sitios de encuentro para ver un partido, éstos comentarios en ciertos casos se los hace por la calentura del momento, pero no vienen encaminado a causar daño y mucho menos odio, entonces no cabría la posibilidad de afirmar que se está configurando un delito de odio.

Pero si llegará a dar el caso que se presente un denuncia por este aspecto, y partiendo de esta teoría se debe tomar muy en cuenta cual fue el fin que perseguía dicho comentario, analizado factores como si el ejecutante de la acción tiene antecedentes de violencia o discriminación, o el contexto mismo de sus palabras.

Siguiendo la línea de la teoría finalista este comentario debía tener un fin claro y determinado para que sea sancionado.

3.3. El Delito de Odio visto desde la Teoría de la Imputación

Objetiva.

Finalmente, en el presente capítulo se expondrá con precisión las principales aristas de la Teoría de la Imputación Objetiva del Derecho Penal y a continuación, se efectuará un análisis reflexivo del Delito de Odio amparado en estos fundamentos. Se pretende entender y delimitar de alguna manera a este Tipo Penal desde los orígenes y estructuras primarias

que desarrollaron a esta rama del ordenamiento jurídico para concluir si es o no viable su incorporación como delito de acuerdo a las mismas.

3.3.1. Postulados de la Teoría de la Imputación Objetiva del Derecho Penal

La mayoría de Juristas a nivel mundial concuerdan en que el primer elemento del delito es la acción u omisión que comete una persona, de esto se colige que nunca podrá constituir un delito el simple pensamiento ni la resolución de cometer un hecho delictivo, el cual no tenga evidencia de hechos externos, y menos aun la mera disposición o ánimo de cometerlo.

Necesariamente para que el Derecho Penal pueda intervenir, se necesita que exista una acción, por lo tanto al ordenamiento jurídico penal sólo le interesan las manifestaciones externas de la voluntad de los seres humanos. Lamentablemente en las normas vigentes de todos los países del mundo no se han formulado conceptos de lo que es la acción u omisión, únicamente se limitan a describir que acciones u omisiones son consideradas como infracciones penales.⁸¹

La teoría de la imputación objetiva parte del concepto de acción propuesto por Hegel y desarrollada por la escuela Hegeliana del siglo XIX, el cual radicaba en imputar a una persona, de la infinidad de cursos causales, solo aquellos que podían ser considerados como de su autoría. Tomando este conjunto de ideas Berner definió a la imputación como: **“cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto”**. Pero el concepto como tal de “imputación objetiva” fue planteado por primera vez en el año 1927, en el ámbito del derecho civil por el jurista alemán Karl Larenz, y para el año 1930 fue propuesto para el Derecho Penal por Honing.

A partir de 1970 el alemán Claus Roxin se convierte en unos de los principales exponentes de la Teoría de la imputación objetiva, siguiendo expresamente el

⁸¹ Cfr, MORANT VIDAL, J.: *EL DELITO IMPRUDENTE EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO*, Noticias Jurídicas, Enero 2003, p. 02, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200301-185512810105673111.html>, 26 de marzo de 2011.

planteamiento propuesto por Honing en 1930. Para Schünemann, fiel discípulo de Roxin, el criterio de Roxin se caracteriza *“por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo.”*⁸².

Roxin vincula su perspectiva de imputación objetiva al “principio de riesgo” y creo un concepto para su teoría que la sintetizo así: “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo.”⁸³; dicho de otra manera, la imputación objetiva consiste en la ejecución de un peligro, percibido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no comprendido dentro del “riesgo permitido”. Roxin lo que pretendió fue incorporar el dolo al tipo del ilícito, afirmación que se demuestra analizando lo citado por referido autor: *“la tarea de la dogmática” consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente*⁸⁴.

En resumen, la teoría de la imputación al tipo objetivo, hace que la imputación de un resultado al tipo objetivo dependa de la comisión de un peligro no permitido dentro del objetivo proteccionista que tiene la norma jurídica, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por valoraciones jurídicas.

Para la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse a si el resultado producido fue conseguido por la realización de un peligro creado por el autor y no contemplado dentro del riesgo permitido.

Además de lo expuesto anteriormente, esta Teoría vincula el concepto de culpabilidad directamente con la responsabilidad. Condicionando así, la existencia de una prevención, general o específica, dentro de la sanción penal para que podamos hablar de culpabilidad.

⁸² Cfr. Schünemann, *INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO SISTEMÁTICO EN DERECHO PENAL “EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL: CUESTIONES FUNDAMENTALES, INTRODUCCIÓN, TRADUCCIÓN Y NOTAS DE SILVA SÁNCHEZ”*, 1991, p. 67.

⁸³ CANCIO MELIÁ, Manuel. *“LÍNEAS BÁSICAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA”*. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 52

⁸⁴ JOSCHIM HIRSCH, Hans: *“ACERCA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA”*, p.428. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 9.

Roxin en una de sus obras afirmó que: “*debe aclararse como tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que el resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción*”⁸⁵, en pocas palabras se podría concluir que para Roxin necesariamente se debe comprobar que el resultado es la obra del autor.

Hay que dejar claro que dentro de la teoría de la imputación objetiva no cabe la posibilidad de afirmar que hay una acción dirigida a causar daño si el resultado concreto depende del azar y está fuera del denominador del autor.

Por todo lo antes mencionado, Roxin desarrolló un conjunto de criterios normativos, cuya base fue el concepto de “riesgo permitido”, según el cual, partiendo del resultado, la situación estaba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado.⁸⁶

Los criterios planteados por Roxin para establecer el juicio de imputación objetiva del resultado, son los que se enumeran a continuación:

- a) La “disminución del riesgo”.- Criterio mediante el cual puede negarse la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve.
- b) La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido (o creación de un riesgo prohibido).- según este criterio se procede a negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.
- c) Aumento del riesgo permitido.- en estos casos procede negar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado una elevación del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.
- d) Esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma.- este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir si el resultado no era aquel que la norma quería evitar.

⁸⁵JOSCHIM HIRSCH, Hans: “ACERCA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA”, p. p.440. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 9.

⁸⁶ Cfr. Vélez Fernández Giovanna F, “LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS A PARTIR DE LAS CONCEPCIONES FUNCIONALISTAS DE ROXIN Y JAKOBS”

Postulados Normativistas de Gunther Jakobs.

El Jurista alemán Gunther Jackobs, alega que la Teoría de la Imputación Objetiva tiene el rol principal que nos ayuda a establecer los campos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así brinda la posibilidad de comprobar cuando una conducta o una acción tienen carácter delictivo, objetivamente hablando.

Jackobs estratifica a la imputación objetiva en dos niveles:

- a) La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento);y,
- b) La constatación – en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicando precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).⁸⁷

En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, Jackobs propone cuatro instituciones dogmáticas mediante la cuales se ha podido establecer el juicio de tipicidad:

- a) **El riesgo permitido:** Nace de un concepto específicamente normativo de “riesgo”, alejado de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se lo puede conceptualizar como el estado normal de interacción, en otras palabras, como el vigente status quo de libertades de actuación, desligado de la taxativa ponderación de intereses que dio pie a su establecimiento.
- b) **Principio de Confianza:** Dentro de la Sociedad es muy común la interacción entre los seres humanos, pero no constituye deber de los ciudadanos el controlar de forma constante a los todos los demás, de otra manera sería imposible la división de trabajo.⁸⁸ Este principio de confianza entonces se pueda traducir como la seguridad que cada persona tiene hacia otra, sobre el trabajo que está realizando para beneficio de sí mismo o de los demás.

Jackobs afirmaba que al principio de confianza se lo podía apreciar de dos formas.

“En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una

⁸⁷ Günther Jakobs y Cancio Meliá. *“EL SISTEMA FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL”*. Editorial GRIJLEY, Primera Edición, diciembre 2000, p 23.

⁸⁸ Cfr, Gunther Jakobs, *LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina, 2005. Pág. 23

situación que es inocua siempre y cuando el autor actúe a continuación cumpla con sus deberes”⁸⁹. Con un pequeño ejemplo, el Abogado que entrega a su asistente un caso importante de un gran cliente, el jefe espera que su colaborador realice todas las tareas con mucho cuidado, lógicamente puede confiarse que así suceda por el principio de confianza.

La segunda manera de apreciar la confianza, según Jakobs, es cuando está “*se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno*”⁹⁰. Sería justo otro ejemplo, la persona que se compra un taxi para transportar pasajeros, tiene la confianza de que los mecánicos y demás personas hicieron bien su trabajo al colocar todas las piezas de forma correcta para que el vehículo brinde seguridad.

- c) **Prohibición de regreso:** Va encaminado a desvincular de un hecho delictivo, el comportamiento inherente y repetitivo realizado por una persona. Este principio es usado para evitar que un ciudadano no sea responsable si un delincuente desvía su trabajo para cometer un hecho delictivo. Por ejemplo no es responsable un taxista que sin saber lleva a un delincuente a un banco y éste lo asalta. El taxista simplemente hacía su trabajo y no conocía de las intenciones de malhechor. El único deber del conductor es llevar a su pasajero con cuidado y respetando las leyes de tránsito.

Existen ciertas críticas a cerca de los límites de la prohibición de regreso, ya que a diferencia del principio de confianza, éste rige aun cuando la participación de la tercera persona dentro del hecho delictivo es visible, esto ocurre porque ciertos comportamientos estereotipados carecen de motivación delictiva. Esto nos permite pensar que está permitido para un panadero vender un pan a una persona, aun a sabiendas de que quien lo compra pretender usarlo para matar, ya que la acción en sí de vender pan es inofensiva. No con esto se quiere decir que quien le venda el pan no tendrá castigo si conocía el propósito, pero su culpa no será equiparada a la de la autoría. Lógicamente si el panadero se niega a vender el pan no podrá ser partícipe de ninguna sanción

⁸⁹ Ibidem, pag 25.

⁹⁰ Ibidem. Pag 25.

- d) **Competencia de la víctima:** Puede que la comisión de un contacto social o hecho delictivo no compete únicamente al autor, sino también a la víctima. Esto puede ser apreciado por una doble perspectiva: puede que el propio comportamiento de la víctima establezca que se le impute el resultado pernicioso, y puede que la víctima se enfrente a la situación desfavorable por obra del infortunio o del destino. Esto se puede ilustrar con un ejemplo, cuando alguien pide a una persona que se encuentra en estado etílico que maneje su vehículo, y no mide las consecuencias que su acto puede causar, se le puede imputar en parte los resultados negativos.

3.3.2. Vinculación del Delito de Odio con la Teoría de la Imputación Objetiva

La Teoría de la Imputación Objetiva parte de un tipo preventivo, de la necesidad de pena con independencia de la intención de causar daño. Lo que deja de manifiesto que prevalece la culpabilidad sobre el dolo. Como se comentó oportunamente en la Teoría Causalista, los delitos de odio no pueden ser vistos como culposos, desde el punto de vista del autor, ya que siempre debe existir la resolución de causar daño por un prejuicio en contra de una persona o grupo de ellas, que sean titular de estas características protegidas por la ley.

Para la Teoría de la Imputación Objetiva lo único importante es que los resultados de una acción le puedan ser imputados a su autor, siempre y cuando estos dependan de su obra y no de azares del destino, y que éstos además estén fuera del alcance del riesgo permitido.

Para los delitos de odio no hay un riesgo permitido, ya que se sanciona de forma clara cualquier tipo de incitación al odio, dejando sin margen a la libertad de expresión con respecto de temas controversiales que tengan que ver con raza, religión, sexo, etc.,

Todos los actos que se deriven del acto de incitación al odio, podrían ser imputados al autor, si tomamos como base la imputación objetiva, la cual no mide el dolo sino únicamente pretende imputar todos y cada uno de los hechos que se produjeron con la mera incitación al odio, señalando que el odio es un sentimiento por ende algo subjetivo, principio contrario a la objetividad que se pretende juzgar con esta teoría.

CAPÍTULO CUATRO

EL DELITO DE ODIOS Y LA CONSTITUCIÓN

4.1. La constitucionalidad y legalidad del delito de odio.

Previo al análisis de la constitucionalidad del delito de odio es necesario aclarar el tema de cuando una norma es inconstitucional y cuando no lo es y por qué.

Para que una norma tenga efectos jurídicos debe cumplir con ciertas condiciones que le den el carácter de válida, esto nos permite concluir que cuando una norma es inconstitucional carece de validez. Todos los requisitos que las leyes deben reunir para su aplicación y validez se encuentran descritos dentro de la constitución, por cuanto es el cuerpo normativo de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado.

Este criterio fue desarrollado por el estadista y jurista norteamericano, John Marshall, en el famoso caso “Marbury vs. Madison”, dentro de su sentencia plasmó el siguiente razonamiento:

“Es una afirmación demasiado fundamental como para ser controvertida el que o bien la constitución controla cualquier acto legislativo contrario a ella, o bien la legislatura puede modificarla a través de actos ordinarios. Entre estas dos alternativas no existe punto intermedio. La constitución es o bien una norma superior y dominante, inmodificable a través de medios comunes, o bien se encuentra en el mismo nivel con los actos legislativos corrientes y, como ellos, puede ser alterada cuando la legislatura así lo desea...Si un acto de la legislatura, contrario a la constitución, se encuentra viciado, ¿puede no obstante su invalidez tener fuerza obligatoria en los tribunales y obligar a los jueces a otorgarle efectos? O, en otras palabras, pese a no ser derecho, ¿instituye una regla tan operativa como si fuese derecho? Esto sería tanto como destruir en los hechos lo que ha sido establecido por la teoría, y parecería a primera vista un absurdo demasiado grosero como para que se insistiera en él”⁹¹.

En pocas palabras lo que Marshall pretendía ilustrar es que ningún caso las leyes expedidas por el órgano legislativo deberían irse en contra de la Constitución, y en caso de hacerlo éstas no tendrían que ser aplicadas por un juez o tribunal.

Pero hay casos donde ciertas normas no han cumplido con los requisitos descritos en la Constitución, y que además pueden causar efectos jurídicos, hasta que su

⁹¹ Orunesu Claudina, Rodríguez Jorge, Sucar Germán , *“INCONSTITUCIONALIDAD Y DEROGACIÓN”*, disponible en: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/rodrigue.pdf, pág. 155.

inconstitucionalidad no sea declarada oficialmente por el órgano competente para ello, en nuestro caso la Corte Constitucional.

Para el Gran Jurista Hans Kelsen es una falacia decir que existen normas válidas pero que son inconstitucionales, ya que la validez de una norma jurídica es dada por la Constitución, entonces no sería correcto afirmar que una norma que contraviene la constitución es válida.

Al respecto de esto, Kelsen desarrolló la “*TEORÍA DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA*”, la cual plantea la idea que dentro de aquellas normas que atribuyen competencia a una autoridad para crear y promulgar nuevas leyes, existe una cláusula tácita que faculta al órgano en cuestión a establecer leyes con cualquier contenido.

Por decirlo de otra manera, aunque la Constitución fije condiciones claras que deben cumplir las normas inferiores en cuanto a su contenido, la potestad dada a ciertos órganos deja a la interpretación que tácitamente el legislador tiene autorización para apartarse de lo expresamente establecido en la Constitución al momento de promulgar nuevas normas.

Tomando como pie esta interpretación, se podría pensar que los legisladores están autorizados a crear y promulgar normas que respeten las condiciones establecidas en la Constitución *o leyes con cualquier contenido*, y que también los jueces pueden dictar sentencias basándose en normas perfectamente constitucionales o crear sentencias con contenido subjetivo.

Es claro que esta teoría actualmente carecería de toda lógica ya que la Supremacía Constitucional es un principio universalmente aceptado tanto por todos los órganos del Estado como por sus habitantes quienes están en la obligación de hacerla respetar y precautelarla su cumplimiento, por lo que todas las normas que vengán a formar parte de la legislación vigente de un país deben ser concordantes a ésta. Esta protección dada a la carta magna constituye un elemento importante para su eficacia. En resumidas cuentas toda norma debe apegarse a lo establecido en la Constitución para que no sea tachada de inconstitucional.

Partiendo de todos estos conceptos mencionados, podríamos hacer el primer análisis sobre la constitucionalidad del delito de odio. Para esto debemos ir al tenor literal

expresado tanto en la Constitución ecuatoriana como al articulado que sanciona al delito de odio, para comparar y analizar si existe una contradicción entre ellas.

Es así que la Constitución recoge varios artículos que salvaguardan a las personas de ser objetos de un posible delito de odio:

Art. 11: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

Art. 19: “(...) Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos”.

El Art. 21: “Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas”.

El Art 25: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural. 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación”.

Art. 66.- “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (...)Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (...)El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras”.

Art. 83.- “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 14. Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual”.

Art. 341.- “El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades,

exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad”.

Art. 393.- “El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno”.

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: (...)5. Reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados, en especial el de promover mecanismos que expresen, preserven y protejan el carácter diverso de sus sociedades, y rechaza el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación.

Todas las normas anteriormente citadas tienen un elemento en común, la protección a las personas que son susceptibles de discriminación social, y la intervención del Estado para precautelar y evitar que estos actos ocurran. Como podemos identificar que la Carta Constitucional protege todas y cada una de las características protegidas por la tipificación de los delitos de odio.

El espíritu constitucional busca eliminar cualquier afectación a la libertad e integración personal, física o psicológica de las personas que sean portadoras de estas características, además establece mecanismos de actuación para garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Si bien es indispensable que el legislador busque los métodos, caminos y herramientas necesarias para hacer respetar las disposiciones constitucionales, es trascendente que las alternativas escogidas sean correctas de acuerdo a la teoría del Derecho Penal, y lógicamente que sean viables y que se adapten a la realidad de la población ecuatoriana.

En este sentido, el análisis de texto de los artículos del Código Penal con el de la Constitución nos daría una primera idea que el delito de odio es plenamente constitucional, pero esa sería una conclusión muy apresurada y sucinta ya que hay otros aspectos que son de vital importancia para hacer un estudio más profundo respecto de este tema.

El odio no es un acto ni una acción que se aprecia de forma tangible, es más bien un sentimiento de aversión extrema y destructiva hacia una persona, grupo de personas o simplemente contra alguna cosa en especial. La reforma hecha a Código Penal ecuatoriano manda a sancionar a la persona que públicamente incitare el odio, al desprecio o cualquier

forma de violencia moral o física contra otra persona en razón del color de su piel, su raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Para la doctrina penal el delito es un acto humano consciente y voluntario, que atenta contra un bien jurídicamente protegido, que cuando es vulnerado o lastimado requiere la inmediata intervención del juez penal que será quien aplique la sanción correspondiente de acuerdo a la gravedad del acto y sus resultados.

El Código Penal ecuatoriano en su artículo dos se establece que *“nadie puede ser reprimido por un “acto” que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal (...)”*, haciendo hincapié en este artículo sería una inconsistencia afirmar que se puede sancionar a una persona por un sentimiento si claramente la disposición manda que serán reprimidos únicamente los actos, por lo que hay habría una oposición de leyes dentro de un mismo cuerpo normativo.

En este sentido cabría plantear una pequeña reflexión, el mismo Código Penal tipifica como delitos a los actos que se dan contra un bien jurídico tutelado y los incluye como títulos en cada una de sus disposiciones, así por ejemplo delitos contra la propiedad, delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado, delitos contra la actividad judicial, entre otros; en el caso de los delitos de odio no se hace referencia a ningún bien jurídico.

El odio aparte de constituir un tipo penal es también considerado como una agravante, así lo demuestra el número diez del artículo 450 el cual establece que es será considerado como asesinato el homicidio que se cometa con odio en razón de raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad estado civil o discapacidad de la víctima: agravante que bien concebida en concordancia con la doctrina penal, pero no hay ningún argumento jurídico coherente que permita aceptar un sentimiento como una agravante y a su vez como un elemento constitutivo de un delito, en este caso el delito de odio.

Muchos tipos penales podrían llevarse a cabo o consumarse con la agravante de odio, no solamente el asesinato, por ejemplo el herir, el injuriar, el robar, el incendiar, el violar, y nuevamente a riesgo de sonar reiterativo, cabe citar una y otra vez que no es concebible desde ningún punto de vista eminentemente jurídico que se comete el delito de odio.

4.2. El derecho a la libertad de expresión y de pensamiento

A más de lo anteriormente expuesto, existe otro principio constitucional que se creería no tiene relación con este tema, pero no es del todo desquiciado creer que todas las personas están en su pleno derecho a pensar, sentir y expresar lo que mejor les parezca, en este punto hace su aparición el concepto de libertad de expresión, Esteban Ibarra, Presidente del Movimiento contra la Intolerancia en uno de sus textos afirma que: “(...) *en una sociedad democrática la libertad de expresión tiene una posición preferente en el sistema de los derechos, por su necesidad para la formación y alimento de la opinión pública, sin la cual no puede existir una sociedad democrática*”⁹².

Hay que tomar muy en cuenta que la libertad de expresión tendrá sus limitaciones; nadie puede utilizar este derecho para quebrantar derechos de otras personas; pero en el caso de los delitos de odio no hay quebrantamiento de ningún derecho.

Quien fomente el odio está en su total derecho de sentir lo que quiera en contra de determinada personas o grupo de personas, y en el caso de la incitación siempre habrá la elección de los demás a sentir o no odio o cometer algún acto de violencia moral o física.

Siempre antes de incluir un nuevo tipo penal se deben analizar los principios generales de derecho y la Teoría del Delito, ya que tipificar acciones que no cumplan con estos postulados dogmáticos estarían creando un Estado represivo. Es muy importante que los legisladores hagan un estudio sobre que conductas pueden o no tipificarse, respondiendo a las necesidades de la sociedad pero siempre con coherencia y no creando leyes tan a la ligera.

Parecería muy racional el que en una sociedad se fomente el respeto hacia las personas que pertenecen a diferentes grupos o que compartan características distintas a la de los demás, pero para evitar que se quebrante este respeto se deben de tomar acciones que no violenten otras principios constitucionales.

⁹² Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio1, pág. 10, disponible en: http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

Esteban Ibarra sostiene que la crítica en común a las leyes que sancionan los delitos de odio, es que éstas infringen la libertad de expresión o castigan simples actitudes u opiniones y no se enfocan en las acciones. Los Estados que forman parte de la OSCE (Organization for Security and Cooperation in Europe)⁹³ cuentan con leyes rigurosas que prohíben determinadas formas de discurso.⁹⁴

La legalidad y constitucionalidad de ciertas normas no se limita únicamente a la armonía que guarden éstas con las demás leyes del ordenamiento jurídico, sino también que no vayan en contra de principios constitucionales que son la base de un Estado.

Volviendo a la libertad de expresión, este es un principio vital en cualquier Estado, el Prof. Louis-Léon Christians manifiesta que:

“La libertad de expresión goza de reconocimiento internacional, y se consagra en el artículo 19 del Pacto, como uno de los principales pilares de los derechos fundamentales y de las democracias. En la jurisprudencia, especialmente la europea, se recuerda que su propósito es proteger aquellas “informaciones” o “ideas”.”⁹⁵

Pero es necesario puntualizar que la libertad de expresión no debería dar pie tampoco a que se quebrante la integridad de determinadas personas; siempre se tendrá que guardar armonía con el respeto hacia cada uno de los miembros de una sociedad. Siempre que una ley entre a formar parte del ordenamiento jurídico de un país, es indispensable que no se promulguen leyes que vulneren otros derechos.

En Europa se ha logrado regular el delito de odio sin coartar la libertad de expresión, claro está que previo se realizó un estudio detenido y tomando en cuenta ciertos parámetros; así el profesor Léon Christians manifiesta que: “La posibilidad de limitar (art. 10, párr. 2 del Convenio Europeo) las garantías correspondientes a la libertad de expresión

⁹³ La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), tiene su origen en la CSCE (Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa), celebrada en Helsinki en 1991, y está conformada actualmente por 69 Estados participantes, todos ellos son países de Europa (incluyendo la Federación China y todos los países de la Unión Europea), Asia Central y América del Sur (Canadá y Estados Unidos). Está reconocida como organismo regional conforme al Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas.

⁹⁴ Cfr. CUADERNO 1 Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, disponible en http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp, pág. 32 y 33.

⁹⁵ Prof. Louis-Léon Christians, *Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso*. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. V.11 -80044 (S), página 3, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf

en relación con los discursos de odio menos explícitos, se la hace tras un análisis detallado de los seis elementos siguientes: el contenido, la forma, el tipo de autor, la intención de este, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción”⁹⁶.

En varias jurisprudencias del Tribunal Europeo correspondientes a la incitación al odio, el criterio del impacto contextual es el que ha adquirido la mayor importancia. Gracias a éstas, algunos textos de literatura o poesía, que fueron catalogados como incitación al odio, han conseguido amparo en el principio de la libertad de expresión, ya que se ha considerado que su forma contrarrestaba su contenido o su impacto. La prueba del impacto social se la ha evidenciado en algunas circunstancias como una referencia a la certeza o inminencia del peligro⁹⁷.

El Ecuador es un país relativamente nuevo en lo referente a los delitos de odio, por esto es necesario que se hagan reformas urgentes con referente a estos delitos, para evitar quebrantar la libertad de expresión. Es claro que no todos los artículos incluidos dentro de esta reforma adolecen de problemas, por ejemplo el que el odio sea una agravante constitutiva de un tipo es perfectamente aceptable, aunque se debería regular un poco más aquello para que no se presenten dificultades al momento de aplicarlo a determinada persona.

Una de las observaciones más aceptadas con referencia a los delitos de odio, es que las leyes que tipifican este tipo de delitos y que además incrementan la severidad de las penas basados en motivos personales para sentir este sentimiento, han creado un precedente muy riesgoso, ya que algunos Estados han interferido en la libertad de expresión y de pensamiento, derechos que son propios de todos los ciudadanos y que fundamentan estos "motivos"⁹⁸.

No solo autores reconocidos hablan sobre la importancia de la libertad de expresión y el peligro sobre su censura. Órganos Colegiados como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos concuerda en que:

⁹⁶ Cfr. *Ibíd.*

⁹⁷ Cfr. *Ibíd.*

⁹⁸ Hate Crime - Do Hate-crime Laws Restrict First Amendment Rights?, 01 abril de 2011, disponible en: Hate Crime - Do Hate-crime Laws Restrict First Amendment Rights? - Critics, Criminal, Person, Conduct, Acts, and Motive, disponible en. <http://law.jrank.org/pages/7289/Hate-Crime-DO-HATE-CRIME-LAWS-RESTRICT-FIRST-AMENDMENT-RIGHTS.html#ixzz1ILuow1hp>

“La libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Es por eso que, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre. La libertad de expresión es por lo tanto no sólo un derecho de los individuos sino de la sociedad misma. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”.⁹⁹

Cabe puntualizar que la restricción a la libertad de expresión, según la CIDH, solo admite responsabilidades posteriores, las que expresamente deben estar contenidas en la Ley, además los fines que se buscan con esta limitación deben ser legítimos desde cualquier punto de vista y los argumentos para determinar la responsabilidad deberán ser necesarios para asegurar el objetivo que se procura.¹⁰⁰

Es importante hacer una aclaración, una cosa es la restricción que se da contra la incitación al odio o la provocación explícita de violencia contra grupos minoritarios de personas a través de medios de comunicación, propagandas, espectáculos públicos, y otra muy distinta es el publicar y difundir noticias u opiniones sobre situaciones de racismo, discriminación, desprecio, etc., con el objeto de informar a la sociedad.

⁹⁹ Ramiro Orias, *Ley contra el racismo y libertad de expresión: Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la CIDH*, disponible en: <http://www.democraciaactiva.org/wp-content/uploads/2010/12/Ley-contra-el-racismo-y-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf>

¹⁰⁰ Ramiro Orias, *Ley contra el racismo y libertad de expresión: Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la CIDH*, disponible en: <http://www.democraciaactiva.org/wp-content/uploads/2010/12/Ley-contra-el-racismo-y-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf>.

CAPITULO V

LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE ODIO

5.1. Concepto de prueba

Remontándonos un poco a la historia, a los orígenes del sistema penal acusatorio específicamente, recordaremos que éste se fundamentaba en un principio meramente acusatorio, valga la redundancia. Este proceso era dividido en dos etapas, la primera una de instrucción y la segunda una de enjuiciamiento, por ende el juzgador encargado de decidir ya no se preocupaba de investigar el delito y a su presunto cometedor, sino que ahora esa función le correspondía al instructor, quien debía traer al estrado al posible autor del hecho delictivo, de acuerdo a las versiones obtenidas, y dejaba al juez la tarea de decidir si los hechos ocurridos encajan en el tipo penal.

La necesidad de demostrar una u otra postura dentro de este proceso, genera la indispensable labor de quererla probar por medio de fuentes sólidas, que le den al juez la posibilidad de inclinar su decisión hacia una u otra parte, lo que ocasiona que se tengan pruebas más contundentes.

En cada proceso dentro del ámbito civil, penal, administrativo, lo más importante es la prueba ya que en base a ellas, el juez hace un razonamiento lógico y determina una solución al problema legal o falla a favor de una u otra parte. El gran jurista CAFERRATA NORES define a la prueba como:

“En sentido amplio, cabe decir que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente”¹⁰¹.

Del concepto antes citado podemos concluir que la prueba es lo más importante dentro de un proceso, no solo penal, ya que ella sustentará la hipótesis que planteará tanto la parte actora como la defensa.

¹⁰¹CAFERRATANORES, La Prueba en el Proceso Penal, 3ra Ed, Depalma. Buenos Aires-Argentina, 1998. Página 1

Sin pruebas es casi imposible sostener una teoría dentro de un proceso, sin ellas el abogado no tiene herramientas para imponer su teoría por encima de la de la contra parte. Sobre esto, el mismo CAFERRATA NORES afirma que:

“la prueba es la única herramienta dada por los sistemas constitucionales que da a determinada persona un estado de inocencia; la prueba tiene tanta relevancia sustancial porque es la única forma legalmente autorizada para destruir el principio de inocencia, y no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad”,¹⁰².

Haciendo hincapié en la afirmación hecha por el Jurista Argentino, nuestra Carta Constitucional, al igual que la mayoría, establece el principio de inocencia del cual gozan todas las personas, éste afirma que todas las personas son inocentes hasta que no se demuestre lo contrario, y la prueba viene a cobrar gran relevancia porque es el único medio legalmente previsto para destruir esta presunción de inocencia, y no existe ningún otro modo que acredite la culpabilidad de una persona.

Se debe tomar en consideración que la presencia de la prueba por sí solo dentro de un proceso judicial no basta para que el juez falle a favor o en contra de determinada parte, sino que debe ser una prueba seria, confiable y lo más importante, es que ésta debe ser sólida para soportar el peso del argumento que se pretende demostrar, ya que la prueba a más de ser el medio más verás para determinar la verdad, constituye la mayor garantía para evitar la arbitrariedad de los jueces en muchas de sus decisiones.¹⁰³

En el caso del Derecho Penal, rama donde se maneja el concepto de delito de odio, la única forma de destruir la presunción de inocencia dentro del sistema penal acusatorio es la prueba.

Cabe acotar que de acuerdo a la mayoría de sistemas jurídicos vigentes, los únicos hechos que se podrán tomar en cuenta para las decisiones judiciales, son únicamente aquellos que se los ha podido probar a través de pruebas objetivas, lo que restringe a todos aquellos hechos que se fundamentan en elementos meramente subjetivos.¹⁰⁴

Por todas estas aseveraciones sobre la importancia de la prueba podríamos concluir que en el caso de los delitos de odio, al ser un tipo muy subjetivo se necesita de pruebas

¹⁰²CAFERRATANORES, *LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, 3RA ED.*, Depalma. Buenos Aires-Argentina, 1998. Página 05.

¹⁰³ Cfr. Caferrats Nores. P' sg. 05.

¹⁰⁴ Cfr. Ibídem. Pág. 06

extremadamente sólidas como para privar de una persona de su derecho fundamental más importante como lo es la libertad.

La importancia de la prueba es tal que su objetividad y veracidad serán fundamentales en la sentencia que podría llegar a dictar el juez que conozca un delito de odio; dentro de los delitos de odio la dificultad se podría presentar al momento de la práctica de la prueba, ya que en muchas circunstancias los sentimientos son sumamente subjetivos y volviendo un poco al campo de la psicología, las emociones son pasajeras y dependen del medio en que se encuentre la persona, por lo que las pruebas se centrarían en demostrar un sentimiento puramente subjetivo como lo es el odio.

El Jurista Boliviano, Ramiro Orias, hace un análisis respecto de la Ley contra el racismo y libertad de expresión, promulgada en su país, basándose en una Jurisprudencia emitida por La Corte Interamericana de Derechos Humanos y que permite ilustrar un punto valiosísimo para el tema que se está tratando en este momento.

Dentro de dicho fallo, los juzgadores increpan que cuando la información que motivó una demanda judicial sea un juicio de valor y no se trate de una afirmación cierta, no habría lugar a la existencia de ningún tipo de responsabilidad, ya que uno de los requisitos indispensables para que exista responsabilidad es que se logre demostrar la falsedad de la información o que se compruebe que el acusado divulgó una afirmación con conocimiento o alto grado de posibilidad sobre su falsedad en el momento de la publicación. Si la información publicada es un juicio de valor, es imposible que la práctica de la prueba demuestre la veracidad o falsedad, debido a que se trata de una apreciación completamente subjetiva que no puede ser sometida a prueba”.¹⁰⁵

El criterio de la CIDH nos da pie para afirmar que desde ningún punto de vista, se puede juzgar en base a sentimientos sino únicamente basándose en exteriorizaciones que puedan demostrarse dentro del proceso penal, y los jueces están en la obligación de motivar su sentencia en pruebas reales, legales y suficientes. La prueba condenan no los jueces, por eso éstas deben ser muy claras.

¹⁰⁵ Ramiro Orias, *Ley contra el racismo y libertad de expresión: Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la CIDH*, disponible en: <http://www.democraciaactiva.org/wp-content/uploads/2010/12/Ley-contra-el-racismo-y-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf>

Varios son los criterios en este sentido, pero analizando más a fondo apreciaríamos que la determinación de “los delitos de odio” en los Estados que han incluido este tipo penal en sus legislaciones, se apela evidentemente a la subjetividad de los juzgadores más que a la existencia real de pruebas, por la dificultad de probar sentimientos y la motivación de un hecho que pudiera encajar en las conductas tipificadas para este delito.¹⁰⁶

Lo que se busca con las pruebas es alcanzar una verdad respecto de determinado caso. Sin las pruebas no se podría llegar a una verdad. Sin embargo, la verdad en sí es un hecho que se encuentra fuera del intelecto y conocimiento del juez, quien únicamente la aprecia de forma subjetiva como criterio de haberla alcanzado dentro del proceso judicial. Cuando la presunción de haber alcanzado esta verdad es sólida se dice que hay certeza, la cual se puede entender como la plena convicción de que se está en posesión de ella.

Las pruebas no solo aportan a la certeza de que un hecho se suscitó, sino también que no ocurrió. Vale señalar que la certeza puede tener una doble perspectiva, una positiva vista como la firme creencia de que algo es verdadero o existe y una negativa comprendida como la firme creencia de que algo no es cierto o que no existe; estas dos posiciones, tanto la certeza positiva como la negativa son inobjetables.¹⁰⁷

En medio de la certeza positiva y la negativa se podría situar a la duda en sentido estricto, entendida como la indecisión en el intelecto del juez al momento de decidir si algo sucedió o no, si existe o no, dentro del proceso judicial, originada obviamente por el equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y, por el otro lado, los elementos que incentivan a negarla, y con el justo derecho de las partes a que sus pretensiones sean atendidas de igual manera.¹⁰⁸

Lógicamente no siempre el juez podrá llegar a la convicción absoluta de que posee la verdad dentro de la etapa probatoria, pero siempre habrá posibilidad de que la balanza se incline más hacia una de las partes, y esto dependerá de la calidad de las pruebas y de su poder de convencimiento, en otras palabras se impondrán sobre las otras, las pruebas que tengan mayor calidad probatoria y que le permitan al juez alcanzar la verdad sobre un

¹⁰⁶ Cfr., Reportaje Diario Expreso; titulado: “*SUBJETIVIDAD JUZGARÍA DELITOS DE ODIQ*” disponible en <http://www.diario-expreso.com/ediciones/2009/07/10/judicial/subjetividad-juzgaria-delitos-de-odio/default.asp?fecha=2009/07/10>, de fecha 01 de abril de 2011.

¹⁰⁷ Cfr. Caferrata Nores. Pág. 08.

¹⁰⁸ Cfr. Ibídem. Pág. 08.

hecho. En caso de que los elementos negativos predominen sobre los positivos –dentro de un proceso- se puede afirmar que existe una improbabilidad, conocida también como probabilidad negativa.¹⁰⁹

Una vez practicada la etapa de prueba y la de alegatos, llega el momento del dictamen final, pero solo se podrá emitir una sentencia condenatoria en contra del acusado cuando exista certeza sobre su responsabilidad y culpabilidad.¹¹⁰

Anteriormente se afirmó que el Ecuador es un país donde la denigración hacia la raza negra es muy común pero se da sin el menor ánimo de que ésta se configure en un delito de odio; para evidenciar esto podemos citar el mismo ejemplo usado en capítulos anteriores sobre los estadios de fútbol donde es muy común escuchar improperios en contra de los jugadores de fútbol en razón de su origen étnico.

Por esta particularidad de la Sociedad Ecuatoriana es de vital importancia que en todos los procesos que se inicien en nuestro país por causa de este nuevo tipo penal, existan pruebas muy fehacientes que permitan determinar la culpabilidad de una persona, ya que quizá se puede confundir ciertos comentarios o acciones, como las de los estadios, y que podrían tergiversarse a tal punto de llevarnos a pensar que una persona incita a un acto en contra de determinada persona por las características mencionadas en los artículos referentes a los delitos de odio.

Si analizamos a fondo lo mencionado en el párrafo anterior determinamos un nuevo problema que trae consigo el tipo penal conocido como delitos de odio por ser tan subjetivo, las pruebas deben evidenciar claramente la intención del actor por cometer un delito de odio y que no sea solo un simple lapsus brutos donde se pronunciaron comentarios sin el ánimo de atacar o perjudicar a una persona en razón de su raza, sexo, identidad sexual, etc.

Para el caso de los delitos de odio, se debe reflexionar que para el Juez el alcanzar un elevado nivel de certeza sobre el odio que siente determinada persona hacia otra o hacia un grupo en especial en razón de del color de su piel, su raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad y

¹⁰⁹ Cfr. Caferrata Nores. Pág. 09.

¹¹⁰ Cfr. Ibídem. Pág. 10.

que fue el motivo principal para la comisión de un delito, parece una tarea imposible por lo que puede resultar un delito un tanto complicado de probar y de que se determine su existencia.

Esta situación descrita anteriormente es muy palpable en el artículo 450 número 10 de Código Penal Ecuatoriano, al momento de aplicar este artículo por un Juez para sancionar al presunto autor, se debe llegar a tal nivel de certeza para determinar si se está cometiendo un homicidio o si constituye un homicidio agravado, que en nuestra Legislación obtiene el carácter de asesinato y donde la pena será mayor y las condiciones de prisión más severas, ya que el homicidio es sancionado con prisión mientras que el asesinato utiliza la reclusión como medio de castigo.

La duda o la probabilidad no constituyen estados intelectuales suficientes para condenar a una persona por un delito penal, que acarrea consigo penas privativas de libertad y pueden afectar otros derechos reconocidos en la carta política. La probabilidad puede ser suficiente para el procesamiento penal pero no para la condena

Por todas estas aseveraciones sobre la importancia de la prueba podríamos concluir que en el caso de los delitos de odio, al ser un tipo muy subjetivo se necesita de pruebas extremadamente sólidas como para privar de una persona de su derecho fundamental más importante como lo es la libertad. Para imputar un delito se requiere de certeza no solo de la verdad entendida como la acumulación de pruebas. Tener certeza sobre el odio de una persona parece una tarea imposible por lo que puede resultar un delito obsoleto incluso inimputable.

5.2. Dificultad de la Prueba

En todos los delitos penales, la decisión sobre si presentar cargos o no bajo ciertas disposiciones del código penal depende de la disponibilidad de la prueba. Si se presentan cargos o no respecto a un delito de odio depende de si existe evidencia suficiente para probar la motivación prejuiciosa. La naturaleza del delito, la calidad de la investigación de las fuerzas de seguridad, y cualquier disposición constitucional o legal relativa a la

evidencia podría afectar a la decisión última. En algunos delitos, la propia naturaleza del ataque muestra que fue motivado por el prejuicio¹¹¹.

Sería una falacia afirmar que en todos los procesos penales existe una certeza total pues la verdad no siempre será absoluta y el Juez no siempre tendrá una perspectiva clara respecto de los hechos, que le permitan dictar una sentencia justa. Cuando existe incertidumbre en medio de la certeza positiva y negativa se encuentra la duda razonable, la cual manda a que el imputado sea absuelto del delito que se le acusa si no existiera la certeza completa de que es culpable. Caferrata al respecto de esto piensa que: *“En la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, después del debate oral y público, se establece que sólo la certeza sobre la culpabilidad del imputado autorizará una condena en su contra”*.¹¹²

Por decirlo de otra manera la duda o la probabilidad no constituyen estados intelectuales suficientes para condenar a una persona por un delito penal, que acarrea consigo penas privativas de libertad y pueden afectar otros derechos reconocidos en la carta política. La probabilidad puede ser suficiente para que se inicie un procesamiento penal pero no para dictar una sentencia condenatoria al imputado.

Si no existe certeza sobre el prejuicio que motivo la comisión de un crimen, faltar a la honra, incitar al odio, negar la atención, no se puede condenar a una persona. En un tema de sentimientos subjetivos como lo es el odio muy difícilmente se podrá tener certeza al ciento por ciento de que si existió o no el prejuicio que motivo el acto a ser sancionado, y si persiste la duda no se podrá dictar sentencia condenatoria y todos serían declarados inocentes, pero ojo hay que tomar muy en cuenta que el hecho de que hayan muchas sentencias absolutorias no quiere decir que los prejuicios no existan y que no se presenten al momento de cometer un crimen o una acción dolosa, solo que al ser un hecho tan complicado de probar, sería importante modificar la norma, hacerla un poco más precisa y no dejar la condena a cargo de un sentimiento que se encuentra dentro del fuero interno de las personas.

¹¹¹ Cfr, Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, disponible en http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp página. 65 CUADERNO 1.

¹¹² CAFERRATA NORES, La Prueba en el Proceso Penal, 3ra Ed, Depalma. Buenos Aires-Argentina, 1998. Página 10.

También se pueden presentar algunos casos donde la motivación prejuiciosa no se la descubre inmediatamente y se requerirá de una investigación más minuciosa para determinarla. La Policía Judicial, que es la encargada en el Ecuador de llevar a cabo las investigaciones, tendrá que indagar por ejemplo acerca de alguna declaración que pudo hacer el agresor o cierta confesión que le pudo hacer a amigos o vecinos y hasta eventualmente la relación que pudiera tener con miembros de grupos de cabezas rapadas o neonazis, e inclusive las inclinaciones del imputado respecto a libros, música, películas y sitios de internet.¹¹³

Cabe hacer una pequeñísima observación, si las investigaciones van encaminadas a la declaración de un testigo, hay que tomar en cuenta que no todos los testigos son idóneos de acuerdo al articulado pertinente del código de procedimiento civil, lo que volvería casi imposible probar la existencia del delito en base a declaraciones.

Es un poco riesgoso que se tipifiquen como delitos ciertos tipos de situaciones más si estas son muy subjetivas y ambiguas como lo son sentimientos de las personas.

El Prof. Louis-Léon Christians, en uno de sus trabajos considera que:

“Ecuador debería en todo caso, mantener una tendencia principal de limitarse únicamente a los actos de incitación que puedan dar lugar a un “peligro cierto e inminente”, no cualquier comportamiento motivado por el odio, como se encuentra actualmente tipificado en el Código Penal”¹¹⁴.

5.2.1. Certeza, Probabilidad y Duda

Como se ha venido exponiendo a lo largo de este capítulo, es de vital importancia que se pruebe la existencia de un delito de odio mediante pruebas fehacientes y veraces que demuestren la culpabilidad del imputado. Si no existe tal certeza sobre tu autoría no se

¹¹³ Cfr, Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1 “**Leyes de Delitos de Odio**” Una Guía Práctica (OSCE), CUADERNOS DE ANALISIS NO. 36, disponible en http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp pagina. 66 CUADERNO 1

¹¹⁴ Prof. Louis-Léon Christians , *Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso*. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. V.11 -80044 (S), página 4, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf

debería dictar una sentencia condenatoria que prive a una persona de su derecho máspreciado como lo es la libertad.

La complejidad de la prueba en este tipo de delitos se ha visto evidenciada en varias ocasiones, debido a que el odio es un sentimiento y esto acarrea la subjetividad del tipo penal que se pretende sancionar en el Ecuador.

A pesar de la dificultad en la práctica de la prueba en este tipo de delitos, hay elementos que pueden ser determinantes para demostrar la responsabilidad de una persona en un proceso judicial, como por ejemplo el discurso racista o prejuicioso antes, durante o después del cometimiento de un delito, éste puede ser considerado como una prueba de la motivación y necesariamente debe formar parte de la investigación penal.¹¹⁵

Otro elemento gravitante dentro de la investigación es el hecho que se encuentren en las pertenencias del presunto autor, materiales como películas, libros, música o afiches que insinúen desprecio o prejuicio en razón de raza, color, sexo, ideología, nacionalidad, etc., todos estos deben formar instituir parte de la prueba de la motivación para cometer el ilícito.¹¹⁶

5.2.2. Casos en el Ecuador

En Ecuador la primera denuncia que se presentó en base a este tipo penal, fue la entablada por la Ex Ministra de Educación, Sandra Correa, en contra del programa de Ecuavisa "LA TELEVISIÓN", argumentado entre otras cosas que soporta un acoso mediático proporcionado por este programa, proveniente específicamente de su director, más autores cómplices y encubridores.

Otro de los argumentos que fundamentan la demanda, son los constante señalamientos por parte del programa "La Televisión" que dirigiera el actual Ministro de Turismo, Freddy Ellhers, y que ahora lo hace su hijo Fernando, tildándolos de promotores de una persecución reiterada, contra la ex ministra inculpándola de una serie de delitos como el caso de la "Mochila Escolar" o el presunto plagio de una tesis doctoral, lo que derivó en un

¹¹⁵ Cfr, CUADERNO 1 Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, disponible en http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp. Pág. 32 y 33.

¹¹⁶ Cfr. Ibídem.

conflicto legal que la tuvo exiliada del país por más de 10 años y, luego terminar sentenciada por la justicia de nuestro país.

Para un mejor análisis se citará un fragmento de la demanda presentada por Sandra Correa, donde evidenciaremos el delito que sustenta su demanda:

“DETERMINACION DE LA INFRACCION ACUSADA.- He sido sujeto y objeto de delito de odio, acoso, violencia moral y vulneración de mis derechos humanos y garantías constitucionales perpetradas en concordancia con la Constitución de la República/2008, artículos **3** numeral 1, **11** numerales 2 y 3, **19, 46** numeral 7, **416** numeral 5, **426.-** “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución (...) No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidas en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”, y **427**, por la infracción acusada y tipificada en el Art. 5 que sustituye el capítulo innumerado del Título II del Código Penal, por el siguiente capítulo de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal publicado en el Registro Oficial N. 555 del 24 de Marzo del 2009, que dice: **Art. ...**(212.4) Sera sancionado con prisión de seis meses a tres años 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, su sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad. Para el efecto se consideraran los artículos 6 y 13 del Código Civil”.¹¹⁷

Identificamos claramente que la denuncia es hecha exclusivamente por delito de odio y motivada por las declaraciones hechas por los imputados a través del programa “LA TELEVISION” el día domingo 7 de noviembre del 2010 a las 21H45 (región sierra), las cuales expresan que:

“... el castigo de las brujas de Calhuasi (...) en lomejor de los veinte años de la televisión (...) al igual que una escena medieval de la quema de brujas (...) no fueron salvadas del castigo que ahora había decidido imponerles la comunidad el silencio de las autoridades policiales y civiles era el testigo de esta apropiación de la justicia por mano propia (...) fueron liberadas para ser trasladadas (...) en donde la cárcel les esperaba otra historia la historia de otras leyes (...) en poco tiempo varios escándalos de sus colaboradores y varias denuncias de corrupción fueron la tónica de su mandato (...) El más emblemático caso fue el de la mochila escolar por la que **Sandra Correa Ministra de Educación fue sentenciada por manejo fraudulento de fondos públicos cuando se comprobó un sobreprecio de más de catorce millones de dólares[1] pero no solo de mochila escolar se recuerda a Sandra Correa también fue acusada de copiar la tesis con la que se graduó (...) La doctora Pesantez asegura que su tesis fue plagiada en un noventa y nueve por ciento por Sandra Correa (...)** Este es un cretino tético en el máximo grado de cretinismo con un cociente intelectual colindante con la idiocia y la invisibilidad sordomudez...”

¹¹⁷Reportaje de noticias de Ecuador Inmediato titulado “Sandra Correa denuncia por delito de odio al programa "La Televisión", disponible en: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=144211&umt=SandraCorreadenunciapordelitodeodioalprograma%22LaTelevisi%C3%B3n%22

El artículo que es usado como base para la demanda establece una pena para todos aquellos que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitaren al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física, señalando además que este odio debe ser en contra de una o más personas en razón de específicas características protegidas como lo son del color de su piel, su raza, su sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Estas características protegidas son taxativas, por lo que necesariamente el acto que se pretenda sancionar debe afectarlas directamente. Analizando el artículo en su tener literal, vemos que éste no ejemplifica las características protegidas - es decir no establece que la incitación al odio será en razón de características como: “el color de piel, raza, etc.” - sino que las describe de forma clara y excluyente, por lo que queda descartado la posibilidad de recurrir a este tipo penal si la motivación es distinta a la descrita por él. Dentro de las declaraciones hechas por los imputados no se puede apreciar una incitación al odio y mucho menos en razón de alguna de las características protegidas por el artículo invocado, por lo que podemos colegir que el artículo empleado por Sandra Correa para su demanda es inapropiado; pudo eventualmente iniciar su demanda en base a otro artículo que enmarque los actos cometidos por los denunciados, tema que no es de incumbencia para este trabajo.

El jugador ecuatoriano Felipe Caicedo también presentó una denuncia en contra un restaurante de la ciudad de Guayaquil por delito de odio. Haciendo un pequeño resumen de los hechos podemos resaltar varios acontecimientos que nos permitirán tener una visión más o menos clara de lo sucedido. El atacante ecuatoriano ingresó al establecimiento en contra el cual presentó la acción, junto con algunos amigos y familiares. Clientes y administradores del local los confundieron con delincuentes y llamaron a la Policía Nacional, misma que acudió al lugar donde registraron al jugador y a sus acompañantes.

Informes de prensa reportaron el incidente en donde el jugador y sus amigos fueron confundidos por delincuentes. El propietario del establecimiento sostuvo que unos de los primos del jugador tenía una actitud sospechosa “la ingresar y salir hablando por teléfono celular”.

Luz María Pico, abogada del jugador, planteó la demanda en la fiscalía por “delito de odio”, quien comentó que a su cliente: *“Le hicieron alzar los brazos, lo revisaron y lo trataron como un delincuente”*, dijo Pico, quien no escondió su malestar pues el acto es

una evidencia de discriminación racial: “si hubiera sido rubio, blanco, con ojos azules y con terno, hubieran dicho que es un gran empresario”.

Nuevamente haciendo hincapié en lo afirmado líneas anteriores, para que se pueda utilizar un tipo penal como fundamento en una denuncia, las acciones deben ajustarse a la hipótesis contenida en la norma pertinente. Según los hechos ocurridos con Felipe Caicedo no hay incitación al odio y tampoco se negó un servicio en razón de su color de piel, su raza o cualquiera de las características protegidas por la legislación penal ecuatoriana, aunque existió el perjuicio racial el cual motivo la llamada a la Policía, éste no produjo una acción que se enmarca dentro del tipo penal de los delitos de odio, por lo que la denuncia carecería de sentido y de motivación.

Tras analizar brevemente estos dos casos, nos queda resaltar algo importante, muchas personas al igual que Sandra Correa y Felipe Caicedo, pretenderán plantear delitos de odio por creer que sus derechos fueron vulnerados y que se quebrantó su integridad por ser portadores de una de las estas características.

Lamentablemente como se pudo apreciar en ninguno de los dos casos, las acciones cometidas encajan en el nuevo tipo penal recientemente incluido en nuestra legislación, lo que nos da pie a pensar que quizá que un sin número de nuevas causas se iniciarán por este motivo, aunque las acciones carezcan de intención de incitar al odio o de cometer alguna de las acciones prohibidas en este tipo, y esto ocasionará un incremento innecesario en las causas judiciales, ya que la subjetividad del tipo se presta para presentar este denuncias infundadas e irresponsables y que dilatará más aun la administración de justicia dentro de nuestro país y se vulnerará más aun el principio de celeridad.

CAPÍTULO VI

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA.

En este capítulo se hará un breve análisis de la legislación y jurisprudencia internacional en la materia penal de los delitos de odio. Serán objeto de estudio y consideración como puntos de comparación países desarrollados en esta temática, como los Estados Unidos y España; así mismo, se considerará la jurisprudencia emitida por variados países del Continente Europeo y por Tribunales de este mismo continente que nos ofrecen un interesante aporte a considerar dentro de este trabajo

6.1. Estados Unidos

Debido al desarrollo legislativo que refleja la legislación norteamericana en el ámbito del Derecho Penal, los Estados Unidos serán el primer país considerado para el análisis del Delito de Odio dentro de este capítulo de la tesina.

Dentro de esta nación en la gran mayoría de los Estados Federados, el Odio constituye un agravante de la pena, denominado como “penalty enhancement”. Esta figura busca agravar la pena o sanción de los delitos violentos cometidos por motivos racistas o discriminatorios.

Cabe señalar, que la legislación americana tan desarrollada en la materia penal ha desarrollado esta institución del Odio como Agravante y NO como Delito independiente, porque de acuerdo a los fundamentos de la norma penal no es posible castigar una opinión o un pensamiento, ni la libertad de expresión de las personas. Lo que se juzga verdaderamente y con mucha severidad es el acto de discriminación del delincuente dirigido contra todo un grupo social, contra un colectivo: por lo que el delito en cuestión tiene afectación ulterior no a una sola persona o “víctima particular” sino al grupo entero de personas vulnerables. Por lo tanto, produce efectivamente un mayor daño social.¹¹⁸

¹¹⁸ Cfr. *Ibíd.* Pág. 40.

La importancia de esta perspectiva y el entendimiento de la ley penal, conjuntamente con la incidencia del odio y de los motivos racistas en la perpetración de delitos violentos, llevó a los Estados Unidos de Norteamérica a emitir el Acta de Prevención de los Delitos de Odio (The Hate Crimes Prevention Act) en el año de 1999, donde los crímenes realizados con motivos discriminatorios por la no aceptación de una raza, de una nacionalidad, de la orientación sexual, de una condición física o mental, entre otras características comúnmente protegidas, fueron catalogados como delitos federales, independientemente de la normativa interna de los diferentes estados federados.¹¹⁹

Sin embargo, en un principio la poca delimitación de los delitos de odio, y el choque entre los derechos constitucionales de la libertad de expresión vs el derecho a la no discriminación e igualdad ante la ley, llevo a las cortes estadounidenses a emitir gran cantidad de opiniones y fallos judiciales en esta temática, cuestión que de alguna manera se encargó de enmarcar y establecer la pauta del desarrollo de los delitos de odio a nivel nacional e internacional. Muchos de los casos de los delitos de odio dentro de este país terminaron después de largos procesos y profundos estudios en la Corte Suprema de los Estados Unidos. El desarrollo jurisprudencial más representativo se encuentra expuesto en dos casos concretos R.A.V. VS CITY OF ST. PAUL y WISCONSIN VS. MITCHEL que desencadenaron la producción legislativa de ordenanzas y normas estatales sólidas que prohibían los abusos por odio racial y establecían penas realmente severas a este tipo de comportamientos discriminatorios a una colectividad.¹²⁰

En relación con lo anteriormente señalado, cabe destacar que si bien los avances de las legislaciones estatales sobre los delitos motivados por el odio han sido una verdadera protección y garantía para los sectores vulnerables o afectados, las posiciones que discuten la constitucionalidad y viabilidad de los delitos de odio son variadas.

La primera posición de los observadores de las normas americanas, considera que los delitos de odio de una forma absolutamente inconstitucional castigan el pensamiento de una persona y su libertad de expresión, porque la pena se incrementa de manera

¹¹⁹ Cfr. Gabriela Guerrero, Israel Lara, *CRIMENES O DELITOS DE ODIO Y EL POR QUE DE SU NECESARIA INCLUSION EN LA TIPIFICACION DE NUESTRA LEGISLACION*, Venezuela, 08 de Agosto de 2009, disponible en:

http://insurrectasypunto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1866:venezuela-crimenes-o-delitos-de-odio-y-el-por-que-de-su-necesaria-inclusion-en-la-tipificacion-de-nuestra-legislacion&catid=3:notas&Itemid=3

¹²⁰ Cfr. *Hate Crimes - Critique Of Bias Crimes*. Disponible en: <http://law.jrank.org/pages/1316/Hate-Crimes-Critique-bias-crimes.html>, 01 de abril de 2011.

exorbitante únicamente en consideración a la expresión de un pensamiento o a la manifestación de una emoción o sentimiento (propio del fuero interno) de un ciudadano que la comunidad desapruueba.

La segunda posición es totalmente contraria y considera que los delitos de odio son totalmente constitucionales en vista de que las motivaciones discriminatorias y el discurso de odio nunca pueden encontrarse protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. A pesar de que las posiciones son totalmente contradictorias resulta evidente a la vista de todos, que los delitos de odio incluyen un afectación al derecho a la libertad de expresión o en su defecto su limitación.

Finalmente, la tercera posición entorno a la constitucionalidad o no de los delitos de odio, realiza una diferenciación profunda del “Discurso de Odio” y de los “Delitos de Odio”. Esta postura protege la libertad de expresión de los sentimientos del ser humano así sean estos negativos, amparando el Discurso de Odio y considera que los Delitos de Odio son perfectamente constitucionales siempre y cuando haya una verdadera afectación, un peligro inminente o un daño a un grupo de personas determinado y que no limite la libertad de cada ser humano de expresar su fuero interno. Lo que se buscaría castigar en concordancia con esta tendencia es la conducta dolosa contra una víctima o una colectividad focalizada y no la simple expresión de un pensamiento. Cabe señalar que esta es la posición y el desarrollo ofrecido por la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso WISCONSIN VS. MITCHEL y no es posible olvidar que esta es la postura actual en el juzgamiento de los delitos de odio en este país.¹²¹

La posición adoptada por la Corte americana en el caso citado en líneas anteriores, resulta inteligente y razonable. Los Delitos de Odio, no deben ser considerados como delitos independientes, porque constituyen agravantes de delitos violentos. Se han llegado a denominar como Delitos de Odio por la incidencia de estos en países desarrollados, sin que verdaderamente pueden separarse estos del delito base o que en su defecto, pueda castigarse o penalizarse un sentimiento o su simple expresión. Para que resulten adecuados deben guardar una estrecha armonía con el derecho a la libertad de expresión de los individuos, sin que medie violencia o afectación real y evidente en esta manifestación de sentimientos.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*.

Sería totalmente productivo que el Ecuador tome una postura igual o por lo menos similar a la expuesta para que se pueda viabilizar y juzgar adecuadamente los delitos de odio. No podemos esperar este razonamiento de las cortes ecuatorianas cuando el tipo penal del código criminal del Ecuador, como señalamos oportunamente en el presente trabajo investigativo, es totalmente abierto y pretende penalizar cualquier manifestación del fuero interno del ser humano.

6.2. España

Otro de los pilares de la legislación comparada a desarrollarse dentro del presente capítulo constituye la legislación de España: en primer lugar, debido a la similitud del idioma; en segundo lugar, por el interesante desarrollo normativo que ofrece esta nación y finalmente, en razón de los numerosos casos de delitos de odio que se presentan dentro de este País principalmente fundamentados en el odio a una raza o nacionalidad distinta, traducida en la renombrada xenofobia.

Como se verá a continuación los estados europeos guardan una premisa común en lo relativo a los delitos de odio en sus legislaciones penales nacionales. Esta es, que se proscribe expresamente la incitación pública al odio a un grupo social determinado, en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la orientación sexual. España no se aparta de esta constante. Sin embargo, la norma penal en este país, es un tanto más protectora incluyendo dentro del tipo penal, la afectación a características protegidas nuevas como la ideología, la religión, la situación familiar, una enfermedad o discapacidad que pueda ostentar un individuo.¹²²

6.3. Estados Europeos

En este segmento se hará un acercamiento leve en términos muy generales de las legislaciones de algunos países Europeos, tomando en cuenta algunas particularidades que contiene la legislación penal en cada caso.

¹²² Prof. Louis-Léon Christians , “Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso.” Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. V.11 -80044 (S), Pág. 11. disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf

Cabe resaltar que en Europa en la mayoría de los Estados, la legislación de los Delitos de Odio, *busca reprimir principalmente la incitación pública al odio*. La conducta reprimida busca dañar a las personas de un grupo social determinado, incitando a otros a reaccionar violentamente en contra de ellos, poniendo en peligro su integridad y en algunos casos hasta su vida. Sin embargo, a continuación se destacarán otros elementos considerados por las leyes internas de cada país dentro del tipo penal señalado.

Reino Unido

Si bien en la gran mayoría de los países europeos la tipificación de los delitos de odio tiene un carácter eminentemente general que como se destacó en líneas anteriores busca penalizar la simple incitación pública del odio, sin hacer mayores disquisiciones en las formas de expresión del mismo, en países como el Reino Unido y el País de Gales, la legislación en materia penal busca una protección especializada de acuerdo a los diferentes tipos de odio, evidenciándose una protección distinta para los delitos de odio racial, religioso y de género, respectivamente.

Rumania

La legislación de Rumania en lo referente a los delitos de odio, es bastante interesante en razón de que el tipo penal de estos delitos se encuentra extendido a partir de su desarrollo en el año 2002.

En primer lugar, como en todos los Estados del continente europeo, en Rumania se penaliza la incitación pública al odio. Posteriormente se incluye dentro del tipo penal invocado la división social motivada por este renombrado sentimiento negativo y se prohíbe la creación de cualquier esfera de intimidación, de hostilidad, de humillación que ponga en riesgo la integridad de las personas o su seguridad.

Otro de los supuestos prohibidos por la legislación penal rumana constituye el uso de símbolos que identifiquen de alguna manera asociaciones y actividades racistas, fascistas o xenófobas o cualquier medio de propagación de odio por publicidad.

Se añade dentro de la conducta punitiva cualquier afectación o humillación a la dignidad nacional de un Estado. Se desprende de esta afirmación que se prohíbe cualquier tipo de vulneración no solo a las personas consideradas individualmente, sino a los símbolos patrios de un Estado o a sus características distintivas.

Bélgica

Le República de Bélgica como el resto de los países mencionados mantiene en su ordenamiento jurídico en materia criminal los postulados generales de los delitos de odio, enmarcando los mismos principalmente en la acción nuclear de la incitación.

Sin embargo, el tipo penal no se limita a estas consideraciones generales, sino que busca alcanzar una verdadera protección a las personas en una situación vulnerable que puedan verse afectadas por las reacciones de odio y discriminación. Por esto, el delito de odio en la ley belga incorpora incluso el castigo al simple apoyo individual a un grupo cuyo objetivo sea la incitación al odio. Se desprende de la normativa señalada que la legislación de Bélgica busca evitar a toda costa la aceptación social del odio hacia otros grupos de personas.

Además, la ley penal Belga se encarga de penalizar como delitos de odio, cualquier vulneración a un individuo en razón de su género, de su orientación sexual, del estado civil, el nacimiento, la edad, las convicciones religiosas o filosóficas.

Se extiende tanto el tipo penal que se entienden como características protegidas hasta el 2006 no solo la raza, etnia, sexo, orientación sexual, que constituyen rasgos protegibles comunes en la gran mayoría de legislaciones: sino que se incluye expresamente la protección del estado civil, los medios económicos, la salud, la discapacidad, o cualquier otra característica física de una persona. En este sentido la legislación busca evitar la incitación al odio y la afectación o agresión a personas en razón del “odio” hacia estas nuevas características protegidas. Se pretende evitar cualquier agresión por la falta de aceptación de las condiciones de vida de otros seres humanos.

Resulta importante señalar, que estos avances han sido emulados muy de cerca por la ley penal de países como Luxemburgo en el mismo año.

Finalmente, cabe destacar que el último avance que se considera vale la pena plasmar en la presente disertación dentro de ley penal de este país, tiene lugar en una reforma en el año 2009, en la que se establecen como rasgos susceptibles de protección bajo este tipo penal a las convicciones políticas y sindicales y el idioma.

La jurisprudencia Belga en la materia se ha encargado de completar hasta cierto punto el tipo penal de los delitos de odio dentro de este país. El Tribunal Supremo en numerosas decisiones judiciales ha limitado este tipo de delitos, destacando que únicamente son susceptibles de castigo los delitos donde sea evidente una “voluntad consciente y

deliberada” de incitar al odio, a la violencia o a la discriminación. Agrega que estos delitos se deben caracterizar por un tono provocador, de carácter hiriente que busque desencadenar “reacciones pasionales de agresividad” contra las personas pertenecientes a un grupo social o una colectividad determinada. Señala finalmente que debe mantenerse un discurso que favorezca e incentive la comisión de actos violentos organizados sin remordimiento, en estos casos existen una conducta que corresponde al delito de incitación al odio.¹²³

Bulgaria

En Bulgaria el tipo penal se extiende de la incitación hasta la propagación del odio, comprendiéndose esta conducta como el fomento del odio en otros ciudadanos generando una verdadera propagación general del sentimiento negativo pudiendo materializarse en agresiones y violencia irracional.

Luxemburgo

El Estado de Luxemburgo mantiene un desarrollo particular dentro del tipo penal de los delitos de Odio al igual que el Bélgica, se penaliza el apoyo individual a grupos sociales que fomenten el odio en razón de la raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, entre otros. Como podemos ver el delito no se limita a penalizar la incitación pública del odio contra grupos vulnerables identificables sino que incluye cualquier actividad que apoye este tipo de comportamientos de otros infractores.

Como se destacó oportunamente en el presente trabajo, el ordenamiento jurídico de este país siguió los pasos de la República de Bélgica incluyendo dentro de las características protegidas al estado civil, a los medios económicos, las convicciones políticas, religiosas, sindicales, el idioma, la salud, la discapacidad, cualquier característica física de un ser humano, entre otros.

Como podemos identificar la tendencia actual en la Europa desarrollada busca extender la protección que puede brindar la tipificación de los delitos de odio a cualquier circunstancia, característica o condición de vida de una persona, evitando el peligro y la violencia contra grupos sociales determinados.

¹²³ Cfr. Prof. Louis-Léon Christians , Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. V.11 -80044 (S) disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf Pág. 04.

Turquía

En este país se incluye dentro del delito de odio, una conducta peculiar que es aquella de generar división social y represión por el sentimiento de odio que engendran las personas en su interior. De esta forma, constituye un comportamiento prohibido por la norma penal turca dividir a la gente en razón del odio, buscando afectar a variados grupos de personas en razón de su raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, entre otros. Resulta importante mencionar que esta acción nuclear se encuentra incluida en las legislaciones de otros países como Rumania, Serbia y Montenegro.

Alemania

La normativa penal de la República Alemana, también será considerada dentro del presente análisis por contener una protección descomunal y no identificable en otros países.

Además, del postulado general de los delitos de odio que se mantiene en toda Europa, con el verbo rector de la “incitación al odio”, este país regula el nivel o grado de la incitación para imponer una pena y extiende su protección hasta a las tradiciones, costumbres y pensamientos que distinguen a un grupos social en concreto. En este sentido, se encuentra considerado como delito de odio cualquier comportamiento que incite el odio a las costumbres y tradiciones comunes o distintivas de un grupo de personas, o cualquier ataque o agresión a estas personas por esta motivación

La ridiculización o humillación de los símbolos patrios de los Estados, el ataque a objetos públicos que representen a la dignidad o identidad de los países, así como la profanación de lugares sagrados, son considerados también como crímenes de odio.

De la misma forma, se encuentra dentro del comportamiento prohibido cualquier actividad o práctica motivada por el odio, que pueda poner en peligro el orden público del Estado Alemán o en su defecto, que implique o pueda catalogarse como una afrenta grave a la dignidad de la persona humana.

La simple difusión de información no se considera como delito, por protegerse la libertad de expresión.

Francia

El Estado francés reprime la incitación pública al odio, manteniendo el verbo rector principal que sostiene la normativa de la Unión Europea. La ley penal francesa agrega un nuevo verbo rector, la acción nuclear del tipo dentro de este país incluye la provocación, motivada por odio, a enfrentamientos violentos con los grupos sociales o étnicos vulnerables.

En el caso de la República Francesa la jurisprudencia de la corte suprema de la nación, en diferentes fallos de casación subraya que para que exista una condena de un Delito de Odio, se requiere que la provocación sea explícita, estimando que las declaraciones o escritos que simplemente “puedan” provocar el odio racial no pueden castigarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la ley de 1881.¹²⁴

Subsiguientemente, rescataremos algunas ideas generales de la legislación europea de otros países. En países como *Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía*, las legislaciones criminales nacionales de estos países buscan tipificar como delitos y reprimir la incitación al odio; así como, la incitación a la violencia y discriminación contra grupos sociales vulnerables.

En la otra mano, existen otros países Europeos en los que únicamente se penaliza la incitación a la violencia sin que se encuentren considerados como tipos penales los delitos de odio. Estos países son Austria, Chipre, Grecia, Italia y Portugal.

Al parecer estos países concuerdan con la posición mantenida en la disertación, en la medida en la que el odio debe ser considerado un significativo agravante de los delitos en general sin que sea necesario tipificar estos delitos, penalizando un sentimiento. El motivo debe ser un agravante mas no la conducta prohibida.

Finalmente cabe afirmar, que en ningún Estado Europeo se sanciona de forma general la simple expresión del “odio” desprovista de incitación, esto en virtud de que se respeta el derecho a la libertad de expresión y que no se puede penalizar un sentimiento como tal, sino que se requiere de una acción de un verbo rector para constituir el delito. La afirmación previa tiene una sola excepción, en algunos países europeos como Azerbaiyán, Croacia, Dinamarca, Liechtenstein, Polonia, Rusia, Eslovenia y Suiza, cuando se estimen

¹²⁴ Cfr. Prof. Louis-Léon Christians , Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. V.11 -80044 (S) disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf, Pág. 30.

motivaciones racistas por el hecho de que se propugne la inferioridad o la superioridad de una raza, de una nacionalidad o una religión determinada.¹²⁵

6.4. Otros países y Tribunales Internacionales.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En esta última sección realizaré un corto acercamiento a los criterios del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la materia de los delitos de odio.

En este sentido, resulta oportuno mencionar la famosa decisión correspondiente al caso de NACHOVA y OTROS vs BULGARIA, donde el tribunal estableció que era obligación de las autoridades estatales efectuar una investigación de la posible motivación racista que estaba detrás de cada uno de los actos violentos y que el evidente fracaso de Bulgaria al efectuar esta tarea, constituye una violación directa de la disposición de no discriminación incluida en el Artículo 14 de la Convención. Si bien la Corte no ha exigido en sus decisiones judiciales la incorporación expresa de legislación sobre los Delitos de Odio en los diferentes Estados Europeos, considera que las normas dispuesta en la Convención son de protección y respeto general; por lo que, ha reconocido explícitamente que los delitos de odio requieren de una respuesta adecuada por parte de la justicia penal de cada país y que la respuesta judicial indicada debe disponer una sanción o pena severa que debe ser proporcional al daño causado.

Estos mismos principios han sido aplicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como: SECIC vs CROACIA, dentro de este caso unos individuos denominados como skinheads o cabezas blancas atacaron a un hombre de etnia Romaní. Dentro de este caso el tribunal reitera su posición y reafirma:

“... cuando investigan incidentes violentos, las autoridades Estatales tienen el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista y determinar si el prejuicio o el odio étnico pudo desempeñar o no un papel en los sucesos. Fracasar al hacer esto y tratar la violencia y la brutalidad inducida racialmente en pie

¹²⁵Prof. Louis-Léon Christians , “Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso.” Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. V.11 -80044 (S), Págs. 08-13. disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf. De esta Publicación se obtuvo toda la información de los Estados Europeos de la legislación nacional de Delitos de Odio, con sus principales particularidades en cada caso.

de igualdad con casos que no tienen un matiz racista puede cerrarnos los ojos sobre la naturaleza específica de actos que son particularmente destructivos de los derechos humanos”.¹²⁶

Se puede identificar del criterio mantenido por el Tribunal, que lo que se busca es sancionar a toda costa los delitos de odio, así no se encuentren tipificados estos como delitos dentro de los diferentes Estados Europeos. La convención debe respetarse en su totalidad y nunca puede ofrecerse un ámbito de desprotección a los ciudadanos.

Por otro lado, otra de las esferas en las que la Corte o Tribunal europeo de derechos humanos se ha pronunciado alrededor de los delitos de odio, constituye los límites de la libertad de expresión.

En la sentencia correspondiente al caso CASTELLS VS ESPAÑA del 23 de abril de 1992, los miembros del tribunal han dejado plasmado el criterio de que la extensión de la protección a la libertad de expresión debe entenderse no sólo como el amparo de la información o de las ideas favorables, sino también de aquellas ideas o pensamientos que “ofenden, resultan chocantes o perturban, porque tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática.”¹²⁷ Con lo anteriormente expuesto, queda absolutamente claro que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos busca salvaguardar todos los derechos, incluyendo el de la libertad de expresión en toda su extensión. El ser humano es una fuente inagotable de pensamientos y sentimientos positivos y negativos que merecen y requieren cierto tipo de exteriorización, el derecho a esta expresión debe ser amparado en todo ordenamiento jurídico, así no siempre sea agradable a los ojos de la comunidad.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha limitado a establecer que la sanción de delitos de ofensa a personas o grupo de personas conocidos en el ámbito internacional como Delitos de Odio, debería ser siempre mediante una indemnización fijada en la vía civil y nunca en la vía penal, porque desencadenaría consecuencias desastrosas para la libertad de expresión. La CIDH expresamente señala:

¹²⁶ Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1, disponible en http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp Pág. 41.

¹²⁷ Cfr. Ramiro Orias, Ley contra el racismo y libertad de expresión: Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la CIDH, disponible en: <http://www.democraciaactiva.org/wp-content/uploads/2010/12/Ley-contra-el-racismo-y-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf>

“El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor”¹²⁸

Lo que plantea la Corte Interamericana podría ser una alternativa viable, que de alguna manera protegería el derecho a la libertad de expresión y que no pondría en peligro uno de los bienes jurídicos superiores amparados por el Ordenamiento Jurídico de los Estados, que es la libertad.

¹²⁸ Ramiro Orias, Ley contra el racismo y libertad de expresión: Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la CIDH, disponible en: <http://www.democraciaactiva.org/wp-content/uploads/2010/12/Ley-contra-el-racismo-y-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf>

CAPITULO VII OTRAS CRÍTICAS AL DELITO DE ODIO

7.1. Normalidad del sentimiento.

Cabe recalcar que aunque el delito de odio es nuevo en nuestra legislación penal, ya es muy común en otros países y grandes Juristas se han pronunciado al respecto.

Uno de estos juristas es el Gran Penalista Eugenio Raúl Zaffaroni quien se ha pronunciado sobre el tema, y no precisamente con halagos, él mencionado autor manifiesta que:

“El odio es un componente normal de la vida, porque el binomio amor-odio es más o menos constante en la historia de la vida personal. Siempre que hay un homicidio hay odio a la víctima; sobre esto no cabe la menor duda. Incluso, la ley penal registra la intensidad de esta situación. El odio es uno de los cuatro gigantes del alma. La emoción violenta no es un tipo penal, sino un atenuante frente a la menor culpabilidad. Frente a la falta de fórmula general de imputabilidad, de culpabilidad disminuida, es una atenuante por culpabilidad disminuida específica.”¹²⁹

Se desprende de la cita, que el odio es un sentimiento normal de la vida de cualquier ser humano, que las emociones humanas y los sentimientos varían y que todos y cada uno de ellos son habituales y se manifiestan en diferentes momentos de la vida del hombre.

Como destacamos previamente el odio es un sentimiento negativo que puede desarrollarse por diversas causas como desacuerdos o falta de aceptación: y el sentir odio o simplemente manifestarlo sin violencia no convierte a una persona en autor de un delito.

Lo dicho por Zaffaroni refleja su postura de que el odio no debería ser tomado como un elemento constitutivo de tipo sino más bien como una *atenuante*, tomando en cuenta que las personas dominadas por la ira y el odio, pueden actuar fuera de la razón en un estado similar de alguna forma al de la locura. Es así que aparece un atenuante de la pena, resultando en una culpabilidad disminuida y no en un delito con intención consciente de causar daño a la víctima.

¹²⁹ Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Los Delitos de Odio, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Gaceta Argentina, Martes 21 de Agosto de 2007; disponible en: http://www.lagaceta.com.ar/vernota.asp?id_seccion=120&id_nota=231632

El argumento del profesor Zafarroni que constituye al Odio como un atenuante de la pena tiene de alguna manera sentido y parecería encontrar asidero jurídico en la rama penal. Sin embargo, el autor de la presente investigación mantiene su postura de que el odio debe ser considerado como un agravante de delitos violentos como lo ha señalado acertadamente el artículo 450 del Código Penal del Ecuador, en vista de que las personas por esta motivación prejuiciosa y el odio que sienten contra grupos minoritarios vulnerables, intentan perpetrar los delitos violentos con más dedicación, organización y consciencia de agresión, buscando la manera más eficiente de ocasionar el mayor daño social a la colectividad descrita.

Zafarroni además agrega en su desarrollo doctrinario entorno a los delitos de odio lo siguiente:

“En el delito por odio, el odio a la víctima está motivado por el odio a un grupo de pertenencia, que está fundado en un prejuicio. Se ha caracterizado el crimen por odio como un acto ilegal que importa una selección intencional de una víctima a partir del prejuicio del infractor contra el estatus actual o percepción de esta. Así es como la doctrina lo ha definido.”

Con esto, el citado autor busca dejar en claro que de la definición de los delitos de odio ofrecida por la doctrina en términos generales, se desprende que lo que realmente se está penalizando son los prejuicios y no las conductas, siendo los prejuicios una parte inherente de los seres humanos que se forman en nuestro fuero interno y que se generan a lo largo de nuestra vida por las experiencias vividas y la enseñanza de nuestros hogares.

7.2. Agravante del delito

No se puede menoscabar la intención del Legislador Ecuatoriano al intentar erradicar las manifestaciones de odio y desprecio a determinada persona por cualquiera de sus características que le brinde inclusión a determinado grupo social. A pesar de las buenas intenciones parecería un poco descuidado utilizar al odio para constituir un tipo penal independiente y que a la vez sea un agravante en el art. 450 del mismo cuerpo legal.

Dada la subjetividad del elemento constitutivo del tipo, resultan inapropiadas que se utilice al odio como base para un delito independiente, si la intención era reprimir actos motivados por el odio, debió tal vez ser considerado *únicamente como una agravante*, aunque también implicaría cierta complejidad en la aplicación del nuevo articulado y

demonstraría su innecesaridad. En este sentido, se ha pronunciado la doctrina internacional en la materia y este principio ha sido mantenido por países como Estados Unidos y España como se ha expuesto oportunamente. A manera de ejemplo nos permitimos citar la legislación Española donde existe una circunstancia agravante por discriminación (Código Penal Español, art. 22.4):

A pesar de que el Odio no constituye parte directa de un tipo penal determinado en este Estado Europeo, cuesta en efecto un gran esfuerzo lograr la aplicación de la norma penal que lo califica como agravante, aunque los insultos, el hostigamiento, el ataque a bienes, la violencia e incluso el asesinato se realice contra una víctima seleccionada por su condición de inmigrante, homosexual, indigente, por su ideología, por identidad deportiva u otra circunstancia.¹³⁰

La anterior circunstancia nos hace reflexionar sobre la dificultad de la utilización del odio únicamente como agravante, por la subjetividad del juzgamiento y la normalidad del sentimiento negativo en la vida de los ciudadanos. Por lo que siguiendo la misma línea de pensamiento, resultaría muy difícil sino imposible la aplicación y prueba del odio en el caso de éste forme parte de los elementos constitutivos de delito.

Para los Juristas Gabriela Guerrero e Israel Lara no tiene sentido tipificar los delitos de odio en la legislación, pues se trataría de castigar sólo la motivación y no una conducta ya prevista en la ley penal, aunque reconocen que por el impacto que tienen en la protección de los Derechos Humanos, hay un interés primordial de agravar de manera especial las penas por la jerarquía ofensiva del acto.¹³¹

7.3. Sanción de la Motivación no de la Conducta.

Como hemos destacado a lo largo de la presente disertación en reiteradas ocasiones, los principales opositores a la tipificación de los delitos de odio a nivel internacional, han

¹³⁰ Cfr. Esteban Ibarra, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio 1 en página 7, disponible en:

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

¹³¹ Gabriela Guerrero, Israel Lara, *CRIMENES O DELITOS DE ODIO Y EL POR QUE DE SU NECESARIA INCLUSION EN LA TIPIFICACION DE NUESTRA LEGISLACION*, Venezuela, 08 de Agosto de 2009, disponible en:

http://insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1866:venezuela-crimenes-o-delitos-de-odio-y-el-por-que-de-su-necesaria-inclusion-en-la-tipificacion-de-nuestra-legislacion&catid=3:notas&Itemid=3

destacado como principal crítica el hecho de que este tipo de delitos pretende castigar una motivación un sentimiento y no la conducta como tal.

El odio no es una conducta y su ponderación y valoración es una tarea imposible para el juzgador.¹³²

Además, encontramos autores como Taslitz quienes destacan que muchos de los prejuicios que tienen las personas son impuestos por la sociedad no escogidos. Por lo que resulta difícil incrementar la pena para este tipo de delitos.¹³³

7.4. Fortalecimiento del Poder judicial y del Poder Penitenciario

Otra de las críticas que encontramos en la doctrina internacional dentro del ámbito del Derecho Penal, es que la determinación del delito de odio, incrementa automáticamente la pena del delito base y fortalece los poderes judiciales y penitenciarios.¹³⁴

El momento en que el juzgamiento de los delitos de esta naturaleza dependa únicamente de la subjetividad del juez de la causa y no de las pruebas de un sentimiento propio del fuero interior de una persona, el juzgador adquiere un posición superior y primordial que le otorga el poder de decidir casi de forma independiente sobre la existencia o no del odio en los delitos violentos, lo que a su vez se traduce en el poder de decidir sobre la vida y libertad de las personas sin mayores limitaciones que su valoración lógica.

Como a criterio de los jueces pueden existir millones de casos de delitos de odio en consideración a su sana crítica, el régimen penitenciario adquiriría un poder sustancial teniendo que albergar en sus diferentes instituciones de rehabilitación social a gran cantidad de ciudadanos condenados por los denominados delitos de odio.

¹³² Cfr. Compilación de Criticas a los Delitos de Odio. A compilation of critiques on Hate Crimes Legislation, disponible en: <http://www.blackandpink.org/revolt/a-compilation-of-critiques-on-hate-crimes-legislation/> / 01 de abril de 2011

¹³³ Cfr. Andrew E. Taslitz, Condemning the Racist Personality: Why the Critics of Hate Crimes Legislation Are Wrong, BOSTON COLLEGE LAW REVIEW, VOLUME 40:. 01 DE MAYO DE 1999. pág. 741.

¹³⁴ Cfr. Compilación de Criticas a los Delitos de Odio. A compilation of critiques on Hate Crimes Legislation, disponible en: <http://www.blackandpink.org/revolt/a-compilation-of-critiques-on-hate-crimes-legislation/> / 01 de abril de 2011

Lamentablemente las cárceles en Ecuador no pueden soportar este incremento ni el Estado costear los gastos de los reclusos por más tiempo, en razón del incremento de las penas de los delitos comunes.

7.5. Ausencia de Delimitación del Tipo y de los grupos protegidos.

Los delitos de odio no hacen distinción o determinan la protección a ciertos grupos sociales determinados ni estructuran las bases o condiciones para la viabilidad de este amparo. Por la ausencia de esta limitación, fácilmente el sector dominante podría acusar de un crimen de odio a una minoría o grupo étnico de menor poder, y las injusticias no se limitarían nunca.¹³⁵

Sería necesario que la norma prohibitiva establezca límites reales y plantee las condiciones para que la protección garantizada por el ordenamiento jurídica no sea alterada por los abusos de poder ni prácticas engañosas.

7.6. Ausencia de protección a la Familia de la Víctima o de la Colectividad vulnerada.

Otra de las críticas que hemos encontrado se realizan en contra de los Delitos de Odio es que este tipo de crímenes centran su atención y su fuerza en el delincuente, sin tomar en consideración a la familia o la víctima para apoyarla y de ser el caso reintegrarla en la sociedad de manera activa.¹³⁶

La tipificación de estos delitos se limita a incrementar la sanción penal al autor del delito violento sin procurar el bienestar de la víctima ni de la colectividad a la que pertenece para evitar o de alguna manera, en la medida de lo posible, aliviar el daño social ocasionado por el delito en cuestión.

¹³⁵ Cfr. *Ibídem.*

¹³⁶ Cfr. *Ibídem.*

Si no se ayuda a los afectados no tiene sentido únicamente incrementar los reclusos de las cárceles de todos los Estados por crímenes de odio.

7.7. Aumento desproporcionado de Tipos Penales.

Cabe señalar que la tipificación de los delitos de odio, en la gran mayoría de los casos ha desencadenado un aumento desproporcionado de delitos. El aumento de tipos penales no soluciona el problema social evidentemente presente en un país, únicamente se encarga de volver un caos el ordenamiento jurídico del mismo.

La creación de más tipos penales no elimina la existencia de los delitos. Es necesario cumplir con la ley antes que considerar incluir nuevos delitos.¹³⁷

Si tan solo los juzgadores aplicaran como agravante la motivación de odio de los delitos comunes, otra sería la realidad jurídica del Ecuador, se incrementaría la pena al máximo legal permitido y no sería necesaria la incorporación de nuevos delitos con los mismos elementos.

7.8. Doble Juzgamiento de un mismo Delito.

Dentro de este apartado nos permitimos desarrollar otra crítica que frecuentemente han recibido los delitos de odio en las diferentes esferas jurídicas del mundo, esta es que los delitos de odio podrían permitir un doble juzgamiento a la misma persona por los mismos hechos delictivos con dos tipos penales diferentes. En una primera instancia tendría lugar el juzgamiento del delito base, del delito común de acuerdo al tipo penal del cuerpo legal pertinente del Estado (Delito Base) y posteriormente, podría tener lugar un segundo juzgamiento a esta persona por estos hechos aplicando la tipificación de los delitos de odio.

Este problema no tendría cabida si únicamente se aplicara la motivación de Odio como agravante donde se incrementaría la pena al máximo legal permitido sin necesidad de acudir a otro tipo penal independiente para sancionar el odio. Debemos recordar que de

¹³⁷ Cfr. *Ibídem*.

conformidad al derecho constitucional no se puede sancionar dos veces a una persona por el mismo hecho, existiendo identidad de sujeto, de hechos y normas vulneradas.¹³⁸

7.9. Incremento de los prejuicios, acentuación del Odio.

Finalmente, la última crítica no menos importante que traemos a colación sobre los delitos de odio, es el incremento o acentuación del odio, por el juzgamiento del perpetrador. Los delincuentes no van a perder sus prejuicios o van a dejar de odiar a los grupos étnicos por estar en la cárcel, más bien van a profundizar estos sentimientos.¹³⁹

Se corre el riesgo de que al incrementar el odio hacia la colectividad o grupo social o étnico determinado, se incrementen conjuntamente los delitos, agresiones y afectaciones contra los mismos. El impacto de los delitos podría ocasionar un odio generalizado poniendo en peligro la integridad de las minorías.

Para evitar esta situación resulta totalmente indispensable educar a la población e inducir a la aceptación de lo diferente a una verdadera rehabilitación social que permita el reintegro a la sociedad de los delincuentes y de los grupos sociales afectados.

¹³⁸ Cfr. Hate Crime – Do Hate-crime Laws Restrict First Amendment Rights, 01 abril de 2011, disponible en: Hate Crime – Do Hate-crime Laws Restrict First Amendment Rights? – Critics, Criminal, Person, Conduct, Acts, and Motive <http://law.jrank.org/pages/7289/Hate-Crime-DO-HATE-CRIME-LAWS-RESTRICT-FIRST-AMENDMENT-RIGHTS.html#ixzz1lluow1hp>.

¹³⁹ Cfr. Ibidem.

CONCLUSIONES

Del desarrollo de la precedente disertación fue posible llegar a algunas conclusiones claras que confirman la postura adoptada sobre la temática de estudio. Como se ha destacado a lo largo del trabajo y se ha demostrado con el análisis desarrollado, en líneas generales, es posible manifestar que los delitos de odio no encuentran asidero legal ni social en el Ordenamiento Jurídico del Estado Ecuatoriano. A continuación se procurará plasmar de la manera más clara y precisa las conclusiones que nos llevaron a adoptar la mencionada posición:

- El legislador ecuatoriano debió efectuar un análisis más profundo, recurriendo a ramas sociales como el derecho y la psicología con mayor detenimiento, para poder determinar si la incorporación del nuevo tipo penal relativo a los Delitos de Odio en el Ecuador era necesaria o no para nuestra sociedad. El crecimiento legislativo sin coherencia con la realidad social no tiene efectividad ni aplicabilidad en ningún sistema de Derecho.
- En el caso de viabilizar la Tipificación de los Delitos de Odio, las autoridades gubernamentales de las diferentes funciones del Estado, deberían conjuntamente procurar renovar y mejorar nuestro sistema de administración de justicia y de rehabilitación social para que las personas que eventualmente sean condenadas por este tipo de delito tengan un verdadero tratamiento de rehabilitación y puedan superar su intolerancia hacia personas "diferentes" que poseen una característica de inclusión hacia determinado grupo social.
- Doctrinariamente los delitos de odio se distinguen de los delitos ordinarios, en dos aspectos básicos, el primero es la motivación del perpetrador y el segundo es el impacto que tendrá el acto sobre la víctima. Como oportunamente mencionamos en la tesina, al autor de un delito de odio mantiene una motivación exclusivamente prejuiciosa en contra de un determinado grupo social y su efecto o impacto afecta a toda esta colectividad. En el caso de los delitos ordinarios existe una víctima determinada y afectada por la conducta prohibida y su efecto se circunscribe a la misma, no encontrándose presente en la mayoría de los casos un móvil vinculado a

algún sentimiento. El perpetrador del delito actúa por diferentes causas pero el odio a un grupo de personas no es causa suficiente para incurrir en el delito.

- El Delito de Odio se caracteriza principalmente porque el infractor elige a su víctima por sus características especiales, que le hacen pertenecer a un grupo determinado. Se comprende que dentro de este tipo de delitos la víctima se escoge por su pertenencia a un grupo social identificable. Cualquier miembro de este grupo puede ser sujeto pasivo del delito, sin que exista una afectación personalizada. Los delitos de odio buscan dañar a la colectividad no a una persona en concreto, a diferencia del resto de delitos, que buscan la vulneración individualizada de la víctima.
- Los delitos objeto de estudio en la presente tesina, pretenden castigar una motivación, un sentimiento (el odio) y no la conducta como tal.
- Una de las principales críticas al delito de Odio es que este es un sentimiento normal de la vida de cualquier ser humano, que las emociones humanas y los sentimientos varían y que todos y cada uno de ellos positivos o negativos son habituales y se manifiestan en diferentes momentos de la vida del hombre.
- La tipificación de estos delitos se limita a incrementar la sanción penal al autor del delito violento sin procurar el bienestar de la víctima ni de la colectividad a la que pertenece para evitar o de alguna manera, en la medida de lo posible, aliviar el daño social ocasionado por el delito en cuestión. No existe coherencia social ni una protección real a los sectores minoritarios afectados.
- Los delitos de odio como se encuentran concebidos dentro del Código Penal son inaplicables y realmente difíciles, sino imposibles de probar. ¿Cómo podría probarse el odio dentro de una causa penal? ¿Y cómo podría decidir el juez sobre la vida y libertad de un ciudadano basado simplemente en su sana crítica? Estas interrogantes nos llevan a pensar en la ineficiencia total de un tipo penal abstracto. La dificultad de la prueba en cuanto a la demostración de un sentimiento propio del fuero interno del ser humano, dota al juzgador de una posición superior y primordial que le otorga el poder de decidir casi de forma independiente sobre la existencia o no del odio en los delitos violentos, lo que a su vez se traduce en el poder de decidir sobre la vida y libertad de las personas sin mayores limitaciones que su valoración lógica.

- En el supuesto no consentido, de que los jueces en uso y consideración de su sana crítica condenen a millones de infractores de este tipo de crímenes quedaría expuesta una consecuencia nefasta. El régimen penitenciario adquiriría un poder sustancial teniendo que albergar en sus diferentes instituciones de rehabilitación social a gran cantidad de ciudadanos condenados por los denominados delitos de odio. Lamentablemente las cárceles en Ecuador no pueden soportar este incremento ni el Estado costear los gastos de más reclusos por más tiempo.
- Los Delitos de Odio, podrían ocasionar un verdadero caos jurídico y un incremento absurdo de causas con la misma identidad objetiva, subjetiva y fáctica. En una primera instancia podría tener lugar el juzgamiento del delito base, del delito común de acuerdo al tipo penal del cuerpo legal pertinente del Estado (Delito Base) y posteriormente, podría tener lugar un segundo juzgamiento a esta persona por estos hechos aplicando la tipificación de los delitos de odio. La misma persona sería doblemente condenada por las mismas acciones y el mismo delito, en el caso número uno sin considerar la motivación y en el segundo, conforme al nuevo tipo penal tomando en cuenta el odio. Este problema no tendría cabida si únicamente se aplicara la motivación de Odio como agravante donde se incrementaría la pena al máximo legal permitido sin necesidad de acudir a otro tipo penal independiente para sancionar el odio. Debemos recordar que de conformidad al derecho constitucional no se puede sancionar dos veces a una persona por el mismo hecho, existiendo identidad de sujeto, de hechos y normas vulneradas.
- Se ha demostrado que de conformidad a nuestra realidad social y a la normativa penal vigente en nuestro país, el odio debe ser considerado como un agravante de delitos violentos como lo ha señalado acertadamente el artículo 450 del Código Penal del Ecuador. Se ha efectuado esta afirmación añadiendo que las personas por esta motivación prejuiciosa y el odio que sienten contra grupos minoritarios vulnerables, intentan perpetrar los delitos violentos con más dedicación, organización y consciencia de agresión, buscando la manera más eficiente de ocasionar el mayor daño social posible a la colectividad descrita.
- Son los actos los que tiene relevancia para el Derecho Penal, no los sentimientos, por lo que los delitos de odio carecen de fundamento ya que lo que se castiga son prejuicios y no actos.

- Para que un nuevo tipo penal pueda ser incluido dentro de una legislación se necesita que exista un bien jurídico protegido plenamente identificado.
- El delito de odio no puede ser considerado como delito porque no cumple con el principio de lesividad, ya que no afecta al verdadero bien jurídico protegido precautelado en los delitos de odio, que es el principio de libre determinación.
- El delito de odio es puramente subjetivo, y da a los jueces una investidura para juzgarlo meramente por su sana crítica y su consideración de haber alcanzado cierto grado de certeza sobre la verdad de los hechos, esto simplemente crearía inseguridad jurídica porque en estos casos pueden incrementar las sentencias arbitrarias y un quebrantamiento reiterado del principio de inocencia.
- La Legislación Internacional más desarrollada en la Materia Penal como la de España y de Estados Unidos han mantenido nuestro criterio, estableciendo el odio como un agravante de los delitos comunes y dejando en claro la innecesaridad de la tipificación de delitos independientes de odio que mantienen el mismo objeto.

BIBLIOGRAFÍA.

Obras.

Albán Gómez Ernesto, *MANUAL DE DERECHO PELA ECUATORIANO PARTE GENERAL*. Editorial Ediciones Legales, Quito Ecuador.

Albán Gómez Ernesto, “*RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO*”. Ediciones Legales. Tomo II, Quito-Ecuador. 2010.

Backman Secord, “*PSICOLOGÍA SOCIAL*”. Editorial McGraw Hill. Segunda Edición, México D.F.-México.

Cabanellas Guillermo, “*DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*”. Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina.

CAFERRATA NORES, *LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL*”, 3ra Ed. Editorial Depalma. Buenos Aires-Argentina, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. “*LÍNEAS BÁSICAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA*”. Ediciones Jurídicas Cuyo. Madrid- España.

Donna Eduardo Alberto, “*TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA TOMO 2, IMPUTACIÓN DELICTIVA*”. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1995.

GALLAS, Wilhelm, “*LA TEORÍA DEL DELITO EN SU MOMENTO ACTUAL*”. Editorial Bosch. Madrid –España, 1959.

Günther Jakobs y Cancio Meliá. “*EL SISTEMA FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL*”. Editorial GRIJLEY, Primera Edición, Buenos Aires-Argentina, diciembre 2000.

Gunther Jakobs, “*LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL*”, traducido por Manuel Cancio Meliá. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina, 2005. Pág. 23

Mir Puig Santiago, “*FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO*”. Editorial Casa Editorial, S. A. - Urgel, Barcelona- España, 1982.

Muñoz Conde, Francisco. “*TEORÍA GENERAL DEL DELITO*”. Editorial Tirant lo banch, cuarta edición, Valencia-España, 1991.

Olmedo Llorente Francisco, “*PSICOLOGÍA, COLECCIÓN L.N.S*”. Editorial Don Bosco, Cuenca-Ecuador, 1955.

Pierre Daco, “*TU PERSONALIDAD, ENCICLOPEDIA DE PSICOLOGÍA PRÁCTICA, BIBLIOTECA PRÁCTICA*”. Editorial Daimon, Tercera Edición, Barcelona-España, 1973.

Recasens Siches Luis, “*INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*”. Editorial Porrúa, México D.F.- México, 2000.

Urrea Portillo Javier. “*TRATADO DE PSICOLOGÍA*”. Editorial S. XXI, Madrid-España, 2009.

Entrevistas.

Entrevista realiza al Doctor. René Jacobo Recalde; en la Ciudad de Quito el 14 de marzo del año 2011.

Artículos en internet.

Definición de Odio, Word Reference Online.

Disponible en: <http://www.wordreference.com/definicion/odio>.

Definición de Odio. Definiciones ABC, 23 de Agosto de 2010.

Disponible en: <http://www.definicionabc.com/general/odio.php>.

Definición de Odio. Diccionarios Online.

Disponible en: <http://www.diccionarios-online.com.ar/psy/Odio.html>.

Ambos Kai, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, *100 AÑOS DE LA “TEORÍA DEL DELITO”* de Beling.

Disponible en: www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/.../1-37-2008-04-25.html.

Autodeterminación y secesión en Derecho constitucional». El informe, adoptado en la reunión celebrada en Venecia los días 10 y 11 de diciembre de 1999, se publicó en Estrasburgo el 12 de enero de 2000 y está disponible en la página web de la Comisión en inglés y francés.

Bustos Ramírez, Juan. *PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO*, Jurisprudencias.com - Portal del Derecho Penal.

Disponible en: <http://www.jurimprudencias.com>.

Caño, Javier; “*NACIONALISMO, AUTODETERMINACIÓN E INDEPENDENCIA*”.

Disponible en: <http://www.gazteabertzaleak.org/fitxategiak/canoerd.pdf>.

Caso relativo al Sáhara Occidental, opinión consultiva de 16 de octubre de 1975. *RESÚMENES DE LOS FALLOS, OPINIONES CONSULTIVAS Y PROVIDENCIAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 1948-1991*, pág. 146 y siguientes.

Disponible en: <http://www.dipublico.com.ar/cij.html>.

Compilación de Críticas a los Delitos de Odio. A compilation of critiques on Hate Crimes Legislation, disponible en: <http://www.blackandpink.org/revolt/a-compilation-of-critiques-on-hate-crimes-legislation/> / 01 de abril de 2011.

Guerrero Gabriela, Lara Israel, “*CRÍMENES O DELITOS DE ODIO Y EL POR QUÉ DE SU NECESARIA INCLUSIÓN EN LA TIPIFICACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN*”, Venezuela, 08 de Agosto de 2009, disponible en:

http://insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1866:venezuela-crimes-o-delitos-de-odio-y-el-por-que-de-su-necesaria-inclusion-en-la-tipificacion-de-nuestra-legislacion&catid=3:notas&Itemid=3

Hate Crimes - Critique Of Bias Crimes. Disponible en:

<http://law.jrank.org/pages/1316/Hate-Crimes-Critique-bias-crimes.html>, 01 de abril de 2011.

Hate Crime - Do Hate-crime Laws Restrict First Amendment Rights? - Critics, Criminal, Person, Conduct, Acts, and Motive.

Disponible en: <http://law.jrank.org/pages/7289/Hate-Crime-DO-HATE-CRIME-LAWS-RESTRICT-FIRST-AMENDMENT-RIGHTS.html#ixzz1ILuow1hp>

Ibarra Esteban, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio No. 1, disponible en:

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp

Ibarra Esteban, Presidente Movimiento contra la Intolerancia, Cuaderno delito de Odio. CUADERNO No.11, (P. 06-07), disponible en:

http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis3.asp.

La revista de la Asociación para las Naciones Unidas en España, revista No. 41, diciembre 2010, Barcelona –España. Disponible en: <http://www.anue.org/revista/revista41.pdf>.

Louis-Léon Christians, *Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso*. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena), Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. V.11 -80044 (S), página 3, disponible en:

http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf.

Modarelli, Alejandro, “CADÁVERES IMPRUDENTES”, Buenos Aires- Argentina, 25 de abril de 2008.

MORANT VIDAL, J, “*EL DELITO IMPRUDENTE EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO*”, Noticias Jurídicas, Enero 2003, pág. 01, disponible en el sitio web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200301-185512810105673111.html>.

Orias Ramiro, *Ley contra el racismo y libertad de expresión: Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la CIDH*, disponible en: <http://www.democraciaactiva.org/wp-content/uploads/2010/12/Ley-contra-el-racismo-y-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf>.

Orunesu Claudina, Rodríguez Jorge, Sucar Germán, “*INCONSTITUCIONALIDAD Y DEROGACIÓN*”. Disponible en:

http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/rodrigue.pdf.

Recomendación general N° XXI relativa al derecho a la libre determinación». Recogida en el documento de Naciones Unidas Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, pág. 245 a 247.

Disponible en: <http://servindi.org/pdf/ObservacionesyRecomendacionesGenerales.pdf>

Reportaje Diario Expreso; titulado: “*SUBJETIVIDAD JUZGARÍA DELITOS DE ODIO*” disponible en <http://www.diario-expreso.com/ediciones/2009/07/10/judicial/subjetividad-juzgaria-delitos-de-odio/default.asp?fecha=2009/07/10> , de fecha 01 de abril de 2011.

Reportaje de noticias de Ecuador Inmediato titulado “Sandra Correa denuncia por delito de odio al programa "La Televisión", disponible en:

http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=144211&umt=SandraCorreadenunciapordelitodeodioalprograma%22LaTelevisi%C3%B3n%22

Reportaje sobre las preguntas frecuentes sobre delitos de odio de “TOLERANCE AND NON-DISCRIMINATION INFORMATION SYSTEM -TANDIS-”, “*FREQUENTLY ASKED QUESTIONS FOR CIVIL SOCIETY ABOUT THE ODIHR’S HATE CRIME REPORT*”, disponible en:

http://tandis.odihr.pl/content/documents/hcr2009_cs_subm_en.pdf

The Right to Self Determination: Implementation of United Nations Resolution.

Disponible en:

<http://www.unhcr.org/refworld/type,RESOLUTION,,MAR,3b00f0d420,0.html>

Zaffaroni Eugenio Raúl, Los Delitos de Odio, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Gaceta Argentina, Martes 21 de Agosto de 2007.

Disponible en:

http://www.lagaceta.com.ar/vernota.asp?id_seccion=120&id_nota=231632

Revistas.

Andrew E. Taslitz, Condemning the Racist Personality: Why the Critics of Hate Crimes Legislation Are Wrong, BOSTON COLLEGE LAW REVIEW, VOLUME 40. 01 DE MAYO DE 1999.

JOSCHIM HIRSCH, Hans: “*ACERCA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA*”. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 9.

Schünemann, *INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO SISTEMÁTICO EN DERECHO PENAL “EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL: CUESTIONES FUNDAMENTALES, INTRODUCCIÓN, TRADUCCIÓN Y NOTAS DE SILVA SÁNCHEZ”*, 1991.

Vélez Fernández Giovanna F, “*LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS A PARTIR DE LAS CONCEPCIONES FUNCIONALISTAS DEROXIN Y JAKOBS*”.

Legislación.

Constitución de la República del Ecuador.

Código Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales, actualizado a Abril de 2011.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN.

Esteban José Naranjo Bastidas, portador de la Cédula de Ciudadanía No. 171208084-3, autor del trabajo de graduación intitulado: “EL DELITO DE ODIOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA** de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar al SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 6 de Octubre del 2011.

Esteban José Naranjo Bastidas.
C.C: 171208084-3