

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

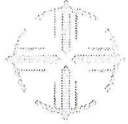
DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO

TEMA: “El delito de odio y terrorismo a la luz de la
Dogmática Penal en relación con su tipicidad”.

Elhías De La Torre

Dr. Santiago Acurio

QUITO, 2018



Quito, 21 de septiembre de 2017

Señor Doctor
Iñigo Salvador
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.

De mis consideraciones

Por medio de la presente remito a usted, señor Decano, el informe cualitativo de la Disertación asignada para su análisis correspondiente, intitulada "EL DELITO DE ODIOS Y TERRORISMO A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA PENAL EN RELACIÓN CON SU TIPICIDAD", elaborada por el estudiante ELHIAS DANIEL DE LA TORRE GUZMÁN, dentro del trámite de titulación y previo a la obtención del título de Abogado; informe que se encuentra contenido en los siguientes puntos:

I

Luego de la revisión del contenido de la disertación presentada, el estudiante, en su Capítulo Primero, en 54 páginas hace un recuento de la dogmática penal referente a la evolución de la teoría del delito, la evolución del tipo penal, los elementos objetivos y subjetivos del tipo, verbos rectores; esto es, un recuento de la cátedra de Teoría del Delito, misma que se dicta dentro del claustro universitario; para dentro del mismo Capítulo proceder con un análisis somero de los elementos constitutivos de los delitos de odio y terrorismo, mismos que, se estudian en la clase de Delitos en Particular en las aulas universitarias; por lo que no existe aporte novedoso por parte del autor.

En el Segundo Capítulo, mismo que no posee nombre alguno que defina en conjunto a dicho Capítulo, en general el autor efectúa un análisis histórico a partir de los proyectos de ley, hasta la inclusión de los delitos de odio y de terrorismo dentro del Código Orgánico Integral Penal, para posteriormente realizar un análisis de los delitos antes indicados (Derecho Penal Sustantivo); desde el punto de vista de los principios del proceso penal constantes del Art.- 5 del COIP (Derecho Penal Adjetivo)

El Capítulo Tercero, pretende un análisis de la "Relación procesal penal existente con tipos defectuosos con pluralidad de núcleos"; esto es, que mientras el título de la Disertación es "EL DELITO DE ODIOS Y TERRORISMO A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA PENAL EN RELACIÓN CON SU TIPICIDAD", por el cual se debería buscar un análisis dogmático de los delitos de terrorismo y odio, sin embargo de ello, como se ha indicado en el párrafo anterior, el estudiante llega en este tercer Capítulo a máximas tales como:

"...Lo que se trata de plantear en la presente tesis es establecer, que existe dentro de estos delitos la existencia de dos procesos (SIC), que afectaran (SIC) el derecho de los procesados, procesos que serán definidos por el buen entender y conocimiento del juzgador, fiscal y víctima..." (Ver pág. 152)

Recibido 25/09/2017

Llegando a Conclusiones tales como:

“Procesalmente el delito de odio y terrorismo no goza de un sustento, que permita objetivamente proseguir con la consecución de un procesos (SIC), impidiendo el ejercicio fiscal y por parte del juez, ya que imposibilita que exista motivación en resolución de que puedan realizar tanto un juez como un fiscal...” (Ver pág. 198)

Siendo que el estudiante no tiene claro que el proceso penal, conforme consta del libro II del COIP, es uno solo, por lo que tal falta de conocimiento en el ámbito en que desarrolla su disertación, sumada al hecho de la enorme cantidad de faltas ortográficas, se convierte en una verdadera preocupación al momento de considerar que se trata de un trabajo de investigación previo a la obtención de un título profesional de tercer nivel.

Por lo indicado, considero que la calificación de la presente disertación corresponde a SIETE (7,0) PUNTOS SOBRE DIEZ.

Habiendo dado cumplimiento a lo solicitado me despido, señor Decano, reiterándole mi consideración y estima.

Atentamente,



Dr. Márcell Chávez Q., MSc.
PROFESOR INFORMANTE

Quito, 24 de julio del 2017

Señor Doctor
Iñigo Salvador Crespo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mis consideraciones:

En relación al oficio No. 072-SJG-2017 de 5 de julio del 2017, por medio del cual se me designa como profesora informante del trabajado académico titulado "*El delito de odio y terrorismo a la luz de la Dogmática Penal en relación con su tipicidad*", elaborado por el señor estudiante **ELHÍAS DANIEL DE LA TORRE GUZMÁN**; me permito emitir el siguiente informe:

1.- ASPECTO CUALITATIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Revisado como ha sido el trabajo investigativo, salta a la vista una preocupación válida de su autor, que se vincula básicamente con la estructura tipológica de los delitos de odio y de terrorismo contenidos en el Código Orgánico Integral Penal, los que a su criterio, no logran delimitar de forma adecuada las conductas prohibidas, por tanto, dificultan la práctica de la prueba de los hechos que podrían, en tal caso, subsumirse en los preceptos creados por la Asamblea Nacional.

Si bien tan solo desde la página 86 se desarrolla de manera puntual la subjetividad de las figuras y se demuestra la hipótesis contenida en la oferta académica, cabe decirse que en conjunto, es un trabajo meritorio y que ha partido de un análisis suficientemente contrastado, de lo que implica el elemento subjetivo de cualquier estructura delictiva.

Hago notar que el primer capítulo, delimitado como "*Dogmática Penal*", analiza todo lo referente a la teoría del delito, con énfasis en el elemento de la tipicidad y todos sus subelementos, existiendo un claro énfasis en la conformación de la esfera subjetiva de las dos conductas típicas estudiadas.

En el capítulo segundo se desarrolla lo concerniente a los tipos penales que el autor llama "*defectuosos*", partiendo de lo que refiere es la "*pluralidad de núcleos*"; para luego,



A handwritten signature in black ink, appearing to be "A".

quizá de una forma poco ordenada, proceder al examen de las redacciones de los delitos de odio y terrorismo en los varios proyectos del Código Orgánico Integral Penal, hasta llegar a un desarrollo, aunque no compartido, de las varias formas de interpretación de las leyes.

Finalmente en el tercer capítulo, nos expone su legítima preocupación, que surge de la confrontación de la norma penal con los hechos y la consecuente dificultad probatoria ante la construcción muy poco meditada y prolija de conductas prohibidas. Este capítulo, termina con el registro de tipos penales defectuosos con pluralidad de núcleos en el Derecho Comparado, temática que bien pudo ser expuesta, ora en la parte final del capítulo segundo, ora formar parte de otro tema subordinante.

Aunque el esquema hasta aquí expuesto está bien trabajado, es mi obligación hacer ciertas puntualizaciones, en lo que tiene que ver situaciones que podrían prestarse a equívocos, como por ejemplo:

a) Por decisión del señor estudiante se ha insertado en la primera parte de su disertación al plan de investigación previo. En este plan de trabajo, se observan sendas incongruencias teóricas y metodológicas:

- Por ejemplo, se podría pensar que los delitos se deben conformar por un solo núcleo y tutelar un único bien jurídico. Esto no es así, ya que tenemos figuras penales con varios verbos rectores y además, delitos complejos, que justamente son tuitivos de más de un bien relevante.
- Del mismo modo, se confunde la figura del sujeto pasivo de la infracción, con el elemento subjetivo doloso o culposo.
- Cuando el alumno se refiere a la teoría de los paratipos penales, los denomina como "para tipo", y más allá de ese error formal, no logra aprehender su definición de forma exacta, mucho menos se refiere a su gestor.
- Cuando desarrolla una postura de Derecho Penal que se legitima en y por la protección de bienes jurídicos, al menos debió considerar como insumo mínimo, a la postura expuesta por el profesor Claus Roxin y su funcionalismo moderado.
- Cuando expone lo concerniente al principio de legalidad, olvida consultar a quien lo acuñó y desarrolló en el plano estrictamente jurídico: Paul Anselm von Feuerbach.
- En el marco metodológico no emplea ninguno de los métodos propios de la ciencia jurídica: exegético, dogmático e histórico-sociológico. Solo se refiere a la inducción y deducción, lo cual dista de un planteamiento serio, al menos dentro de la producción de la teoría del conocimiento jurídico-penal.

b) En la Introducción constante en las páginas 29-39, el autor de la disertación se refiere en las primeras páginas a varios penalistas (E. R. Zaffaroni y Bacigalupo), pero no coloca la fuente de referencia; además, vuelve a repetir el error de su plan, al hablar del Derecho Penal que se habilita para la protección del orden jurídico, sin hacer mención a la escuela del funcionalismo. Por otro lado, en la página 32, dice "(...) *los bienes jurídicos, se encuentran relacionados a una situación de disponibilidad (...)*" particular que no debió ser colocado como una afirmación, dado que existen sendos debates acerca por ejemplo, de la disponibilidad o no de bienes jurídicos como la vida, la integridad personal y la libertad sexual.

En esta misma página, señala "*El verbo rector, es el centro en el cual, gira el tipo penal, ya que es la descripción gramatical de la conducta, que va a lesionar a un bien jurídico protegido*". Parece ser el investigador olvida que existen también los delitos de peligro o los de mera actividad, en los cuales no es necesaria la constatación de la efectiva lesión del objeto jurídico dotado de protección penal. Esta misma aclaración la hago en torno al criterio del alumno contenido en el último párrafo de la página 34.

En el primer párrafo de la página 33, hace referencia a la doctrina del "*tipo penal compuesto*", pero como ocurre en gran parte de sus afirmaciones, no existe referencia bibliográfica que permita verificar sus aseveraciones. Exactamente lo mismo acontece en el segundo párrafo, en donde trata de relatar dos posturas doctrinarias, de las cuales no es factible hacer ningún cotejo.

c) Dentro del primer capítulo, al iniciar la página 47, era inevitable que el autor, al hablar de la teoría del error, se remita a lo ocurrido con el veto presidencial al Código Orgánico Integral Penal, aspecto que no lo menciona, ni a manera de ejemplo siquiera.

d) Acerca de la afirmación de la página 63, que reza: "*Al establecer más de un bien jurídico dentro de un tipo penal, se estaría vulnerando este carácter sistémico del tipo penal*", me reservo mi derecho a solicitar ciertas aclaraciones en el curso de la defensa oral, así como acerca de la afirmación del cuarto párrafo de la página 65, en donde el alumno sostiene que el tipo penal del artículo 366 del COIP, está conformado por seis bienes jurídicos protegidos, para lo cual desde ya sugiero el discente revise la forma por medio de la cual se delimitan los bienes jurídicos y cómo se los hace constar en cualquier Código Penal.

e) En la página 79, precisa que "*El delito de odio goza de dos verbos rectores*". Por demás está decir que un delito no goza sino se construye por medios de verbos rectores y en ciertos casos, de circunstancias complementarias.



f) Acerca de los tipos penales incompletos y su división en tipologías en blanco y abiertas, el señor De la Torre en la página 94, los confunde de manera por demás preocupante: invierte sus definiciones y además, no coloca ninguna referencia bibliográfica que avale en tal caso, su particular conceptualización. Bien pudo consultar la vasta jurisprudencia por ejemplo del Tribunal Constitucional español, para lograr deducir la constitucionalidad de los tipos en blanco, siempre y cuando se respeten ciertos requisitos.

g) En la página 112, dice *"Ya se ha visto los escasos casos de delito de odio y terrorismo, en el Ecuador, los cuales serán analizados en apartados posteriores"*. Importante dejar en claro que los delitos de odio y el terrorismo son dos figuras típicas diferentes y, en el último caso, más bien han proliferado una cantidad de conductas que, lesionando el principio de subsunción, para nuestros órganos de administración de justicia se corresponden al terrorismo. En el desarrollo casuístico que en las páginas siguientes hace el alumno, se olvida por ejemplo el emblemático caso de Francisco Endara Daza, condenado como terrorista, por aplaudir el 30-S.

h) En el acápite 2.3.1 (pp. 113 y 114) es un error no partir de las explicaciones del principio de legalidad desde las normas de nuestra Constitución. Esto hace que el alumno no pueda diferenciar entre el derecho fundamental y su expresión mediante la reserva de ley.

i) En la página 115, cuando el autor de la disertación comienza a explicar la temática de la interpretación legal (que es en la que mayores reparos encuentro), de forma textual señala: *"El Código Civil, el cual es vinculante en materia penal"*. Acerca de esto, se pedirá las debidas aclaraciones en el curso de la defensa oral del trabajo académico, más aún porque en la página 116 es evidente que el discente no tiene claridad acerca de los principios que rigen al Derecho Público y al Derecho Privado.

j) Es menester que me refiera también a las varias afirmaciones del señor Ehlías Daniel De la Torre que se registran especialmente en la página 123, en especial porque al parecer, no tiene aprehendido el hecho de que los tratados internacionales, debidamente suscritos y ratificados por el Ecuador, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque el estudiante intenta demostrar que no se deben tipificar conductas que no responden a nuestra realidad social, no está por demás llevarlo a la reflexión de que en ocasiones, hay compromisos asumidos por nuestro país, que justamente tienen que ver con la penalización de ciertas acciones u omisiones que, en el contexto de la comunidad internacional, deben ser debidamente contenidas.

k) Ya en el capítulo 3, en la página 146, el autor señala que la Fiscalía es un órgano "colegiado", lo cual no estimo sea adecuado. De todos modos se le pedirá las debidas aclaraciones en el curso de su defensa oral. También se le pedirán ciertas precisiones acerca de sus afirmaciones constantes en la página 149, en la que no logra explicar de manera adecuada la forma en la cual se construyen los tipos penales de lesiones.

l) En la página 151, sugiere que si verifica un nuevo tipo penal en un mismo *íter criminis*, se deberá seguir un nuevo proceso. Ante esto, sugiero que el discente revise el contenido del artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal y en general, todo lo relativo a la concurrencia de infracciones. En adición, tomando lo registrado en la página 152, el autor deberá revisar lo concerniente al delito medio y al delito fin de una misma trama delictiva, para lograr determinar cuál será la consecuencia en la habilitación de la pena.

m) Avanzando en el desarrollo del capítulo tercero, en la página 160, el señor De la Torre afirma que las pruebas se actuarán ante el respectivo juez de garantías penales, lo que no es correcto. Las pruebas de cargo y descargo en el ámbito penal, en el caso de los delitos de acción pública, se actúan solamente ante el Tribunal de Garantías Penales.

n) Para finalizar, es mi obligación tomar el siguiente texto constante en la página 164: "El fiscal cumple con cuatro actos procesales dentro de un proceso penal estos son el archivo de la causa, la formulación de cargos, el dictamen abstentivo y su dictamen acusatorio".

Es de advertir que para empezar, las funciones de la Fiscalía General del Estado están básicamente descritas en el artículo 195 de la Constitución, de ahí que no se puede pasar por alto que este órgano autónomo es ante todo de investigación (preprocesal y procesal) y de hallar mérito, de acusación. Por otro lado, no es correcto que se afirme que el fiscal "archiva" las causas, dado que esa es función única del juez de garantías penales, a pedido del Fiscal, que al fin de cuentas desestimaré en esencia, el contenido de una *notitia criminis*.

A pesar de todas y cada una de las observaciones contenidas en los literales precedentes, cabe resaltar el interesante aporte que supone la disertación del alumno al debate serio del Derecho Penal.

2.- ASPECTO METODOLÓGICO: ERRORES DE FORMA EN EL MANEJO DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

En lo que atañe a los aspectos metodológicos-formales que debieron observarse en el trabajo académico, debo indicar que se constatan muchas y variadas falencias.

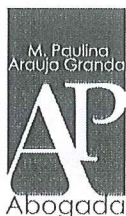
- La delimitación del título se la coloca en singular, queriendo demostrar quizá que el delito de odio y terrorismo son una sola figura, cuando a lo largo de toda la disertación se deja en claro, como efectivamente acontece en la norma, son dos tipos penales diversos y cada uno con sus diferentes elementos constitutivos.

- Las faltas ortográficas son una constante en la disertación y en ocasiones demuestran no se hizo una revisión final lo suficientemente prolija. Por ejemplo, no se tildan ciertas palabras: “enseñó” en la parte de la dedicatoria y la palabra “fáctica” en la página 6. Todas las conjugaciones verbales en pasado de la página 45, no están tildadas. Otra falta bastante chocante se encuentra en la página 33, en donde coloca “a catalogado”. En la página 42, por varias ocasiones cita a “Von Lizts”, cuando lo adecuado es Franz von Liszt. En la 44, cuando intenta esbozar las ideas del finalismo, cita a “Hans Welzer”, cuando lo apropiado es Hans Welzel.

No tilda la palabra “determinó” en el último párrafo de la página 87, tampoco las palabras “originó”, “mencionó”, “trató” ni “planteó” de la página 88. Al inicio de la página 90, en donde coloca “aparición”, debe decir “aparecieron”. En la página 94, en lugar de colocar al tipo penal en “blanco”, lo llama “en blando”. En la 95, no tilda las palabras “género” ni “mencionó”. En la página 106, no tilda las palabras “Código Orgánico”.

En la página 108, consta la siguiente frase “*cuando estas esten armadas, ha diferencias de los anteriores informes (...)*” la que, a pesar de ser una sola línea, presenta al menos tres faltas ortográficas. La página 130, en el primer párrafo del acápite de la interpretación por medio de principios de “derecho universal”, se coloca la palabra “atreves” en vez de “a través”. En la página 160, en lugar de colocar la palabra “sobreseer”, coloca “sobreseir”. En la página 165, se coloca toscamente la letra “h” en la frase “lo cual ha mi manera” y, en la página 174, consta la siguiente oración incomprensible “*Para mayor comprensión del lector estableceremos detallaremos el desarrollo (...)*”. Al inicio de la página 181, en donde coloca “resulte” debe decir “resuelto” y en donde tipea “alza”, se debió colocar “alzada”

- Por otra parte, debo decir que si bien el señor De la Torre Guzmán ha optado por el esquema de citas americano o APA (cita dentro del propio párrafo) no lo usa de forma uniforme ni correcta. En ocasiones, coloca solamente el apellido del autor y el año de la publicación, más no el número de la página. Solo por citar algunos ejemplos, pido remitirse a las páginas: 29, 30, 31, 32, 33, 34, 37, 41, 53, 54, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 70, 73, 74, 76, 78, 81, 82, 85, 92, 95, 97, 117, 121, 122, 153, 155, 158, 163, 170 y 179. Todas estas páginas pueden ser contrastadas con citas correctas, que se encuentran *verbi*



gratia, en las páginas 40, 51 (tercer párrafo), 92 (salvo por las mayúsculas que usa para resaltar todo el título de la obra) 98 y 131.

- También se refiere a autores, pero no coloca su referencia. Véase así las páginas: 35, 37, 41, 43: acerca de la obra de von Beling, que bien la pudo obtener online en formato PDF gratuito) además las páginas: 44, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60: habla de ciertos "detractores" sin referencia ni conexión verificable. Errores de este tipo también constan en las páginas 61, 74, 80, 81, 108, 109, 111, 117, 121 y 142.

- Hace un mal empleo de las citas de segunda mano, tanto para verificar premisas centrales, como en la forma de la referencia o nota. Véase por ejemplo las páginas 42 y 43, en las cuales dice citar a von Liszt, pero coloca la referencia de Zaffaroni; así ocurre también en la página 49, cuando pretende citar textualmente las palabras de Julián Marias Aguilera, pero la nota de remisión es de Montraveta, de quien, dicho sea de paso, cita inapropiadamente el título de la obra (todo en mayúsculas). En la página 61, se refiere a Bustos Ramírez, pero la cita es de Zaffaroni. En la página 70, hace relación al criterio de Israel Trujillo Márquez, pero su nota de referencia es de Buenestado Barroso.

En la página 81 enuncia el criterio de Raúl Plascencia Villanueva y la referencia es del Código Ingenios y la Ley de Mercado de Valores. En la página 117, hace mención a Jorge "Machicado", más la cita es de García.

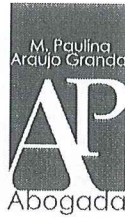
Por último hay una gran cantidad de párrafos que no tiene cita de referencia, lo cual el alumno bien sabe se reputará como de su autoría, *ergo*, eventualmente se someterá a la verificación de respeto o no a los derechos de autor. Ver las páginas: 35, 36, 41, 52, 71, 72, 75, 100, 115 (habla de los juristas de manera general), 152, 154 y 161.

3.- RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La disertación de abogacía presentada se consolida en un trabajo interesante y muy valioso en lo que respecta a su aporte para la reflexión de varias figuras delictivas; lamentablemente, los defectos de forma y el pésimo uso de las reglas ortográficas, merman la comunicación adecuada de las ideas.

4.- BIBLIOGRAFÍA REVISADA

Los insumos bibliográficos empleados reflejan un revisión bastante aceptable y se muestran coincidentes con la mayor parte de premisas presentadas por el investigador.



5.- CALIFICACIÓN

Por todo lo aquí contenido, califico el trabajo de disertación con la nota de **7/10**, reservándome el derecho de requerir al estudiante en el curso de la correspondiente defensa oral, aclarar conceptos fundamentales de la teoría del delito, así como de técnica legislativa en la creación de conductas punibles.

Aprovecho señor Decano la oportunidad para expresarle mis sentimientos de consideración y respeto.

Muy Atentamente,



M. Paulina Araujo Granda, PhD ©
DOCENTE DEL ÁREA PENAL

DEDICATORIA

Este trabajo de tesis va dedicado a mi padre, uno de los pocos hombres en el mundo el cual me enseñó, la importancia que tienen el conocimiento, pero aún más importante a ello es la forma en que el mismo se aplica.

Resumen:

La presente tesis tiene como finalidad el estudio del delito de odio y terrorismo en relación con su característica constitutiva de tipicidad, objeto de estudio, que nace a raíz de las manifestaciones atípicas, que los dos delitos en referencias poseen, ya que ambos delitos poseen dentro de su estructura más de un bien jurídico y un verbo rector, elementos los cuales logran interconectarse a través de un elemento subjetivo de extrema ambigüedad provocando que los delitos en referencias posean más de un núcleo. Producto de la hipótesis en referencia los delitos en cuestión gozan de nuevas características las cuales desembocan en problemas debido a la ambigüedad de las mismas, dificultando el trabajo de interpretación de los delitos en referencia y del mismo modo dificultando la comprobación dentro de un proceso de los ya mencionados elementos subjetivos conectores de bienes y acciones.

Abstranct:

This thesis purpose is to study the figure of “Hate Crimes and Terrorism” in relation to its constitutive characteristics of criminality and its object of study. This kind of acts born to life as atypical manifestations. The two kind of crimes have a complex structure. Both emerge from legal goods and the have to be shaped to the governing verb. The elements that manage this behaviors interconnect through a subjective element of extreme ambiguity provoking that the crimes in references have more than one nucleus. As a result of the hypothesis in question, the crimes in question enjoy new characteristics which lead to problems due to their ambiguity. This provoques miss interpretation and shows difficulties at the time to make a legal analysis of the crimes in question because it's almost impossible to verify the action when it obeys to an individual analysis that has to consider mainly subjective elements as connectors of goods and positive actions.

Contenido

Introducción.....	9
Capítulo I Tipicidad delito de odio y terrorismo.....	17
1 Dogmática penal.....	17
1.1 Evolución de la Teoría del Delito.....	18
1.1.1 Nacimiento de la Teoría del delito.....	19
1.1.1.1 Teoría del tipo Beling.....	20
1.1.1.2 Teoría del tipo complejo y finalismo.....	21
1.1.2 Tipo sistemático, tipo de garantía y tipo para el error.....	22
1.1.2.1 Tipo sistemático.....	22
1.2 Evolución del tipo penal.....	24
1.2.1 Teoría neokantiana.....	25
1.2.2 Aportes de Mayer a la teoría del tipo penal.....	27
1.2.3 Teoría del tipo complejo y finalista.....	28
1.3 Tipo objetivo y subjetivo.....	30
1.3.1 Tipo Objetivo.....	31
1.3.2 Tipo subjetivo.....	33
1.3.2.1 Dolo.....	33
1.3.2.1.1 Aspecto cognitivo.....	34
1.3.2.1.2 Aspecto conativo del dolo.....	35
1.3.2.2 Culpa.....	35
1.3.3 Elemento subjetivo, normativo y descriptivo.....	36
1.3.3.1 Evolución doctrinaria del bien jurídico.....	37
1.3.3.1.1 Teoría del bien jurídico como relación de disponibilidad.....	39
1.4 Medios Comisivos.....	48
1.5 Delitos pluriofensivos.....	49
1.6 Verbo rector.....	¡Error! Marcador no definido.
1.6.1 Verbo rector simple y circunstanciado (doctrina de Alfonso Zambrano Pasquel, Reyes Echandía).....	51
1.6.1.1 Verbos rectores simples y compuestos.....	53
1.6.1.1.1 Hipótesis simple.....	53
1.6.1.1.2 Hipótesis múltiple o pluralidad de hipótesis.....	54
1.6.1.1.2.1 Figuras mixtas acumulativas.....	54
1.6.1.1.2.2 Figuras mixtas alternativas.....	54
1.6.2 Verbo rector en el delito de odio y terrorismo.....	55

1.6.2.1 Delito de odio	55
1.6.2.1.1 Análisis en razón de las clasificaciones antes mencionadas	58
1.6.2.2 Delito de terrorismo	57
1.7 Elementos normativos subjetivos, normativos y descriptivos	58
1.7.1 Elementos normativos	59
1.7.2 Elemento subjetivo	59
1.7.3 Elementos descriptivos	60
1.8 Análisis en relación al objeto de estudio delito de odio	61
1.8.1 Elementos normativos y descriptivos:	61
1.8.2 Elementos subjetivo: odio	61
1.8.2.1 Análisis en relación con el objeto de estudio delito de terrorismo	61
1.8.2.2 Elementos normativos: persona	62
1.8.3 Elementos subjetivos:	62
1.9 Análisis de los elementos subjetivos de odio y terrorismo.	62
1.9.1 Análisis de odio y terror	64
1.10 Análisis de la subjetividad del delito de odio y terrorismo a la luz de las definiciones de la Real Academia de la Lengua y su transcripción en el COIP	64
1.11 El odio y el temor como elementos conectores para la existencia de delitos con varios bienes jurídicos y verbos rectores	67
1.12 Del Concurso Aparente de Leyes en el Delito de odio y Terrorismo	68
1.13 Concurso de delitos	69
1.14 Teoría del Error	72
1.15 Clases de Tipos penales	76
Capítulo II Interpretación del Tipo Penal de odio y terrorismo y sus consecuencias en los principios rectores en el Derecho Penal	79
2.1 Determinación de la incidencia de los tipos defectuoso con pluralidad de núcleos, en materia de derechos y garantías	80
2.2 Análisis del concepto de odio y terrorismo en relación a su elemento subjetivo según las actas legislativas del mismo tipo penal.	83
2.2.1 Delito de Odio	83
2.2.1.1 Primer Proyecto de la Comisión de Justicia	84
2.2.1.2 Segundo Proyecto de la Asamblea Nacional	85
2.2.1.3 Proyecto del Presidente	84
2.2.1.4 Actual tipificación del delito de odio	86
2.2.2 Delito de terrorismo	87
2.2.2.1 Primer Proyecto de la Comisión de Justicia	87
2.2.2.2 Segundo Proyecto de la Asamblea Nacional	89
2.2.2.3 Proyecto del Ejecutivo	87
2.2.2.4 Actual tipificación del delito de terrorismo	89

2.2.3 Intervenciones de los Asambleístas en el proceso de tipificación del delito de terrorismo	90
2.2.3.1 Técnica legislativa utilizada dentro de la tipificación del delito de odio y terrorismo	91
2.3 Análisis del delito de terrorismo y odio, en relación con los principios contenidos en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal.	94
2.3.1 Principio de Legalidad	94
2.3.1.1 Principio de legalidad en la Constitución	94
2.3.1.2 Principio de legalidad en el COIP	95
2.3.2 Principio de Favorabilidad	97
2.4 Interpretación del delito de odio y terrorismo.	98
2.4.1 Contexto del surgimiento del delito de odio y terrorismo.	98
2.4.2 Interpretación del delito de odio y terrorismo	104
2.4.2.1 Interpretación acorde a la Constitución de la República y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos	104
2.4.2.1.1 Derecho a la libertad	105
2.4.2.1.2 Derecho a un proceso definido	107
2.4.2.1.3 Derecho a la igualdad y paz social	109
2.4.2.3 Interpretación conforme analogía	111
2.4.3.4 Interpretación doctrinaria	113
2.4.3.4.1 Interpretación teleológica	114
2.4.3.4.2 Interpretación extensiva y restrictiva	116
Capítulo III El delito de odio y terrorismo desde un proceso penal	117
3 Relación procesal penal existente con tipos defectuosos con pluralidad de núcleos	117
3.1 Ambigüedad de trámite en el delito de odio	118
3.1.1 Efectos de la ambigüedad de trámite en el actor	120
3.1.1.1 Características especiales en el delito de terrorismo dentro del proceso penal	120
3.1.1.2 De la determinación de la peligrosidad en el delito de terrorismo.	121
3.1.1.3 Teoría del peligro actual e inminente	123
3.2 Capacidad de probar el elemento subjetivo de odio y terror.	125
3.2.1 El odio y terror dentro del proceso probatorio	126
3.2.1.1 Prueba testimonial	129
3.2.1.2 Prueba documental	130
3.2.1.3 Prueba pericial	130
3.3 Determinación de las consecuencias jurídicas de los elementos odio y terror, en relación con el trabajo intelectual del fiscal y el juez, dentro de las respectivas etapas procesales de una acción penal pública	132
3.3.1 Solicitud de Archivo del caso, Formulación de cargos, Dictamen Acusatorio y Abastentivo	132

3.3.2 Auto de llamamiento a Juicio, sobreseimiento y sentencia	135
3.3.2.1 Auto de llamamiento a juicio y sobreseimiento.	135
3.3.3 Prueba direccionada a que todos los actos cometidos son actos de discriminación . 138	
3.4. Analizar los fallos de los jueces penales, para la determinación de la aplicación de tipos penales defectuoso con pluralidad de núcleos (delito de odio y terrorismo), dentro de nuestra realidad fáctica	140
3.4.1 Informe de la Defensoría del Pueblo	143
3.4.2 Exámenes psicológicos	144
3.4.3 Peritajes en relación al tema de odio	145
3.4.4 Prueba testimonial en contra de Michael Arce	145
3.4.5 Sentencia caso Arce vs Encalada	146
3.4.5.1 Sentencia de fecha 24 de julio del 2014	148
3.4.5.1.1 Determinación del verbo rector	150
3.4.5.1.2 Imposibilidad de tener certeza dentro de la causa	152
3.4.5.2 Sentencia de 19 de marzo del 2016	153
3.4.6 Análisis del caso Arce	156
3.5. Delito de odio y terrorismo en legislaciones internacionales	158
3.5.1 Legislaciones internacionales odio	158
3.5.1.2 Legislación Española	158
3.5.2.2 Legislación Estadounidense	159
3.5.2 Legislaciones internacionales terrorismo	160
3.5.2.1 Legislación Española	160
3.5.2.2 Legislación Colombia	161
3.5.2.3 Conclusión	162
Conclusiones	163
Recomendaciones	165
Bibliografía	166

Introducción

Desde la vigencia del actual Código Orgánico Integral Penal el mismo, consta de una gama de tipos penales, que responden dentro de su estructura típica a una pluralidad de bienes jurídicos y verbos rectores, como son el delito de odio, terrorismo, entre otros los mismos que se encuentran, concatenado con un elemento subjetivo de carácter ambiguo; es por tal, que dicha estructura típica, puede traer consecuencias contraproducentes dentro de la aplicación de la norma, tanto a nivel sustancial, como a nivel procesal. Por ende, que la pluralidad de bienes jurídicos, como verbos rectores, producen una suerte de inseguridad jurídica acarreada, en virtud de la mala interpretación, que realizan los jueces para poder determinar el cumplimiento del tipo penal en relación con su elemento subjetivo, violando varios principios penales, procesales penales, tales como es el principio de estricta legalidad, favorabilidad, entre otros.

Es por tal que el presente trabajo, tratará de determinar la naturaleza jurídica, que tienen el delito de odio y terrorismo como delitos abiertos pluriofensivos, Esta incidencia se enmarcará dentro de la realidad penal, sustancial y procesal, a la cual se encuentra sujeta el procesado.

Dentro de los elementos existentes en el tipo penal materia del presente estudio, se encuentra la figura del bien jurídico penalmente protegido. Un elemento determinante, que es entendido por el Dr. Raúl Zaffaroni en su libro “Manual de Derecho penal” (1991), como la figura que protege al individuo frente a las acciones, que puedan tomar los diferentes miembros de la colectividad, entendida dichas acciones, como afectaciones a derechos, que debido a política penal, se consideran de gran trascendencia, que solo pueden ser protegidos por el Derecho Penal. (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, 1991, pág. 389)

Cabe recalcar, que dicha utilidad no es la única, a la cual, se encuentra enmarcada el bien jurídico penalmente protegido. Bacigalupo en su libro “Derecho Penal Parte General” (1999) estableció, que la finalidad, que deben tener los bienes jurídicos, es una suerte de restricción al legislador, que pueda abusar de la imposición de penas, al establecer delitos sin bienes jurídicos. Esta explicación la llega al establecer, que el bien jurídico son interés de la colectividad como la vida, la salud, etc., que la sociedad trata de protegerlos, a través

de la imposición de penas, a las personas, que los trasgredan, es de ahí su carácter limitador. Todas estas alegaciones se encuentran enmarcadas dentro del principio de lesividad, el cual se encuentra plasmado tanto en nuestra Constitución en su artículo 76 numeral tercero y séptimo literal k como en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 numeral uno. Bacigalpo lo estableció como:

“El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con penas las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, es decir para el derecho de dictar leyes penales” (Bacigalupo, Derecho Penal, Parte General, 1999, pág. 43 y 44)

Dentro de la doctrina, referente a la creación del bien jurídico, se ha planteado su naturaleza de diferentes formas. Mariano Kierszenbaum, en análisis de la evolución del bien jurídico, el cual consta en su artículo “El bien jurídico en el Derecho Penal” (2009) establece que desde sus inicios se lo planteó este término, bajo la teoría objetivista, la misma que determina al bien jurídico como un derecho objetivo, esto es, un derecho establecido en la norma. Esta teoría tuvo grandes detractores como Feuerbach, ya que determinaron, que el bien jurídico, es un bien, el cual, se encuentra afectado a través de una acción, de lo que se infiere, que la afectación no solo radica en la violación a la norma, sino a un derecho de una persona en concreto, por lo que la aplicación de la teoría objetiva, quitaba todo carácter subjetivo al delito, comparando su infracción a la de cualquier norma existente en el ordenamiento jurídico. (Mariano Kierszenbaum, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas, 2009, págs. 189-191)

Esta teoría fue remplazada por la que consideraba, al bien jurídico, como un derecho subjetivo. Esta concepción establecida por Oppenheim, Feuerbach, determina que la afectación a un bien jurídico no es en sí, la de una afectación a un interés o bien penalmente relevante para el Derecho, sino un derecho subjetivo, como la vida, la salud, la integridad, etc.

La mencionada doctrina propugnaba, que la protección que establecía el Derecho a través de la imposición de penas dentro de un delito, era el interés de un particular para que se

proteja un derecho, que puede ser afectado por la comunidad, más no intereses sobre bienes en sí mismo.

Esta teoría tuvo varias evoluciones, ya que se debatió la diferencia entre bien jurídico y derecho subjetivo. Entendido al derecho subjetivo, como la capacidad de una persona, de solicitar la tutela de un derecho, y el bien jurídico como un interés de proteger el mencionado derecho; es así que un delito contra los recursos públicos, tiene un bien jurídico, pero no un derecho subjetivo, ya que ningún individuo, es el titular del referido derecho, sino el Estado.

Del mismo modo esta teoría marca una disyuntiva entre la concepción de bien jurídico penalmente protegido, ya que establece dos elementos, que se enmarcan dentro del tipo penal, estos son, el interés de la colectividad de proteger ciertos tipos de derechos, y la facultad de exigir dicha protección. Esta distinción entre términos, es un error, entre el nacimiento y cualidad del bien jurídico protegido, entendido por la teoría subjetivista como bien jurídico, y la potestad del individuo de solicitar su tutela como legitimado en proceso.

Bajo esta premisa, la teoría, que se enmarca de mejor manera dentro de la presente tesis, es la teoría de la disponibilidad del bien jurídico protegido. Dicha teoría establece, que el bien jurídico, es una suerte de disponibilidad de la víctima respecto de su derecho, esto es la capacidad de ejercicio, que tienen la persona de ejercitar un derecho por sí solo, sin el permiso de terceros.

Como se evidencia del párrafo anterior, los bienes jurídicos, se encuentran relacionados a una situación de disponibilidad, que al ser afectada dicha disponibilidad por una acción u omisión, se produce la afectación a un derecho.

Una vez estudiado la naturaleza de bien jurídico penalmente protegido se analizará el verbo rector, que según el Doctor Reyes Echandía es el centro en el cual, gira el tipo penal, ya que es la descripción gramatical de la conducta. Reyes Echandía dentro de su libro Derecho Penal establece al verbo rector como:

“desde el punto de vista gramatical la conducta típica es una oración, su contexto gira en rededor del verbo principal o único que lo gobierna; por eso le llaman “verbo rector” o “núcleo rector del tipo”. (Reyes Echandía A. Derecho Penal, 1990, pág. 105)

El verbo rector juega un papel dominante dentro de la interpretación, que realiza el juez, fiscal o procesado, ya que, de este se determinará la existencia de un delito y su atribuibilidad y por ende la realización de un proceso en contra del infractor. Por lo que, al existir varias acciones unidas por la ambigüedad de un elemento subjetivo, se podría mal interpretar al tipo, lo que provocaría en ciertos casos una clara violación del principio penal, de la estricta legalidad, dejando al procesado a un análisis subjetivo por parte del juez, o del fiscal al momento de dictar un auto de llamamiento a juicio y formular cargos respectivamente.

Un elemento, que es de suma importancia al tratar respecto del verbo rector es su naturaleza, en relación al número de acciones u omisiones que un tipo penal pueda contener. El jurista Reyes Echandía en su libro “Derecho Penal” (1990) ha definido que, dentro de un tipo penal, puede existir una pluralidad de verbos, pero solo un verbo rector, ya que los demás verbos solo lo complementan, pero puede haber el caso, en que exista más de un verbo rector en un tipo penal, al cual, lo ha catalogado como tipo compuesto¹. (Reyes Echandía A. Derecho Penal, 1990, págs. 105-106)

Tanto la pluralidad de verbos rectores como bienes jurídicos penalmente protegidos, se encuentran unidos, por diferentes condicionantes, que permiten la coexistencia de dichos elementos. Estos elementos como el odio, el terrorismo, pueden ser catalogados como elementos normativos, descriptivos o subjetivos. Según el Dr. Raúl Zaffaroni son elementos normativos los destinados:

“para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica” (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, 1991, pág. 375).

Estos elementos se los utiliza para complementar la estructura formal del tipo penal, en relación a la conducta, que se encuentra en ella, la cualidad de los sujetos tanto activo como pasivo, o incluso el objeto material o jurídico del tipo.

Referente al elemento subjetivo, Alfredo Etcheberry, establece, que es un elemento que se encuentra dentro del tipo penal, que cumple la función de descripción de la acción delictiva, esto es explicar de mejor manera el alcance y fin de una acción.

Además de ser un condicionante, que permita subsumir varios verbos rectores dentro de un tipo penal, y una correlación a la afectación al mismo número de bienes jurídicos por

¹ Tipo penal compuesto, aquel tipo, que ampara en proteger más de un bien jurídico protegido y cuyas acciones afectan más de un interés

verbos rectores, pero al ser el odio y el terror elementos subjetivos, los mismos serán definidos según el entender del intérprete de acuerdo a parámetros o pautas fuera del tipo penal.

El último elemento a analizar es el elemento descriptivo, que guarda una estrecha relación con el elemento subjetivo, esto son elementos de comprobación sumamente empírica sin necesidad de una interpretación extensiva.

Estos procesos, se relacionan a juicios de valor, que se encasillan dentro de la esfera cultural o lingüística, que permite completar el sentido del tipo penal, que el estricto formalismo no lo permite. Aunque se sacrificaría en dicho sentido, el carácter formal de la norma, trascendente dentro de la rama Penal, en virtud del principio de estricta legalidad y el principio de prohibición de interpretación extensiva de la norma penal.

¿Es necesario el cumplimiento de un elemento subjetivo para que exista la afectación a un bien jurídico, pero si dicho elemento es de carácter excesivamente impreso no afectaría el principio de legalidad y taxatividad? En teoría se estaría afectando mi derecho a una tutela judicial efectiva, ya que el tipo por el cual voy a ser juzgado, es de imposible conocimiento y defensa de mi persona, así como de impreciso conocimiento por parte de un fiscal y un juez.

Otra consecuencia que provocaría esta premisa es establecer al elemento subjetivo, como un verbo rector y por lo tanto su correlación a un bien jurídico protegido inexistente.

Todos estos elementos antes relatados, provoca la creación de tipos defectuosos, entendidos como aquellos, que en de su estructura típica constan de elementos, que producen una anomalía dentro del delito y por ende provocan efectos diferentes a los de un tipo normal.

Principalmente se encontrar afectados los principios establecidos en el artículo 5 del COIP, legalidad, taxatividad, etc. Cabe recalcar, que existen otros principios tanto sustanciales como procesales, contenidos en la Constitución, que son trascendentes para la determinación de la incidencia de los tipos defectuosos antes expuestos, dentro del ordenamiento jurídico.

Dentro del capítulo segundo, se desarrollará, la incidencia de estos tipos defectuosos dentro del marco de los principios sustanciales del Derecho Penal, centrándonos

específicamente en el principio de estricta legalidad, y la interpretación restrictiva de la ley penal.

El principio de estricta legalidad, podemos constatar dos finalidades:

La finalidad garantista de la protección de los derechos de la colectividad, en el cual, solo los actos tipificados como delitos pueden ser considerados como tales. Dicha finalidad presupone, que el supuesto de hecho contenido en una norma penal como prohibido debe estar escrito de tal manera, en la que resulte claramente inferida su conducta (principio de estricta legalidad). Y segundo, que solo el legislador podrá tipificar delitos, a través de leyes penales, esto se traduce, en el principio de mera legalidad.

Es vital para la presente disertación analizar si dichos tipos defectuosos producen un agravio respecto a estas dos instituciones; relacionado la primera con el principio de seguridad jurídica, esto quiere decir, que la norma goce de un cierto sustento, que evite las subjetividades, que puedan provocar un estado de incertidumbre a la colectividad, principalmente direccionado al considerar que la norma se entienda conocida por todos, por lo cual, es deber del legislador, evitar las ambigüedades en la norma.

El segundo punto a tratar dentro del principio de estricta legalidad, es su fin de prohibir la intromisión de juicios de valor, que provoquen, que se consideren como conductas punibles, actos internos como odio y terror, etc. Actos, que responden a conductas carentes de contenido externo. A que me quiero referir con esto, actos internos como el odio y terror, se mantienen dentro de la esfera interna de la persona, no se exteriorizan dentro del mundo externo, sino que se encuentran en la mente del individuo. Estos actos aunque sean aborrecidos por la sociedad no dejan de ser personales y por ende no violan o afectan a un derecho, sino cuando estos se exterioricen, pero de todas maneras el odio y el terror son de carácter en demasía internos lo cual dificulta la definición de los mismo.

Es así que, la coexistencia de elementos subjetivos, con el fin de dotar de contenido a la conducta prohibida, provocan juicios de valor, que recaen en conductas no punitivas. Sin notar que ésta provoca una interpretación subjetiva por parte de los sujetos procesales en cuestión.

Una vez analizado, el principio de estricta legalidad, así como el principio de seguridad jurídica derivada del estudio del primer principio. Estudiaremos dentro del capítulo segundo el proceso legislativo del delito de odio y terrorismo y procederé a interpretar

los mismos delitos, para que en base a estos poder constatar si aquellos puedan afectar derechos o principios establecidos en nuestra Constitución como en el COIP.

La interpretación de la norma penal ha tomado, diferentes avances a lo largo de la historia, es así que Beccaria, establecía:

“la autoridad de interpretar las leyes penales [no puede] residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores (...) En todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.” (Beccaria C. , De los Delitos y las Penas, 1998, pág. 22).

Como se desprende de la presente cita, la interpretación de la norma penal, debe realizarse acorde al carácter intrínseco de aquella ya que de ésta se debe aplicar su tenor literal. Por lo que ni el juzgador, tiene las facultades del legislador, ni el legislador será quien aplique la norma a un caso concreto. Dicha teoría es aún muy aceptada, dentro de muchas cátedras en las principales Facultades de Derecho del país; claro está que la mencionada tesis ha ido evolucionando a lo largo de la historia, debido al carácter impráctico de la misma.

Como principal detractor de esta teoría, la cual, nos enmarcaremos a analizar dentro de la presente disertación se encuentra Jescheck, quien establece, que para la aplicación de cualquier norma, se necesita de un trabajo interpretativo, para la comprensión de la misma. Esta teoría marca diferentes limitantes al ejercicio de la interpretación, como la distinción entre la interpretación cognoscitiva, establecida, a través de un ejercicio lógico y racional, y la interpretación valorativa, relacionado a sentimientos y mecanismos de carácter subjetivos, que dejan sin contenido a la norma penal.

Dentro de nuestra legislación, se establece diferentes parámetros, para la interpretación de las normas penales, así como su aplicación. Un claro ejemplo de lo antes mencionado, se lo puede constatar, en el principio *in dubio pro reo*, en el que, se aplica la interpretación de la norma penal, que más favorezca al reo, principio recogido dentro del artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal. Otro claro ejemplo de interpretación de la norma penal recogido dentro del mismo cuerpo normativo ya mencionado, se encuentra en el artículo 13, del COIP, que establece, parámetros de interpretación de la norma penal.

Dentro del capítulo final se tratará de determinar la incidencia de los tipos defectuosos planteados por la presente disertación, en relación con los derechos del procesado. Retomando la temática del principio de legalidad de la norma penal, pero esta vez

estudiada, desde la perspectiva procesal penal, entendida como la dificultad probatoria de los elementos odio y terror, vacíos legales en relación al trámite en cuestión, y análisis de jurisprudencia del delito de odio en el Ecuador.

El segundo tema a tratar es la labor de los sujetos procesales al respecto de la aplicación de los tipos defectuosos, principalmente relacionado con la labor probatorio de los elementos odio y terror.

Dentro de la labor del juzgador, como ya se lo analizará en el capítulo segundo, referente a la interpretación de la norma penal, se retomará, el tema de la aplicación de la norma penal, pero esta vez, en relación con nuestra jurisprudencia, analizando los pocos casos de tipos penales defectuosos en relación elemento subjetivo en el COIP.

Al reunir todos estos elementos, que acabo de relatar, se puede llegar a la conclusión, que la creación de esta clase de tipos penales, atenta contra varios derechos tanto objetivos como adjetivos, como es el derecho a la defensa, al debido proceso e incluso principios como la mínima intervención, la estricta legalidad de la norma penal, y la prohibición de interpretación extensiva de la norma penal.

De los antecedentes expuesto, las propuesta de la presente disertación se circunscribe a la eliminación y reestructuración de los elementos odio y terror en el delito de odio y terrorismo. Ya que, debido al carácter subjetivo, del que constan dichos elementos, la única solución es su eliminación, o por último la especificación de sus elementos subjetivos para que así, no atenten a la estructura de la norma penal, sino que gocen de una definición legal y por ende recuperen su carácter descriptivo.

Capítulo I Tipicidad delito de odio y terrorismo

1 Dogmática penal

Dentro de la presente disertación se tomarán en cuenta varios temas relacionados con la doctrina penal, concerniente al elemento típico de un delito, por lo cual, para un mayor desarrollo cronológico e histórico de la presente disertación es imperioso, establecer un contexto en el cual se desarrollará nuestra tesis. Dentro de los temas de la presente disertación se realiza un trabajo científico y sistémico que nos permita entender los diferentes ámbitos tanto teóricos como prácticos del delito de terrorismo y odio, por lo cual, todo lo estudiado entrará a de la metodología de la dogmática penal.

La Dogmática Penal según Berdugo Gómez de la torre es:

“Si, la dogmática jurídico penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal, debemos esperar, elaboraciones jurídicas profundas de los temas de derecho penal” (Berdugo Gomez de la torre, Manual de Derecho Penal Parte General, 1992, pág. 92)

Como se desprende de la presente cita, se puede entender, que la dogmática penal es la disciplina encargada del estudio de los preceptos legales y de las opiniones doctrinarias de diferentes autores, relacionados a temas que profundizan en de la Rama Penal.

La dogmática penal se relación a nivel de símil a una herramienta utilizada por los juristas para el estudio de la norma y de las diferentes opiniones nacidas de éstas, su fin netamente es la investigación. Partiendo de esta concepción se puede puntualizar varios límites dentro de la herramienta bajo la cual, se analizará el objeto del presente estudio.

La dogmática penal no se basa en verdades absolutas, sino en el estudio de normas y de doctrinas, que permiten la elaboración de nuestras propias teorías y premisas respecto del objeto, que vamos a estudiar. Por lo que dentro de la presente investigación indagaremos la naturaleza del tipo penal, desde una manera histórica la cual nos permitirá visualizar las diferentes teorías que definan lo que es el tipo penal, como se compone y la naturaleza de sus elementos para así, poder determinar las falencias, que adolecen los tipos penales de odio y terrorismo.

A manera de un fin axiológico, la dogmática penal, busca, a través de la determinación de conceptos, la seguridad jurídica de los particulares; fin trascendente dentro de la

presente tesis. La determinación de las falencias de las cuales adolece el delito de odio y terrorismo, nos permitirá realizar una teoría desde una perspectiva inductiva, sobre la creación de tipos penales pluriofensivos, con un elemento concomitante llamado elemento subjetivo, que provoca la vulneración de distintos principios jurídicos tanto sustanciales como procesales. Lo cual ayudará a la corrección de dichas falencias, a través de la reforma o derogación de los tipos penales que encajen con la teoría que se tratará de formular.

1.1 Evolución de la Teoría del Delito

Dentro de la dogmática penal, se ha establecido un gran análisis sobre el tema de la Teoría del Delito. Un objeto de estudio muy aceptado por toda la Rama Penal, debido a su necesidad para la comprensión del delito en sí. Es así que dentro de este apartado, se analizará el surgimiento de la Teoría del Delito, su necesidad, las diferentes teorías que definen lo que es delito para terminar con el análisis de los elementos que lo conforman.

La Teoría del Delito es según Eugenio Raúl Zaffaroni como:

"Se llama Teoría del Delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito" (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, pág. 317)

La esencia de la cita antes mencionada radica en la utilidad, que produce el análisis de las características del delito. Para la imputación de un delito es menester establecer las cualidades que debe reunir la misma, así podemos saber si dicha acción es o no un delito. Es muy diferente si una persona roba un medicamento para drogarse, que una persona robe un medicamento, debido a que sin él podría morir, la acción es la misma, pero la motivación es diferente.

Es por tal que debido a dichas interrogantes se trata de elaborar una teoría que permita establecer las características que un delito debe poseer para que, tomándolo como punto de partida podamos subsumir una acción a un tipo penal.

Se han esbozado diferentes teorías en relación a la concepción de delito, que se las clasificará para el presente estudio en dos grandes grupos, las teorías unitarias y las teorías estratificadas. Como lo establece el jurista Raúl Zaffaroni la teoría unitaria establece al concepto de delito como una definición única, que no trata de resolver todos los elementos

que está pueda contener, desde un punto de vista formal, a diferencia de la teoría estratificada, que resuelve varias interrogantes para buscar un concepto general.

La teoría unitaria, buscan un concepto a priori, que no define en si el concepto de delito. A manera de ejemplo se lo puede evidenciar en el siguiente enunciado: “Delito es una infracción punible”.

Las teorías estratificadas buscan, a través de un análisis lógico, tratar de estudiar todos los elementos de los cuales se encuentra formado el delito, es así, que no solo determina al delito como una infracción punible, sino que busca los elementos de dicha infracción, ¿De dónde nace la infracción, influye o no la intencionalidad de la persona dentro del cometimiento del delito, etc.? Ésta es la teoría más aceptada dentro de la dogmática penal, de la cual se deriva todos los elementos del delito (acto típico, antijurídico, culpable y punible).

1.1.1 Nacimiento de la teoría del delito

Uno de los primeros doctrinarios del tema fue Franz von Lizts, el cual estudio de manera sistémica y científica la naturaleza jurídica del delito. Es así que desde una concepción muy bien aceptada hasta su época, el delito se lo concebía como una acción externa, manifestada en la realidad, dejando de lado los elementos internos de las personas, esto es emociones, pensamientos, etc.

Estos sentimientos o pensamientos para que puedan ser considerados como delitos deben ser exteriorizados, modificar la realidad externa. El segundo elemento que establece Franz von Lizts, es la antijuricidad de la conducta, esta conducta debe ser prohibida por el Derecho. Y por último, establece, que esa conducta debe estar vinculada con el sujeto, que la realizó para que así pueda ser reprochable a este. Cabe destacar que el mencionado jurista implemento un elemento extra dentro de la estructura del delito, esto es su carácter punitivo.

Franz von Lizts determinó que si bien pueden existir conductas prohibidas por el Derecho, un factor determinante para el establecimiento de un delito es la pena. Es este el elemento, que diferencia normas prohibidas con delitos. Es así que de un análisis del Doctor Raúl

Zaffaroni, de la concepción de delito por parte de Franz von Lizts establece que el delito es:

"el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena" (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, pág. 319)

El problema de dicha teoría radicaba en que, existía una confusión al determinar la antijuridicidad como elemento objetivo del tipo y la culpabilidad como el elemento psicológico del mismo. Es así que para la existencia de un delito, debía realizarse el cometimiento de una infracción, la cual se relacionaba con la antijuridicidad, y la relación dolosa o culposa del delito se relacionaba con la culpabilidad de ésta. Desde esta perspectiva era imposible la determinación de la existencia del delito, ya que su carácter gozaba de una clara ambigüedad, referente a la determinación precisa de la infracción.

1.1.1.1 Teoría del tipo Beling

En vista de dicha austeridad en la forma de determinar los elementos del tipo, Beling propuso en 1906 la teoría del tipo. Dicho teoría, se separaba el elemento antijurídico del elemento objetivo del tipo, el cual pasaba a formar parte autónoma del delito. Para Beling todo delito debe constar en la norma para seguridad de la colectividad, ninguna conducta puede ser juzgada, sino existe un soporte normativo que la prohíba, que debido a la relevancia de dicha materia, se la regularía a través de ley. Por lo que en aplicación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia scripta et certa* es necesario la existencia de una ley para que exista un delito. El tipo se relaciona al cometimiento de la hipótesis contenida en la ley, a la previsión normativa de una conducta penalmente prohibida, que afecta a un bien jurídico penalmente protegido, mientras que la antijuridicidad se relaciona a que la acción es contraria a Derecho.

Posterior a este nuevo elemento surgen nuevas escuelas, que tratan de corregir ciertas complicaciones dentro de tipo penal. Las escuelas neo-kantianas y neo-clásicas establecieron nuevas interrogantes dentro del elemento de culpabilidad y antijuridicidad.

El principal objeto de estudio fue la subsunción del dolo o la culpa dentro de la culpabilidad, y el problema de determinar ésta. A manera de ejemplo se plantearon la interrogante, de la naturaleza de los delitos de olvido: X salía de su casa, pero olvido apagar la estufa, producto de dicho olvido se produjo un incendio dentro de su edificio,

el cual causó la muerte de 6 personas. Según la teoría antes mencionada, al no existir una intención o un elemento psicológico, en el cual enmarcarse la respectiva acción, está deja de ser delito. Por lo que se trató de replantear la concepción de culpabilidad de una relación psicológica del acto a un nuevo concepto que lo define Zaffaroni como:

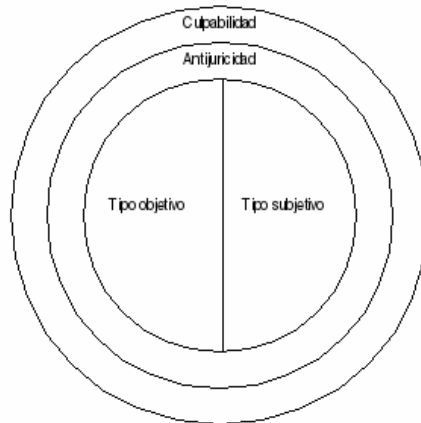
"Franck en 1907 elaboró un nuevo concepto de culpabilidad: la culpabilidad contiene la relación psicológica en los casos en que existe pero no es una relación psicológica sino que en su esencia es irreprochabilidad" (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, pág. 329)

Al establecer la culpabilidad como un juicio de reproche a la luz del Derecho, se esboza la implementación de varios elementos para la atribuibilidad de la acción y ya no solo la relación de causalidad entre elementos psicológicos con la materialidad del hecho.

Dentro del mismo periodo se implementó la idea de establecer elementos, que permitan precisar el contenido del tipo penal, pero que tengan un carácter subjetivo, un contenido, que sea precisado por el libre entender del legislador, más no un concepto contenido en la norma. Estos dos nuevos elementos dieron inicio a la creación de la teoría del tipo complejo y del finalismo.

1.1.1.2 Teoría del tipo complejo y finalismo

Esta teoría surge a mediados de los veinte y se planteó la discusión, sobre el contenido de la voluntad. En vista de que las teorías ya mencionadas llegaron a la conclusión de que la culpabilidad no es una relación psicológica de la acción, se estaba dejando de un lado el contenido de la conducta, cayendo en una teoría causalista, que se basa en la sola realización de la conducta descrita en el tipo para que ésta sea considerada como un delito. Autores como Hans Welzel y Alexander Graf zu Dohna, propusieron que es inconsistente que se juzgue una acción, sin tomar en cuenta su contenido, es así que se incorpora dos nuevos elementos, el dolo y la culpa, los cuales pasaron a formar parte del tipo penal.



Como se puede apreciar, del gráfico antes expuestos, podemos notar, que existen tres elementos de delito, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad de la cual pasa a formar parte dentro de elemento del tipo subjetivo el dolo y la culpa. Los autores antes mencionados, establecieron, que toda conducta tiene una voluntad, y toda voluntad está encaminada a un fin, por lo cual no basta el solo cometimiento de la acción típica objetiva, sino la finalidad con la que se trató de realizar dicha acción. Es así que en base a la teoría finalista y del tipo complejo se logró resolver diferentes problemas relacionados con la intención de la acción, la determinación de la tentativa dentro del delito, así como las casusas eximentes de responsabilidad.

1.1.2 Tipo sistemático, tipo de garantía y tipo para el error

Dentro de la presente tesis, se analizará varias instituciones contenidas en el tipo penal, que nos permitirán verificar, la existencia de varios verbos rectores y bienes jurídicos, enlazados a través de un presupuesto subjetivo. Es por tal, que en vista de lo ya manifestado es menester crear un contexto, que nos permita visualizar, la conformación del tipo penal, las diferentes teorías que la conforman, para que, así se pueda comprobar si los tipos penales de odio y terrorismo se encuentran adecuadamente tipificados.

1.1.2.1 Tipo sistemático

El tipo penal creado por Beling, guarda dentro de su estructura vista desde la óptica de Roxin, tres finalidades, una sistémica, una garantista y el tipo para el error. La finalidad sistémica del tipo, radica en la sistematización de los elementos que se encuentran descritos dentro del delito, tanto objetivo como subjetivo.

Como se lo había establecido en el apartado anterior, antes de la aparición del tipo penal se definió como elemento objetivo del tipo la antijuricidad, por lo cual solo la afectación al derecho con un vínculo psicológico era suficiente para la configuración del delito. Es así que la motivación de la acción (dolo o culpa), los elementos normativos y subjetivos del tipo, eran desconocidos. Ahora conforme la teoría finalista, el tipo penal consta de una serie de elementos determinados un tipo objetivo y subjetivo, que nos permiten entender, cuando una conducta es prohibida penalmente, sistematizando los elementos de los cuales está construidos.

El segundo punto se centra en la finalidad de garantía del tipo penal. Como se lo explicó en el apartado anterior. El establecimiento de un fin garantista permite, que las personas puedan ser juzgadas por el cometimiento de un delito, pero solo si este se encuentra determinada en la ley, en aplicación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia scripta et certa*, el mismo se encuentra contenido dentro de nuestra legislación en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución que menciona:

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley." (Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 26)

Y en el artículo 5 numeral primero del Código Orgánico Integral Penal que dispone:

"no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla." (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 27)

El último elemento a tratar es el tipo para el error, este tema trata de explicar la relación existente, cuando una persona considera que su conducta no se encuentra subsumida al supuesto de hecho de un tipo penal. Lo que dentro de nuestra legislación se lo conoce como error de tipo, la cual ha dejado de constar expresamente en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

1.2 Evolución del tipo penal

El tipo penal nace concretamente, como propuesta establecida por el Jurista Alemán Beling, en su libro *Die Lehre vom Verbrechen*, el cual explica una nueva institución la cual procedo a explicar.

A manera de antecedentes y como producto para el nacimiento del término tipo penal, se puede apreciar el carácter relevante del término "Tatbestand", término utilizado en Alemania, como supuesto de hecho, el cual no era un elemento del delito, sino como un elemento individual dentro de cada delito. Es así, que existía un "Tatbestand", para referirnos al asesinato, al homicidio, robo, etc. Este elemento mantuvo dentro del siglo XVIII, mucha aceptación y se extendió el significado del mismo, ya no como un supuesto de hecho, sino como un elemento metafísico, relacionado, no con el hecho concreto, sino con un elemento abstracto del delito estudiado.

Dentro de las acepciones empleadas del término Tatbestand, existían tres: "tipo del delito" ("Tatbestand des Verbrechens"), "tipo general" ("allgemeinen Tatbestande"), y el concepto "tipo especial" ("besondere Tatbestand"). Los dos primeros conceptos se relacionaban como un sinónimo del término delito. Básicamente su definición se relacionaba con el conjunto de elementos que contiene el delito; es así que dentro del término Tatbestand des Verbrechens, se concebía elementos como la culpa, dolo, relación psicológica de la acción, etc.

Relacionado con el último término "besondere Tatbestand", este mantenía una relación más clara a lo que Beling trataba de determinar cómo tipo penal. Este término se relaciona a los elementos típicos, elementos que determinan las características que definen la esencia del delito.

Una vez establecidos los antecedentes, que dieron origen al término tipo, es imperioso determinar, la concepción de tipo según Beling.

En su obra *Die Lehre vom Verbrechen*, Beling determina al tipo como:

"El tipo [Tatbestand] (reatus, Reat) debe definirse como el contorno de un tipo de delito. Es en primer lugar el tipo el que otorga a la acción punible su firme fisonomía (erst der Tatbestand gibt der strafbare Handlung das feste Gepräge). Sin él no hay delito. Lo atípico carece sencillamente de carácter delictivo [...]. A través de él destacan de la multitud diversa de los procesos de la vida figuras características, procesos de la vida

de determinada clase, fuera de los cuales son impensables consecuencias jurídico-penales, pero que no por tal tipicidad son ya delitos" (Beling, Die Lehre von Verbrechen, 1906, pág. 110)

Lo que Beling trata de establecer en la presente cita es un elemento autónomo dentro de la antijuricidad y culpabilidad, que es el encargado de determinar el contorno de la acción delictiva, sin este elemento no se podría estar hablando propiamente de un delito.

El tipo penal describe un supuesto de hecho que abarca varios actos de la vida humana penalmente relevantes, los cuales generan o pueden generar consecuencias jurídicas, (al definir consecuencias jurídicas, trata de hacer alusión, a que la sola realización de la acción contenida en el tipo, no es suficiente para que ésta se configure como un delito).

Beling distinguía dos tipos de conceptos el uno era el tipo concreto, el cual se relacionaba con la efectiva realización de los preceptos contenidos en el tipo, un ámbito, externo-objetivo, y por un tipo conceptual, el cual es una abstracción, la cual recoge todos los elementos objetivos del tipo. Por ende la adecuación de una conducta, al tipo concreto, debe su constatación a un tipo conceptual, abstracto a cualquier conducta.

Beling estableció, que el tipo penal tiene un fin eminentemente descriptivo, que especifica los elementos esenciales de la conducta. Pero la subsunción de una conducta a un tipo penal, no significa una inminente reacción jurídico-penal por parte del Estado, ya que para determinar la existencia de un delito, se debe constatar otros elementos que lo integran.

1.2.1 Teoría neokantiana

La teoría propuesta por Beling, tenía un método eminentemente positivista para el estudio del tipo penal, esto quiere decir, tomaba en consideración, la realidad fáctica de la sociedad, para formar proposiciones formales de ésta. Es así, que las construcciones del tipo penal se basaban en estructuras objetivo-externas de la realidad para que se pueda subsumir la conducta a una preposición, que contenga todos los elementos esenciales de una determinada conducta delictiva.

Frente a este planteamiento nació la escuela neokantiana, que proponía un método mucho más finalista. A dicha escuela, no le interesaba mucho la realidad objetiva y formal del

tipo penal o más concretamente la conducta como relación de causalidad. Esta teoría planteaba la necesidad de estudiar la finalidad que tiene toda conducta.

Dentro de los mayores exponentes de la presente escuela se encuentra el Doctor Dilthey, que en palabras del profesor Sergi Montraveta, se puede entender su tesis de la siguiente manera:

"En este sentido, aquel autor consideraba que todo hombre histórico tiene lo que él llamaba una concepción del mundo (Weltanschauung), de la cual la filosofía, la religión, el arte, la ciencia, las convicciones políticas, jurídicas o sociales son elementos, ingredientes o manifestaciones. Pero la concepción del mundo del hombre histórico no es primariamente una construcción mental, sino que, como tal, es algo previo y anterior, que tiene como presupuesto general la realidad de la vida misma, la cual sólo puede entenderse desde la propia vida. El conocimiento no puede retroceder por detrás de la vida. Por todo ello, Dilthey consideraba que su método ha de ser descriptivo y comprensivo, no explicativo y causal. Y que su forma debe ser la interpretación o hermenéutica." (Montraveta, El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos, 2002, pág. 287).

Como se puede evidenciar de la presente cita, Dilthey establece al hombre como un ser cuyos conocimientos no fueron adquiridos de manera aislada, sino que se encuentra delimitados por construcciones sociales, religiosas, etc. Las cuales son dadas por un proceso histórico, por lo que mal se haría el comprender la realidad desde un punto de vista individual, cuando este parte de una totalidad. Por lo cual, el carácter causal de ciertos casos no pueden explicar una realidad, sino el estudio completo de ésta.

Otro autor que podemos mencionar como exponente de la presente escuela es Rickert, quien establece una distinción entre los métodos científicos utilizados por las ciencias naturales y las ciencias culturales. Las ciencias naturales buscan la creación de verdades generalizadas a través del análisis de casos concretos, mientras que las ciencias culturales, estudian la universalidad de casos, para la creación de conceptos de carácter individual, tomando en cuenta ámbitos culturales como sociales. Cabe mencionar, que dicho autor establece la creación de conceptos de carácter general, pero que dentro de sus elementos existen conceptos individuales. Por lo que gozan de capitales valorativos, según las distintas ramas de las ciencias culturales y del espíritu estudiado, pero sin salirse de sus definiciones generalizadas.

Como se puede evidenciar estas teorías y autores rechazan el método de estudio propuesto por Beling, ya que propugnan la concepción de tipos penales, en base a una visión objetivo-externo, esto quiere decir, a la realidad fáctica de dicho hecho.

En contraposición a este método eminentemente externo la teoría neokantiana estableció, que el método positivo, deja de lado, varios factores que contribuyen al establecimiento de conocimientos respecto a una realidad. Por lo que mal se haría el construir tipos penales si no se toman en cuenta las cargas valorativas de los diferentes conceptos y comportamientos humanos; cargas valorativas, que deben ser consideradas como elementos del tipo.

Existen elementos, que salen de la sola relación causal del tipo penal, estos son los elementos subjetivos y elementos normativos que deben ser establecidos en la norma para completar el carácter de ésta (concepciones generalizadas Rickt)

1.2.2 Aportes de Mayer a la teoría del tipo penal

Mayer establece, siguiendo la línea de Beling, la diferencia entre la antijuricidad y la tipicidad determinando, que una conducta puede ser contraria a la norma (antijuricidad), pero no ser típica y viceversa por lo cual es menester separa dichas concepciones.

Mayer mantiene la premisa, de que el tipo penal, es eminentemente objetivo, pero incorpora elementos nacidos de la teoría neokantiana como los elementos normativos y subjetivos. Establece la existencia de dos elementos del tipo penal. Un tipo penal concreto, en el cual se encuentra la descripción objetivo externa del tipo penal dentro de la norma, y el tipo factico, el cual es la conducta, que se realiza en el mundo externo y que se encasilla al tipo concreto. El trabajo intelectual al encasillar ambos tipos penales lo establece como tipicidad.

Referente a la estructura del tipo penal, Mayer establece, que el mismo está compuesto por dos elementos:

"Así delimitado, pertenecen al tipo legal: 1) las modalidades y otras referencias de la acción; 2) los componentes de la acción, y en particular, a) los elementos internos (características de la culpabilidad), b) los elementos externos y, c) los elementos normativos." (Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, pág. 7)

Referente al componente de la acción Mayer establecía, que la sola comprobación de la acción no es suficiente para la imposición de una pena se debe constatar su relación con la culpabilidad y antijuricidad. El mismo determina que existen elementos dentro de la

conducta, que gozan de una peculiaridad dentro de ésta, en palabras de Sergi Cardena Montraveta, explicando la teoría de Mayer define:

“Partiendo de que el núcleo de cualquier tipo legal está compuesto por la descripción de una conducta humana, aquel autor distingue entre los componentes de la acción (Bestandteilen der Handlung) y otras referencias a la acción contenidas en el tipo (Beziehungen der Handlung)” (Montraveta, El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos, 2002, pág. 373)

Estas referencias solo son trascendentes en la medida, que establezca peculiaridades dentro de la acción más no simples descripciones.

En relación con el tema de la acción, Mayer establece una distinción en la concepción de bien jurídico penalmente protegido, al mencionar que hay objetos protegidos y el objeto del hecho. El bien jurídico se lo puede relacionar, como la de un derecho, es así que el robo o hurto, el bien jurídico es la propiedad, pero el objeto del hecho, será el bien robado o hurtado en cuestión. Al realizar dicha distinción, pone de manifiesto, como el bien jurídico si forma parte del tipo penal, más el objeto del hecho no.

Una de las aportaciones más impórtate, establecidas por Mayer se encuentra la relación existente entre el tipo penal y la antijuricidad. El propone, que el tipo penal establece un indicio para la concepción de la antijuricidad bajo la siguiente premisa. Al comienzo de la concepción de delito, se estableció a la antijuricidad como toda acción, que esté en contra de la norma penal, incluso Beling aun, lo establecía de una manera similar, pero la simple definición de antijuricidad caía en un concepto unitario, que poco de él se puede estudiar.

Mayer mencionaba, que las norma de Derecho penal, toman sus sustento en relaciones consensuales, estas relaciones de carácter cultural son la base de la norma penal, por lo cual, la afectación no solo es a la norma, desde el punto de vista formal, sino al contexto de su nacimiento. El tipo penal, establece desde un punto de vista individual, si las acciones contenidas en la misma, son contrarias a la norma; es aquí en donde entra el elemento normativo del tipo penal, como, aquel componente, que se encuentra tanto en el tipo penal como en su parte antijurídica, relacionado con el resultado de la acción, pero sin ser un nexo con el motivo que la origina.

1.2.3 Teoría del tipo complejo y finalista

Dentro de las teorías antes explicadas existía la problemática de determinar, el lugar al cual debía encasillarse la tentativa y la finalidad de la acción, Mayer estableció tres tipos diferentes para poder explicar dicha institución, pero todas con un carácter muy forzado, definió que los delitos son de lesión, de peligro concreto y abstracto, bajo la tendencia de una teoría de resultado, es así, que al Derecho, le interesa para la imposición de una pena el cumplimiento de la conducta establecida en el tipo, pero existen conductas, que son penadas solo por el hecho de ser riesgosas o que podrían serlo bajo determinadas circunstancias. La exposición de una teoría de resultado limitó, la concepción de la tentativa dentro del tipo penal, como la relación del dolo y la culpa, ya que éstas se consideraban en ese momento como parte de la culpabilidad.

De esta misma línea, se planteó la solución para establecer la naturaleza de la culpabilidad dentro del delito. A la culpabilidad se la planteó como la relación psicológica de la acción, pero existen delitos, que no se encuentra especificada la relación psicológica, como los delitos de olvido, que no mantenía una relación psíquica en su conducta, por lo cual, estos no deberían ser penados. En virtud de dicho contexto, Welzel, planteó la idea, de que la culpabilidad se mantenga dentro del espectro de un juicio de reproche a la luz del derecho, por la realización de una conducta establecida en el tipo penal, que sea antijurídica valorando los elementos que la voluntad tenga al momento de cometer el acto. Hasta antes de Welzel, la voluntad se relacionaba con un elemento psicológico dentro de la culpabilidad, por lo cual, al ser considerada solo un juicio de reproche se adoptó la idea de incorporar el dolo y la culpa dentro del tipo penal, como su elemento subjetivo. Y ésta es la concepción de tipo penal, que se ha mantenido dentro de nuestra doctrina ecuatoriana hasta la presente fecha

1.2.4 Teoría Funcionalista

Según Marial Pons la Teoría Funcionalista trata de explicar que las estructuras del delito dependen de los fines y funciones que cumple el Derecho en la sociedad, reconciliar el Derecho Penal con las finalidades de la Política Criminal.

Este Derecho penal, el cual tiene como finalidad mirar los fines y funciones del Derecho en la sociedad, busca a través de la imposición de penas el restablecer el carácter firme de la norma, la cual ha sido contradicha a través de un delito. Es por tanto, que al

confirmar la norma vulnerada, ésta permite a la vez confirmación la propia identidad social

Esta identidad social se debe entender como la comunicación que tiene el Estado con sus ciudadanos a través de normas y estas normas permiten el desarrollo y convivencia entre sus miembros. La pena al restablecer la firmeza de la norma, restablece la propia identidad social. Según Günther Jakobs y para ejemplificar lo ya mencionado, el Derecho cumple la siguiente función:

“El Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad” (Jakobs, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, 2000, pág. 19)

En relación con la tipicidad, en palabras de Muñoz Conde el tipo penal dentro de la Teoría Funcionalista tiene la función político-criminal de plasmar el principio de legalidad. Del mismo modo establece, que existen dos métodos por los cuales el legislador se sirve para tipificar conductas; una de ellas es la descripción más precisa de la acción, constituyendo los llamados delitos de acción. Y en un su segundo método el legislador no le interesa la cualidad externa de la conducta, debido que la pena se basa en el papel, que el infractor juega en la sociedad, su calidad dentro de la misma, delitos a los que Roxin los llama “delitos consistentes en la infracción de un deber”. Para ser más explícito, Roxin establece que el legislador al momento de crear esta clase de tipos tomo en cuenta los deberes que los particulares ostentan en la comunidad

1.3 Tipo objetivo y subjetivo

Como se puede evidenciar de la evolución histórica antes mencionado, el tipo penal, pasó de ser un elemento concerniente a la antijuricidad, a formar un elemento autónomo del delito, con dos partes un tipo objetivo y un tipo subjetivo. Dentro del presente apartado, se analizará a profundidad, los elementos concernientes al tipo objetivo como subjetivo, para así tener un marco para el cual plantear nuestro análisis del delito de odio y terrorismo.

El Doctor Claus Roxin establece, que dentro de la concepción del tipo penal, se debe tomar en cuenta, que tanto el tipo objetivo como el subjetivo forman parte de un

compuesto global, esto es el tipo penal. Por lo cual no se puede tomar en consideración al tipo subjetivo como objetivo y autónomos el uno del otro, sino como la parte de un ser global encargado de dar una previsión normativa de la conducta, que lesionará un bien jurídico penalmente protegido, tomando en consideración la finalidad de la acción. Este planteamiento se lo comparte del Jurista Claus Roxin, que establece en su libro Derecho Penal General:

“hay que tener claro que la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos, que no se puede romper, pero sí que se puede tener presentes sus momentos particulares (tanto objetivos como subjetivos) en sus peculiaridades.” (Roxin, Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 303)

A manera de ejemplo de las premisas antes enunciadas, se puede evidenciar en la práctica dentro del delito de estafa en el que la acción es engañar, pero ésta tiene el fin de sustraer ilegalmente el patrimonio de otro, no se puede separar, tanto su elemento externo como interno, ya que ambas sirven para determinar el carácter y esencia de la acción.

1.3.1 Tipo Objetivo

El Jurista Claus Roxin establece la estructura del tipo objetivo de la siguiente manera:

"Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado." (Roxin, Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 304)

Del mismo modo el jurista Muñoz Conde en su libro “Derecho Penal Parte General” (2014) establece la estructura del tipo objetivo como un sujeto, un acto y un bien jurídico.

El jurista Reyes Echandía en su libro “Derecho Penal” establece la estructura del tipo objetivo, compuesta por:

“cada tipo se identifican dos sujetos, el activo que ejecuta el comportamiento, y el pasivo en cuya cabeza radica el interés que se vulnera; una conducta que genéricamente allí se plasma y que, siendo por lo regular de naturaleza objetivo-descriptiva, en veces trae referencias normativas y subjetivas, y un objeto de doble entidad; jurídica en cuanto legalmente tutelado y material en cuanto ente (persona o cosa) sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídicamente protegido” (Reyes Echandía A. , Derecho Penal, 1990, pág. 98)

Como se puede apreciar de las estructuras antes descritas, se plantea una relación objetivo externa, de la realización de una conducta, dentro de nuestro objeto de estudio el delito de odio (art.177):

"La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH." (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 79).

- El sujeto activo del delito es: La persona en relación con actos de violencia física o psicológica no es un sujeto calificado
- Sujeto pasivo del delito: Sujeto perteneciente a un grupo ya sea por razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH;
- La acción típica es: "actos de violencia física o psicológica de odio", que se traducen en discriminar (pluriofensivo, ya que de la afectación a la igualdad se afecta también otros bienes jurídicos);
- Bien jurídico: igualdad, vida, integridad física y psicológica
- El resultado de dicha acción se relaciona con la afectación psicológica y física de una persona por pertenencia a un determinado grupo.

Dentro del delito de terrorismo establecido en el artículo 366 del COIP:

"La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos" (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)

Se puede evidenciar dicha estructura de la siguiente manera:

- El sujeto activo de la infracción es: La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, no es un sujeto calificado
- Sujeto pasivo del delito: no es calificado puede ser cualquier persona;

- La acción típica es: "provocar o mantener en estado de terror" (pluriofensivo, ya que de la afectación a la paz social o seguridad del Estado se afecta también otros bienes jurídicos); y;
- Bien jurídico: Seguridad del Estado, paz social, vida, integridad, libertad, patrimonio, comunicación, transporte;
- El resultado, se relaciona a la afectación de diferentes bienes y servicios que puedan causar estragos en la sociedad;

El tipo penal objetivo, constan de diferentes elementos que permiten establecer de manera clara las previsiones contenidas en el tipo. Estos elementos, que describen la conducta son elementos normativos y descriptivos del tipo.

El Jurista Reyes Echandía en su libro “Derecho Penal ” define a estos elementos como normativos, subjetivos o descriptivos, solo de manera muy superflua, ya que dichos elementos se estudiarán en apartados posteriores, se puede establecer, que el elemento normativo, son aquellos términos, que para su comprensión se necesita el conocimiento de una norma al cual el tipo se está remitiendo. El elemento descriptivo y subjetivo, se relaciona a conceptos puramente culturales, que no encuentran su definición en el Derecho, como ejemplo se puede plantear el concepto de caución como elemento normativo y el concepto de edificio como elemento descriptivo. (Reyes Echandía A. Derecho Penal, 1990, págs. 110-112)

1.3.2 Tipo subjetivo

El elemento subjetivo del tipo penal, no se lo concibió, sino hasta la aparición de la teoría finalista propuesta por Welzel, como ya se había mencionado con anterioridad. Dentro de dicho elemento se encuentra el dolo y la culpa, que serán desarrollados a continuación.

1.3.2.1 Dolo

El jurista Fabián García en estudio de la concepción de dolo del Doctor Claus Roxin define al dolo típico como:

"el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo" (García F. El Dolo, 2010)

Esta teoría ha sido mayormente aceptada, claro está que han existido detractores, que establecen, que esta definición no plantea con precisión la diferencia entre querer y saber, o si uno es requisito del otro, o si son dos acciones simultaneas.

Como ya se lo había mencionado, el dolo comporta la suerte de dos elementos, el conocimiento y el querer, esta postura también ha sido claramente aceptada por la doctrina Argentina, por el Doctor Raúl Zaffaroni, que establece como concepto de dolo:

"el dolo es la voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado" (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, pág. 405)

El dolo presupone el conocimiento objetivo del tipo, y la voluntad de realizar dicha conducta, guiada por el conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo. Esa así, que Zaffaroni, conceptúa, dos elementos del dolo su elemento cognitivo y conativo.

1.3.2.1.1 Aspecto cognitivo

Siguiendo los postulados del Doctor Raúl Zaffaroni, en su libro "Manual de Derecho Penal" en estudio del dolo se pudo analizar que, dentro del grado cognitivo del mismo es necesario precisar, cual es el grado de conocimiento para que una acción sea dolosa. En este sentido, que plantea la disyuntiva entre dos tipos de conocimiento el efectivo y el potencial. El efectivo es el conocimiento pleno sobre un hecho, resultado y objeto, es así que una persona, conoce el concepto de un vaso, el aire, agua etc. (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, págs. 405-406)

El conocimiento potencial se relaciona a un conocimiento no pleno sobre algo, la doctrina incluso lo denomina como un no conocimiento. A manera de ejemplo se lo podría relacionar con un indicio sobre la persona, que ha escuchado sobre un lugar o una canción, pero que nunca tendrá el conocimiento efectivo de dicha sonido o lugar.

Para la existencia del dolo se necesita de un pleno conocimiento, de que la conducta que se va a realizar, en el supuesto de hecho de un tipo penal. Como ejemplo podemos establecer que X, desea matar a Y y para aquello da cianuro en un grado, que mataría a un humano, él tiene pleno conocimiento, que dicho acto lo matará, dicho conocimiento es efectivo, pero si X desea matar a Y y cree, que lo matará dándole agua de un frasco

con, un dibujo de calavera, porque piensa que las calaveras en frasco son señal de muerte, dicho conocimiento es potencial, ya que no sabe, que existe en realidad en el mencionado frasco.

Además, el conocimiento efectivo debe ser actual esto es en relación a su actividad consiente a la realidad.

1.3.2.1.2 Aspecto conativo del dolo

Siguiendo los postulados del Doctor Raúl Zaffaroni, en su libro “Manual de Derecho Penal” esta característica del dolo se relaciona con la voluntad del actor de realizar la conducta descrita en un tipo penal. La doctrina los clasifica en tres tipos de dolo: dolo directo o de primera clase, este tipo de dolo se relaciona a la voluntad directa de causar daño, así X quiere matar a Y y para esto lo dispara, existió la voluntad directa de matarlo. (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, 1991, págs. 419-420)

Dolo en segundo grado o indirecto, este se relaciona con el cometimiento de un delito medio para un delito fin, es así, que el ladrón que roba el auto antes de robar a un banco, roba el auto solo como medio para un fin mayor, el cual era su principal objetivo.

Y por último el dolo eventual, este dolo se relaciona, al cometimiento de una infracción, el cual, su resultado fue mayor al esperado, X golpea a Y en la cabeza queriendo lesionarlo, ya que no le ha pagado una deuda, producto de dicho golpe se genera un coagulo en el cerebro de Y y muere, el resultado fue mayor al querido por el actor.

1.3.2.2 Tipo Culposo

Desde la concepción del tipo a partir de la teoría finalista, se determinó que toda conducta tiene una voluntad por la cual está encaminada. De esta manera se logró explicar el papel de la tentativa dentro del tipo penal, la misma que para que ocurra un delito, dentro del ámbito doloso, este se debe querer y conocer su elemento injusto. Los elementos cognitivos y volitivos del dolo, conforme la teoría finalista no se encasilla concretamente dentro de la concepción de la culpa, debido que la misma no busca lesionar un bien jurídico o realizar la conducta típica, sino afectar a un deber objetivo de cuidado.

La finalidad de dicho tipo, no es el querer dicho resultado, sino que el resultado se produjo, por la violación a un deber objetivo de cuidado. Una característica clave, que determina Raúl Zaffaroni, como elemento esencial de los delitos culposos, es su carácter abierto. En los tipos abiertos su fundamentación radica, en que para la determinación de un delito culposo, siempre se analizará dentro del espectro normativo, cuál era el deber del sujeto activo, ya que la norma no lo establece, y esto queda a criterio abierto. A manera de ejemplo, dentro del tipo penal, de homicidio culposo por mala práctica profesional, en su artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal establece:

"La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años." (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 70)

Como se puede apreciar del presente delito, se establece una remisión a una norma de carácter jerárquicamente inferior al COIP, para complementar la descripción del tipo. Al mencionar, que para la determinación del deber objetivo de cuidado se debe revisar, las condiciones en las que un profesional debió ejercer sus prácticas.

Dentro de la estructura del tipo, en su relación cognoscitiva, el Dr. Zaffaroni ha establecido, que el deber de cuidado, es el conocimiento previo de la posibilidad del cometimiento de uno de los supuestos contenidos en los diferentes tipos penales establecidos en los diferentes cuerpos normativos. A este elemento la doctrina lo ha denominado la previsibilidad de la infracción.

Cabe la pena mencionar y es aquí donde se puede deslumbrar una diferencia clara con el elemento cognoscitivo del dolo, ya que el dolo, para su conformación necesita un conocimiento efectivo de la acción, mientras que la culpa solo necesita un conocimiento potencial, de que la acción que se va a realizar pueda o no causar daño. El elemento conativo de la culpa radica en las acciones que debió tomar para evitar el posible cometimiento de un delito.

1.3.3 Elemento subjetivo

Solo para completar la estructura del tipo, ya que este tema se lo describirá en un posterior apartado se realizará una breve aproximación al tema. Según Alfredo Etcheberry, define que los elementos subjetivos como:

"Aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad del agente y su determinación consciente y finalista" (Etcheberry, Derecho Penal, 1999, pág. 221)

Este elemento se relaciona a la descripción del supuesto de hecho contenido en una norma penal, por medio de términos de carácter cultural, social etc., no términos definidos en la norma. A manera de ejemplo, el que con engaños se enriquezca ilícitamente será penado con 2 años de cárcel. Se entiende, que este delito es doloso, ya que existe el ánimo de sustraer el patrimonio de una persona a través de engaños que es una acción descrita en el tipo, pero no es suficiente con la solo voluntad dolosa de sustraer, sino que ésta sea para un enriquecimiento ilícito. Una segunda característica de dichos elementos son los que cumplen un sentido valorativo, expresiones de acciones o hecho, como: "maliciosamente, voluntariamente, etc."

1.3.3.1 Evolución doctrinaria del bien jurídico

Mariano Kierszenbaum en su artículo "El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas" en un análisis de la evolución del bien jurídico protegido establece que dentro de la doctrina, referente a la creación del bien jurídico, se ha planteado, su naturaleza de diferentes formas. Desde sus inicios se lo estableció, bajo la teoría objetivista, como un derecho objetivo, esto es un derecho establecido en la norma. Esta teoría tuvo grandes detractores como Feuerbach, ya que determinaron, que el bien jurídico, es un bien, el cual, se encuentra afectado a través de una acción, de lo que se infiere, que la misma no solo radica en la violación a la norma, sino a un derecho de una persona en concreto, de lo que se infiere que, la aplicación de la teoría objetiva, quitaba todo carácter subjetivo al delito, comparando su infracción a la de cualquier norma existente en el ordenamiento jurídico. (Mariano Kierszenbaum, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas, 2009, págs. 189-191)

Dentro de la evolución doctrinaria respecto a este tema se encuentra la teoría que establece, que los bienes jurídicos son derechos subjetivos. Esta concepción establecida por Oppenheim, Feuerbach, determina que la afectación a un bien jurídico penalmente protegido no es en sí, un interés o bien penalmente relevante para el Derecho, sino un derecho subjetivo, que lo tutela el Estado, como la vida, la salud, la integridad, etc. Mariano Kierszenbaum, relatando dicha doctrina establece:

“es muy antigua (...) la teoría de que el delito es la violación de los derechos subjetivos, deduciéndose de aquí que el objeto de la infracción es el derecho subjetivo que en cada caso la ley protege concretamente. Esta concepción se remonta a Feuerbach y de parecida manera formula su doctrina Oppenheim” (Mariano Kierszenbaum, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas, 2009, pág. 191).

La mencionada doctrina propugnaba, que la protección que establecía el Derecho a través de la imposición de penas, era el interés de un particular para que se proteja un derecho, que puede ser afectado por la comunidad, más no intereses sobre bienes en sí mismo.

Como detractor de dicha teoría se encuentra el Dr. Aguirre Obarrio, que establecía, que si es cierto, que dentro de muchos tipos penales, existen derechos subjetivos, que el particular tiene interés, pero existen otro tipo de delitos que si bien constan de un bien jurídico, no necesariamente son un derecho subjetivo (facultad de exigir el cumplimiento y respeto de dicho derecho), este es el caso de los delitos contra la administración de justicia, delitos contra la administración del Estado, cohecho, etc.

Esta teoría evolucionó gracias al aporte de Arthur Kaufmann, quien estableció, una distinción entre el concepto de derecho subjetivo y bien jurídico. Arthur Kaufmann, determinó que por un lado existe el derecho subjetivo una facultad, que tienen los particulares para hacer valer sus derechos respecto de la comunidad, otorgado ese derecho a través del derecho objetivo y por otro lado existe ese bien contenido dentro del derecho subjetivo, que abarca de una manera más general la protección que puede brindar el Derecho Penal.

Es así que puede existir derechos subjetivos (facultad para exigir), pero sin bienes jurídicos (interés); y viceversa.

Posterior a dichas propuestas surgen las teorías del bien jurídico en base a la Teoría Funcionalista la cual establece la naturaleza del bien jurídico protegido, en palabras de Dr. Andrés Castiblanco como:

“Tras los cuestionamientos planteados por el finalismo de H. Welzel sobre el bien jurídico, Claus Roxin reconoce que el objeto de protección del derecho penal es meramente normativo, más no pético, pues por el contrario, ese sentido de protección normativa es fluido en cuanto cambia constantemente en tanto su interpretación está sujeta a la realidad científica y social de un contexto histórico-social en concreto, y se manifiesta mediante las dinámicas valorativas propias de la política criminal

El bien jurídico, entonces, toma su contenido sustancial de las relaciones que se tejen dentro de una sociedad determinada, acogiendo para el derecho penal aquellos comportamientos trascendentes para el desarrollo de la vida social y de los valores que orientan está, sin que sean necesariamente mencionados explícitamente

al interior de la construcción del tipo penal” (Castiblanco, El Objeto de Protección del Derecho Penal y el Bien Jurídico Tutelado por el Derecho Penal en el Estado Social de Derecho, 2014, pág. 34)

Como se puede evidenciar de la presente cita, el bien jurídico se relaciona a los fines del Derecho. Esto es en relación a los conceptos valorativos establecidos mediante política criminal, que en relación con el Funcionalismo moderado de Roxin, es una relación eminentemente social. Por lo que, el bien jurídico en cuestión se direccionará a la protección de aquellos bienes de interés para la sociedad los cuales se encuentren establecidos en la norma.

1.3.3.1 Teoría del bien jurídico como relación de disponibilidad

Dentro de la temática de la presente tesis, se tratará de adecuar, una teoría, que establezca la naturaleza del bien jurídico, que demuestre o no, la viabilidad de la pluralidad de bienes jurídicos dentro de un mismo tipo penal. Del concepto de bien jurídico podemos mencionar el del jurista Bustos Ramírez, el establece:

"el bien jurídico implica siempre una valoración masiva y universal; se trata de ciertas relaciones sociales que son consideradas (democráticamente) esenciales para el sistema (elegido) en relación a todos sus miembros, caso de la vida, del honor, de la libertad, etc." (Bustos Ramírez, Bien jurídico Protegido en el Derecho Penal, 2004, págs. 155-158)

De la presente cita, el bien jurídico se identifica, como relaciones sociales, consideradas, esenciales para el desarrollo de la vida de las personas. De lo que se infiere, que por política criminal, no cualquier relación puede ser considerada bien jurídico penalmente protegido.

Esta definición nos permite vislumbrar uno de los elementos trascendentales del bien jurídico protegido, esto es su carácter de relevante para la sociedad. Por lo que, el bien jurídico se establecería a partir de política criminal.

Pero la cita ya expuesta, no muestra la verdadera naturaleza del bien jurídico, protegido. Si lo planteamos como una relación social, se estaría hablando de la coparticipación de varias personas dentro de dicha relación, por lo que se estaría en contraposición con derechos como la identidad, vida, libertad, que son de carácter personal.

Si bien esta teoría resuelve la problemática referente a los bien jurídicos contenidos en delitos que afectan al Estado, o a la sociedad, al establecer que existe una relación entre

los particulares y el Estado. Por lo cual, el titular de ese bien jurídico es tanto el Estado, como los particulares, que lo conforman, pero deja sin fundamento como ya se lo mencionó, la naturaleza de los delitos que afectan bienes personalísimos.

Es así que en solución a dicha problemática, se establece la teoría del bien jurídico como relación de disponibilidad, esta tesis, la cual comparte varios autores, como entre ellos Raúl Zaffaroni, establece, que el bien jurídico no se relaciona con el derecho a la vida, a la integridad, entre otros, sino al acceso que tienen las personas a ésta. Es así que si una persona, secuestra a otra no está vulnerando en un principio su derecho a la libertad, sino que vulnera, el pleno ejercicio de ese derecho, lo que en Derecho se llama la capacidad de ejercicio de una persona (capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones sin el imperio de un tercero).

A manera de ejemplo dentro de la definición de bien jurídico acuñada por Eugenio Raúl Zaffaroni, se puede apreciar el siguiente concepto:

"Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten" (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, pág. 390).

Una de las principales complicaciones, de dicha teoría radica, en los bienes jurídicos, que supuestamente no se tiene su disponibilidad, como los recursos públicos. Si bien es cierto, que no podemos destruirlos, no significa, que no podamos disponer de ellos, cuando se usan dichos recursos, para la construcción de una carretera o el establecimiento de un servicio público, se está disponiendo de dichos recursos. Por lo cual, no se debe confundir, la disponibilidad con la capacidad de destrucción de dicho bien.

Del mismo modo, derecho como a la vida, la cual, puede ser quitada, por mano propia, no es penada, dicha actitud, pero si se dispone de la vida en cada momento, ya que ella establece un concepto de desarrollo, de existencia de la persona.

Para ejemplificar, dentro de nuestro objeto de estudio podemos analizar el número de bienes jurídicos contenidos en el delito de odio y terrorismo; a la luz de los postulados ya mencionados. El delito de odio se encuentra especificado dentro del artículo 177 del Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

"La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición

migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años." (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 79)

El delito de odio al encontrarse en el Título IV, Capítulo II, Sección V de delitos contra la igualdad, podemos establecer, que del esquema realizado en el COIP, el delito de odio afecta al bien jurídico igualdad, pero de la transcripción del tipo penal podemos determinar, que está afectación al mencionado bien jurídico se lo realiza a través de la afectación de otros bienes jurídicos.

Como podemos deducir del tipo antes mencionado, existen cuatro bienes jurídicos claramente delimitados, esto son la integridad física, la integridad psicológica y la vida y la igualdad dentro de los cuales, existe un reenvío expreso al delito de lesiones. Si bien es cierto, que se puede determinar la existencia de cuatro bienes jurídicos protegidos, estos serán afectados solo en la medida que se afecte el derecho a la igualdad, por lo que podemos concluir, que el mencionado delito es de carácter pluriofensivo.

Si partimos de la etimología de la palabra discriminación, entendido está según la Real Academia de la Lengua Española como:

“Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo” (Real Academia de la Lengua Española, 2017, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, España, Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=QuL6cti>).

Del mismo modo el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en su artículo uno establece:

“[...] discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” (Organización Mundial de las Naciones Unidas, Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación, 1965, pág. 3)

Como se puede evidenciar de las citas expuestas, la discriminación afecta en su sentido normal a la igualdad. Si nosotros buscamos dentro de nuestra Constitución, cual es el derecho, que afecta la discriminación, la respuesta a la misma será obvia, el derecho a la

igualdad. Pero si nosotros realizamos el mismo ejercicio con el término de odio podemos llegar a la conclusión, que este sentimiento no afecta a ningún derecho establecido en la Constitución. Solo en la medida en que sea exteriorizado a través de actos de violencia física, psicológica y la vida constituye delito.

De la premisa antes expuesta podemos evidenciar tres puntos. El primero, la conducta de violencia física, psicológica y la vida se vuelven más reprochable en la medida, que sea cometida con odio; es por esto, que la circunstancia de odio dentro de delitos, que conlleven una afectación a la integridad física, psicológica y la vida, se convertirán en tipos autónomos a su tipo básico, transformándose en delitos de odio.

Segundo, como se pudo evidenciar la discriminación como acto si constituye una afectación de un derecho a diferencia, que el odio, por lo cual es preciso realizarnos una pregunta ¿Al no ser lesivo el odiar como tal, este mismo afecta el principio de lesividad y de mínima intervención?

Y por último, el odio a diferencia de la discriminación, no afecta la igualdad de las personas, por lo cual debido a la sección en la que se encuentra el mencionado delito se puede comprobar dos puntos. Primero, para que los actos de odios afecten el derecho a la igualdad el mismo debe ser entendido como discriminación, siendo este su verbo rector. Segundo, si se interpreta el odio como discriminación, se violaría el principio de prohibición de interpretación extensiva del Derecho Penal.

El delito de terrorismo, como segundo objeto de estudio, dentro, de la presente disertación, se encuentra establecido en el artículo 366 del Código Orgánico Integral Penal, que dispone:

"La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial si" (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)

El delito de terrorismo al encontrarse en el Título IV, Capítulo VII del COIP de Terrorismo y su Financiamiento, no podemos deducir del mencionado capítulo cual es el bien jurídico penalmente protegido a diferencia de su tipificación en el derogado Código Penal, en el cual se establecía, que el delito de terrorismo era un delito en contra de la Seguridad del Estado. Por lo cual solo podemos inferir, que mediante la creación de un

estado de terror se afectarían necesariamente varios bienes jurídicos, lo cual vuelve al delito en cuestión de carácter pluriofensivo. Y por último al considerar, que el estado de terror afecta a la comunidad y a la vez a la seguridad del estado podemos establecer, que el mismo afecta al bien jurídico paz social y seguridad del Estado.

Como podemos constatar del tipo antes expuesto se pueden apreciar 7 bienes jurídicos, la vida, la integridad, libertad, el patrimonio, el derecho a la información, transporte, y la seguridad estatal, pero dichos bienes deben ser afectados bajo una condicionante, esta es, provocar un estado de terror en la población o en un sector de ella, afectar al bien jurídico la paz social o seguridad del Estado. Por el momento podemos establecer, que el terror es un estado interno de la persona, por lo que, la regulación de sentimientos o estados emocionales, podría inmiscuirse a estados emocionales afectando el principio de mínima intervención.

Un punto trascendental dentro del mencionado delito, para poder constatar la existencia de terrorismo será, determinar cuándo un estado de terror puede desembocar en un acto terrorista.

Para dilucidar el mencionado punto y en base al mismo entender cuál es el bien jurídico el cual se pretende tutelar, me remitiré al estudio realizado por el Doctor Cancio Meliá, el cual estudia la estructura típica de un delito de terrorismo. El jurista en referencia establece como la acción del delito de terrorismo:

“[...] la infracción terrorista pretende provocar reacciones del Estado, hasta llegar, como punto de llegada de su estrategia, a la rebelión popular. Este plan no sólo implica la acción hacia los enemigos, que deben ser intimidados, sino también a los amigos. [...] Esta interacción es, ante todo un proceso de comunicación, de acción política; en este sentido, es constante la referencia al terrorismo, ante todo como estrategia de comunicación social, de influencia social, [...] la estrategia del terror apuesta sobre todo por los efectos psicológicos.” (Cancio Meliá, Los delitos de Terrorismo su estructura típica y injusto, 2014, pág. 68)

Una vez establecido, que los actos de terrorismo tienen, que afectar al Estado, por lo cual se desprende, que el bien jurídico protegido en el delito de terrorismo deberíamos interpretarlo como la seguridad del Estado; es preciso estudiar, cuando estos actos de terror contra la seguridad del Estado deberán ser entendidos como terrorismo.

Al respecto el jurista en referencia establece:

“Como es obvio, esta estrategia de comunicación depende del estado de una ficción; las organizaciones terroristas precisamente no están en condiciones de hacer uso de instrumentos verdaderamente militares en

su confrontación con el Estado [...] Por ello, necesita de un equivalente funcional a esa fuerza militar, y ese equivalente está precisamente en el uso de los medios específicamente terroristas: la selección de distintos objetivos a los que agredir con el objeto de generar una amenaza generalizada, una intimidación masiva que equivalga a la amenaza de uso de la fuerza militar [...], este mecanismo depende esencialmente de que los efectos de atemorización se extiendan mucho más allá de las personas efectivamente atacadas” (Cancio Meliá, Los delitos de Terrorismo su estructura típica y injusto, 2014, pág. 72)

Como se puede evidenciar, para que los actos de terror, constituyan un delito de terrorismo, el mismo tiene que causar un temor generalizado, el cual pueda trascender de las personas, las cuales fueron víctimas del acto de terror cuestión, y que además de haber trascendido el mismo debe afectar la seguridad del Estado.

Para la determinación del bien jurídico como seguridad del Estado el jurista en referencia en relación con el análisis del bien jurídico protegido establece:

“el sector predominante de la doctrina, que ve en este ámbito no (sólo) una anticipación, sino (ante todo) reacción frente a un ataque directo contra un bien jurídico autónomo a identificar con la paz interior o paz pública, que comprendería también la seguridad pública [...] Como muestra ya la enumeración que antecede, la utilización que se hace de estos términos- en particular, por parte de la jurisprudencia. Al igual que sucede en otros delitos relacionados con esta clase de objetos de protección colectivos, no es clara. En todo caso [...] La crítica principal que se ha dirigido contra estas aproximaciones coincide en su núcleo con las objeciones planteadas contra la tesis de la anticipación: la indeterminación de las descripciones utilizadas (como revelaría que tan sólo supondría una reformulación del cometido del ordenamiento jurídico penal en su conjunto) por este sector para caracterizar el objeto de protección colectivo abriría, según las voces críticas las puertas a una criminalización ilimitada.” (Cancio Meliá, Los delitos de Terrorismo su estructura típica y injusto, 2014, pág. 105-107)

De la mencioanda cita podemos constatar, que los bienes juridicos de seguridad del Estado, seguridad pública, etc., siempre suponen una valoración algo amplia sobre, cuál es el ambito de protección del mencionado derecho². Por lo que al no estar definidos sus limites puede suceder, que el mencionado delito castigue como delitos actos que no lo sean.

Nuestra legislación al respecto a tratado de normar dicho término a traves de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, la cual en su artículo primero establece:

² El Doctor Cancio Meliá al respecto establece, que se debe entender estos términos desde dos componentes. El primero es la afectación al ambiente en el cual, se encontraba la comunidad. Y segundo se infiere, que como objeto de protección del Estado este se direccionará a la seguridad, que fue alterada por actos terroristas.

“La presente ley tiene por objeto regular la seguridad integral del Estado democrático de derechos y justicia y todos los habitantes del Ecuador, garantizando el orden público, la convivencia, la paz y el buen vivir, en el marco de sus derechos y deberes como personas naturales y jurídicas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, asegurando la defensa nacional, previniendo los riesgos y amenazas de todo orden, a través del Sistema de Seguridad Pública y del Estado” (Asamblea Nacional, Ley de Seguridad Pública y del Estado, 2014, pág. 2)

Cabe la pena mencionar y al igual que el caso del delito de odio, el capítulo en el cual se encuentra el mencioando delito no determina, cual es el bien jurídico a proteger. De la forma de organización del COIP, el mismo fue estructurado en relación a los bienes jurídicos protegidos, por lo que, al realizar el analisis en cuestion y determinar, que el bien juridico del delito de terrorismo es la seguridad del Estado, se estaría violando el principio de prohibición de interpretación extensiva de la norma penal y tambien al ser el odio y terror términos demasiado ambiguo se estaría afectando el principio de estricta legalidad.

Cabe recalcar, que tanto el delito de odio y terrorismo en cuestión son de naturaleza pluriofensiva esto es, que afecta a más de un bien jurídico protegido, por lo que bajo la afectación de la igualdad (en el delito de odio) y paz social o seguridad del Estado (terrorismo) se afectarán otros bienes, tema que se lo analizará en apartados posteriores.

Dentro del tipo del delito de terrorismo existen 10 circunstancias constitutivas de infracción, pero éstas solo son ejemplificativas ya que dentro del párrafo primero del artículo 366, se establece la frase, que se considerarán, como delito: "en especial si":

CAUSALES DEL DELITO DE TERRORISMO	ESPECIFICACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS DENTRO DE CADA TIPO PENAL
“La persona que, respecto de un transporte terrestre, una nave o aeronave, plataformas fijas marinas, se apodere de ella, ejerza control sobre la misma por medios tecnológicos, violentos, amenaza o intimidación; derribe, destruya, cause daños, coloque o haga colocar un artefacto o sustancia capaz de destruirlo o causar daños que le incapaciten para su transportación” (Asamblea	El bien jurídico: de posesión de naves aeronave, plataformas marinas; el segundo bien jurídico es la propiedad y recursos públicos, transporte

Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)	
“ La persona que destruya por cualquier medio, edificación pública o privada, plataforma fija marina, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales, así como de las instalaciones o servicios de transportación terrestre, navegación aérea o marítima, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de la transportación terrestre, de las aeronaves o naves, como de la seguridad de las plataformas y demás edificaciones” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)	Bienes jurídicos: Patrimonio y recursos públicos, transporte
“La persona que realice actos de violencia que por su naturaleza, causen o puedan causar lesiones o constituyan un peligro para la seguridad de estos o sus ocupantes, en un transporte terrestre, a bordo de una aeronave, nave, en una plataforma fija marina, en puertos, aeropuertos, instalaciones de áreas estratégicas, servicios básicos esenciales o ambiente.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)	Los bienes jurídicos: integridad física
“La persona que comunique, difunda o transmita informes falsos poniendo con ello en peligro la seguridad de un transporte terrestre, de una nave o aeronave.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)	Los bienes jurídicos contenidos son: el derecho a la información, pero que estos puedan poner en peligro la seguridad de un transporte terrestre, nave o aeronave, no definiendo, que significa, poner en peligro
“La persona que, irrumpa los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de las personas internacionalmente protegidas.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 135)	Los bienes jurídicos contenido: el derecho de admisión, el domicilio y el patrimonio, de personas internacionalmente protegidas
“La persona que realice por sí misma o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras económicas, con el objeto de dar apariencia de licitud para desarrollar actividades terroristas tipificadas en este Código” (Asamblea	Los bienes jurídicos: seguridad del Estado y paz social

Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 135)	
“La persona que hurte, robe, malverse, obtenga mediante fraude o extraiga mediante amenazas, uso de la violencia o intimidación materiales nucleares.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 135)	Los bienes jurídicos: patrimonio, seguridad del Estado y paz social
“La persona que reciba, posea, use, transfiera, altere, evacúe o disperse materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa lesiones graves a una persona o grupo de personas o daños materiales sustanciales.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 135)	Los bienes jurídicos: integridad física
“La persona que entregue, coloque, arroje o detone un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a las personas o con el fin de causar una destrucción material significativa.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 135)	Los bienes jurídico: patrimonio, integridad física, vida, seguridad del Estado y paz social
Cuando por la realización de estos actos se produzca la muerte de una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 135)	Se afecta el bien jurídico vida

Dentro de las causales establecidas dentro del presente tipo penal, se encuentran la existencia de la lesión a 7 bienes jurídicos, solo como supuestos ejemplificativos.

Al mantener este carácter pluriofensivo se puede evidenciar, un ámbito tan amplio, en el que se pueda subsumir en cualquier acción, que logre cumplir el presupuesto subjetivo establecido en el tipo penal, esto es que cause terror en la colectividad, afectando los bienes jurídicos mencionados, siendo este elemento ambiguo, por lo cual, se estaría vulnerando tanto principios sustanciales del Derecho Penal, como procesales.

La segunda consecuencia, que se puede evidenciar, es que al existir una pluriofensividad en el delito de terrorismo, ésta será asemejable a varias conductas de otros tipos penales, lo que podría provocar una confusión en el juzgador como en el fiscal, al momento de formular cargos, o emitir el auto de llamamiento a juicio, ya que no se tiene bien entendido, que es el terror u odio.

A manera de ejemplo podemos establecer, que una persona X decide matar a los taxistas de una ciudad, esta acción, se basa en un móvil, dentro de la psiquis del sujeto activo, por dicha conducta, varios taxistas deciden dejar de trabajar por las noches y algunos incluso durante el día, la ciudad se encuentra en un estado de terror por temor a la vida de sus hijos, y de ellos mismos. De la lectura del tipo penal de terrorismo, la persona X ha sido encasillado su acción dentro del tipo penal en referencia, en su numeral primero. Lo que cabe determinar, es si ese estado de terror, fue provocado con dolo, con la finalidad de deshabilitar la estructura del estado, de afectar a la seguridad jurídica o del estado, o solo es necesario, que el acto por si solo cause terror.

El juzgador o el fiscal dentro del examen de dicha acción, tendrá una dificultad al momento de determinar si existió o no terrorismo, ya que la determinación del elemento terror, no se encuentra inmersa en la acción, sino en un la concepción subjetiva de la comunidad, que no dependerá de la externalización de una acción, sino de la construcción psicológica de los mismos.

1.4 Medios Comisivos

Según el jurista Miguel Ángel Gutiérrez el medio comisivo es:

“La forma en la que se comete el delito. Por ejemplo, en el caso del encubrimiento consiste en «encubrir teniendo conocimiento del delito»; en el delito de falsedad de declaraciones ante una autoridad es «hacer una declaración faltando a la verdad», en el delito de pornografía infantil es «producir imágenes con representaciones de exhibicionismo sexual con menores (...), realizar materialmente las tomas, (&c)». A menudo esta descripción coincide con la conducta núcleo del tipo”. (Gutiérrez, 2011, Elementos para el estudio dogmático de los delitos, MAG Jurídico, Mexico D.F., Recuperado de <http://magjuridico.blogspot.com/2011/09/elementos-para-el-estudio-dogmatico-de.html>)

Del mismo modo el Dr. Israel Trujillo Márquez en su libro *Delitos en Particular* establece a los medios comisivos como:

“El modo o la forma de cometer el hecho penalmente relevante.” (Trujillo Márquez, *Delitos en Particular*, s.f., pág. 46)

Como se puede evidenciar el medio comisivo es la forma en la cual se va a realizar el delito, es así, que a manera de ejemplo podemos decir, que el delito de asesinato, su verbo rector es quitar la vida con dolo, pero la forma en la que se realiza, puede ser con veneno, con una pistola en un despoblado, etc., todos estos medios relatados son la forma en la cual se va a cometer el tipo penal.

Ahora bien, si implementamos este tema dentro de nuestro objeto de estudio el delito de odio y terrorismo podemos establecer:

En el delito de odio, existe un verbo rector el cual es mantener actos de violencia física y psicológica, estos actos pueden ejemplificarse en lesiones, en insultos o incluso en la muerte, como se puede evidenciar los mismos son puramente medios comisivos de la infracción los cuales no están claramente determinados en la norma, lo que nos muestra el carácter indescritivo de la misma, dando potestad al juzgador para que de este modo el a su entender determinar, que actos forman o son expresiones de la comisión de un delito.

En relación al delito de terrorismo muchos autores como el Dr. Cancio Meliá en su Libro “Los delitos de Terrorismo su estructura típica e injusto” han establecido, que los medios comisivos de este delito no pueden ser taxativo, debido a que los actos de terrorismo son de muy variada actividad, por lo cual se infiere, que de la enumeración del artículo 366, los mismo son ejemplificativos de la mayoría de actos a realizar, los cuales tendrán una finalidad el crear un estado de terror en la población, o en un sector de ella con el fin de alterar la paz social o la seguridad de Estado. Por lo cual se evidencia de esta manera, que el delito de terrorismo, crea un abanico de acciones las cuales lesionarán a gran cantidad de bienes jurídicos, ya mencionados con anterioridad. (Cancio Meliá, *Los delitos de Terrorismo su estructura típica y injusto*, 2014, págs. 182-185)

1.5 Delitos pluriofensivos

Como ya se ha mencionado a lo largo de la presente tesis los delito de odio y terrorismo son pluriofensivo, pero es preciso para la continuación de la presente tesis determinar, que es este tipo de clasificación de tipos penales.

El Doctor Reyes Echandía en su libro “Derecho Penal” establece la siguiente clasificación al presente tenor:

“Con el nombre de tipos simples o mono-ofensivos se conocen aquellos en los que el legislador, quiso tutelar un solo bien jurídico; Complejos o pluriofensivos se llaman, en cambio, los tipos que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos; quien realiza la conducta en ellos prevista afecta, pues, al propio tiempo, una pluralidad de interés.” (Reyes Echandía H. , Derecho Penal, 1990, pág. 115)

Del mismo modo según Javier Guardiola García en su libro “La realización arbitraria del propio Derecho”, define a los delitos pluriofensivos como:

“La pluriofensividad hace referencia a la afectación de más de un bien jurídico por un delito de naturaleza unitaria;” (Guardiola García, La realización arbitraria del propio Derecho, 2003, pág. 214)

Como se desprende de la presente cita, la pluriofensividad de un delito se relaciona a la afectación a más de un bien jurídico penalmente protegido.

El autor referido determina una clasificación de tres tipos de pluriofensividad establecidos en la doctrina penal. La primera clasificación se la conoce como la pluriofensividad eventual, esta clasificación se relaciona a la afectación a un bien jurídico, que por motivos diversos termina afectando otros bienes jurídicos, así el ladrón que roba a otra persona amenazándola con una pistola, produciéndole graves lesiones psicológicas, que impiden a la víctima salir a la calle, afecta su bien jurídico de patrimonio, y como consecuencia del robo, produce lesiones psicológicas a la víctima, afectando su integridad psicológica.

La segunda clasificación son los delitos pluriofensivos de alternativa, en el que el tipo penal establece la alternativa de afectar a dos bienes jurídicos, pero al momento de consumir el delito solo se afecta a un solo bien, esto se ejemplifica con nuestro objeto de estudio el delito de odio y terrorismo, en el que existe varios bienes jurídicos, pero al momento de consumir el delito solo se afecta a un bien, como lo es la integridad y la igualdad, la vida y la igualdad en el delito de odio, o la seguridad del Estado, a través de afectaciones a los recursos públicos y la seguridad pública, la vida y la seguridad pública etc.

Por último, la pluriofensividad en sentido estricto entendida, como la afectación directa y necesario a más de un bien jurídico penalmente protegido, como los delitos informáticos

en el que, para que exista la afectación a un bien jurídico es necesaria la afectación de varios (delito compuesto).

A manera de ejemplo se encuentra el delito de transferencia electrónica de activo patrimonial, que se sustenta en la alteración, manipulación o modificación del funcionamiento de un programa con el fin de transferir un activo patrimonial, que dicho delito siempre supondrá el acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones. Del mismo modo se lo puede ver reflejado en el delito de odio y terrorismo, los cuales además de afectar el derecho a la igualdad en el caso del odio y la seguridad del Estado en el caso del terrorismo afectarán otros bienes, como la lesión con odio, la explosión de materiales nucleares, que provoca la muerte en las personas con motivos de causar terror en la comunidad.

En base a esta teoría, se puede establecer, que tanto el delito de odio como el delito de terrorismo son delitos pluriofensivos, además de ser de contenido plurinuclear. Debido a que para la afectación a la igualdad y la seguridad del Estado se necesita, que los mismos sean afectados a través de diferentes bienes jurídicos, como en el caso del delito de odio el lesionar, o en el caso del delito de terrorismo el apoderarse de una nave o aeronave.

1.6 Verbo rector

Todo tipo penal consta de una conducta típica, que nace del interior de la persona y se exterioriza en la realidad fáctica, para generar consecuencias jurídicas. Estos actos pueden traducirse en acciones u omisiones, que dependiendo de la política penal pueden ser penalmente relevantes.

Estas acciones se reflejan dentro del tipo penal como un verbo rector, entendiendo la descripción de la acción contenida en el tipo como una oración gramatical. Sebastián Soler, lo define en su libro “Derecho Penal Argentino” como:

“El verbo es el nombre de la acción. Siendo que el delito no consiste en un hacer en general, sino en un hacer determinado, el verbo asumirá las más variadas formas: matar, apoderarse, ofender, entrar, fugarse, agredir, difamar, falsificar. Desde luego, en muchas figuras la acción está definida con más de una palabra, y aun es frecuente que el verbo empleado vaya acompañado de elementos que generalmente restringen su sentido originario”. (Soler, Derecho Penal Argentino 1992, pág. 187)

A manera de ejemplo podemos constatar dentro del artículo 196, que dispone:

“Hurto. - La persona que sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodere ilegítimamente de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 85)

Cuyo verbo rector es la acción de sustraer un bien, en el cual gira diferentes elementos del tipo, como el adverbio de ilegitimidad, como un elemento subjetivo, así como la descripción del apoderamiento mediante violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas.

Una de las principales características del verbo rector, es su carácter diferenciador de otros verbos contenidos en el tipo penal, así lo contempla Reyes Echandía, que en su libro “Derecho Penal” establece:

“Cuando se habla de verbo rector se quiere diferenciarlo de otros verbos o formas verbales que el legislador suele emplear al describir una determinada conducta y cuya función es accesoria” (Reyes Echandía A. Derecho Penal, 1990, pág. 107).

Es así, que puede existir tipos penales en los que se establezca varios verbos, pero solo uno será el principal, a excepción de los tipos penales compuesto, en los que existen varios verbos rectores.

Estos tipos compuesto, los define el Doctor Muñoz Conde al siguiente tenor:

“Según que el tipo comprenda una o varias conductas se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos. Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo distinto pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto. En los delitos mixtos el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo.” (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 275)

El verbo rector dentro del tipo guarda un carácter indispensable, ya que sin él no se podría determinar la acción, la cual el legislador, la ha determinado penalmente relevante. Es así, que como Alfredo Etcheberry en su libro Derecho Penal lo concibe. Además de aclarar, que el verbo debe estar expresamente determinado en el tipo penal, en cualquiera de sus modalidades, en caso de no estarlo, es trabajo interpretativo tanto del juzgador, fiscal, o abogado, determinar cuál, es la acción contemplada en el tipo, lo que Beling, lo determina como un tipo defectuosos, ya que se debe interpretar la norma penal para reconocer la acción del tipo.

1.6.1 Verbo rector simple y circunstanciado (doctrina de Alfonso Zambrano Pasquel, Reyes Echandía)

Según de Doctor Alfonso Zambrano Pasquel y Reyes Echandía, el verbo rector, como ya se lo ha mencionado, guarda un núcleo primordial dentro del tipo penal, en donde alrededor de dicho elemento giran un sin número de elementos (normativos, subjetivos, descriptivos, etc.), que complementan el contenido del tipo penal. El verbo al tener un carácter rector, determina la conducta que se va a reprimir, pero los elementos, que lo complementan determinan las características, que ostentará en el tipo.

En base a esta premisa los autores antes mencionados, tomando en consideración la teoría del modelo descriptivo y determinan que existen dos tipos de verbos los simples, como el delito de hurto, homicidio, etc., que tienen un verbo rector, pero que los elementos que giran a su alrededor, no marcan una circunstancia necesaria para la configuración de delito; y los segundos verbos rectores los circunstanciados, los que mantienen una circunstancia necesaria para la comisión de un delito, como el delito de asesinato, el cual además de quitar la vida a una persona, ésta debe tener una actitud dolosa, o femicidio, en el cual, se comente en contra de una mujer (o contra le género femenino, tema muy discutido)

1.6.1.1 Verbos rectores con singularidad y pluralidad de hipótesis

Alfredo Etcheberry al tratar este tema, él se refiere a figuras con singularidad o pluralidad de hipótesis aludiendo, a tipos penales, que dentro de su estructura existe un conector principal llamado verbo, que puede ser múltiple o simple.

1.6.1.1.1 Hipótesis simple

Son aquellos tipos penales, que constan de una sola acción y de una sola forma de comisión, es así, como el tipo penal de hurto, que dentro del COIP dispone:

“Hurto. - La persona que, sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodere ilegítimamente de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 85)

Como se puede apreciar, y haciendo un análisis de la acción contenida en el tipo, el verbo es sustraer y su una única modalidad es sustraer ilegítimamente.

1.6.1.1.2 Hipótesis múltiple o pluralidad de hipótesis

Tipos penales, que tienen dentro de su descripción legal, múltiples verbos rectores o múltiples formas de comisión de un verbo (acción). A estos tipos penales se los conoce como tipos mixtos o figuras mixtas y se dividen en acumulativas y alternativas

1.6.1.1.2.1 Figuras mixtas acumulativas

En palabras del propio Alfredo Etcheberry son:

“En ellas las diversas modalidades posibles de ejecución son netamente diferentes entre sí; independientes y no permutables (a veces son incluso incompatibles)” (Etcheberry, Derecho Penal, 1999, pág. 225)

Incluso para, que se produzca o satisfaga el tipo es necesario la sola comisión de cualquiera de las acciones contenidas en el tipo.

1.6.1.1.2.2 Figuras mixtas alternativas

En estas figuras alternativas, las modalidades de las acciones, son equivalentes entre sí o matices de una misma idea, constituyen sinónimos dentro de una misma acción. A manera de ejemplo podemos verlo en el delito de tortura contenido en el COIP que dispone:

“La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 71)”

Todos los verbos utilizados se enmarca en una misma acción, la cual es torturar, infringirle dolor o sufrimiento innecesario a una persona; las acciones contenidas son equivalentes, marcadas dentro de una misma idea.

Alfredo Etcheberry, al analizar dichas figuras determina, que la pluralidad de hipótesis, en relación a la diversidad de modalidades de acción, siempre constituye un solo delito, y que las diferentes modalidades, no siempre constituye un trato distinto en relación a la imposición de penas. En relación a la pluralidad de hipótesis establece, que las mismas constituirán un solo delito si las acciones descritas en el tipo son concordantes entre sí, pero constituirán varios delitos cuando no lo sean, ya que, dentro de este caso, las acciones serán contrarias, por lo cual, se debe tener un trato diferente para cada conducta.

1.6.2 Verbo rector en el delito de odio y terrorismo

Una vez establecido un marco general, para entender la institución del verbo rector, analizaremos el mismo en relación a nuestro objeto de estudio, esto es el delito de odio y terrorismo, para poder determinar si dichos verbos son llanos, circunstanciados o si son simples o complejos en relación con el número de verbos que se encuentra contenido dentro del tipo penal.

1.6.2.1 Delito de odio

“La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 79)

Del análisis del presente tipo penal, al ser denominado un delito de odio, y cuya principal característica, de dicho tipo, en relación con el delito de homicidio, asesinato, lesiones, y lesiones psicológicas es el de odiar o es de esta manera como se lo expuso, se podría

entender que el verbo rector dentro del presente tipo penal es odiar cuya manifestación desemboca en tres diferentes acciones, violencia física, psicológica o la muerte.

Del estudio antes realizado de lo que se considera un verbo rector, se desprende su carácter trascendente, que define la acción dentro del tipo penal, como una oración gramatical, además de determinar las diferentes formas de expresión, que éstas puedan tener dentro del tipo penal, por lo que, es imperioso que el verbo rector se encuentre determinado claramente por no decirlo expresamente, ya que de la lectura, que se haga del tipo se establecerá la conducta la cual el Derecho Penal está prohibiendo, lo cual en el caso del delito de odio y terrorismo se encuentra difusa³. Es así, que incluso Beling, establece que:

“[...] el verbo rector no puede faltar en ningún delito. Incluso en aquellos casos -técnicamente defectuosos- en que la ley lo menciona expresamente un verbo es preciso determinarlo interpretativamente, ya que detrás de esas etiquetas se esconde una acción a que le ley quiere referirse.” (Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906).

La problemática dentro del presente tipo penal, es entender, cual es la acción, que es punible, si es el odio, entendido como un verbo, que se expresa en actos de violencia física y psicológica y matar o las propias acciones de violencia o el quitar la vida a alguien o la discriminación.

A mi parecer si tratamos de corregir a través de una interpretación generosa, las grandes falencias existentes en este tipo penal, se debería entender el odiar como un elemento subjetivo y discriminar como el verbo rector aunque todo apunta a que se lo consideró como verbo rector. Por lo que al ser el delito de odio catalogado en la sección de delitos contra la igualdad, se debería entender, que el odio es una expresión de la discriminación, que desemboca en actos de violencia física y psicológica. Aunque cabría realizarnos dos preguntas importantes ¿Si el elemento subjetivo en el delito de odio es tan vinculante al verbo rector, que en si este vuelve punible un acto de la conciencia humana convirtiéndose en verbo rector o si el carácter interpretativo de la norma, para considerar el odio como elemento subjetivo, violaría el principio de interpretación extensiva de la norma penal?

³ Tanto en el delito de odio y terrorismo, el verbo rector no se encuentra textualmente establecido, lo cual dificulta saber cuál es la conducta penal prohibida. En el caso del delito de odio, existe la confusión entre el verbo discriminar u odiar y en el caso del delito de terrorismo la confusión radica entre afectar la seguridad del Estado y paz social por medios violentos o aterrorizar.

En base al análisis antes mencionado podemos determinar que el verbo rector dentro del presente tipo penal es cometer actos de violencia física o psicológica, con odio, lo que podría denominarse “discriminación”, que no se encuentran textualmente determinados en el tipo penal, por lo que según la doctrina de Beling son tipos defectuosos.

Los elementos que determinan el alcance de la acción dentro del delito de odio son varios, como son: violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH.

1.6.2.2 Delito de terrorismo

“La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años” (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)

El verbo rector dentro del presente tipo penal es provocar o mantener en estado de terror a la comunidad o poner en peligro los bienes jurídicos ya mencionados, más no aterrorizar, como ya se había mencionado con anterioridad. Aterrorizar, puede expresarse en una gama muy amplia de acciones lo cual dificulta saber cuál es la acción en específico contenida dentro mencionado delito, de la misma manera que el delito de odio.

Si bien el delito de odio, establece dos formas en las cuales puede ejemplificarse el mismo, en base a un verbo confuso. En el delito de terrorismo no sucede lo mismo, ya que dentro de este tipo penal, es suficiente la consecución de una circunstancia para que se configure el tipo penal, sin determinar, que acción puede llegar a ser ella. Así la persona que mantenga un estado de terror en parte de la población o en toda ella, mediante actos que pongan en peligro la integridad física, libertad de las personas o ponga en peligro las edificaciones de los medios de comunicación, transporte, cometerá terrorismo, sin determinar que actos, estableciendo un verbo rector confuso.

A manera de ejemplo, se podría decir, que existe una huelga de transportistas, que de algún modo se convierte en una huelga ilegal, poniendo los obreros, en peligro el edificio de la

cooperativa de transportistas, con la finalidad de que se provoque terror en la población, y sean aceptadas sus exigencias. Como se puede evidenciar del presente ejemplo, las acciones tomadas por el grupo de obreros huelguistas puede ser encasillada en el tipo objetivo de terrorismo, y su finalidad fue causar terror para que sus exigencias sean escuchadas, cabe preguntarnos ¿Cuál es la finalidad del delito?, ya que podría ser el caso, que el mismo no afecte a la estructura del Estado, pero igual sea terrorismo.

1.6.2.1.1 Análisis en razón de las clasificaciones antes mencionadas

El delito de odio se construye en base al verbo rector, el cometer actos de violencia física o psicológica, que para su cometimiento, es necesario la existencia de una circunstancia necesaria la cual es el odio, en razón de las características personales de su víctima. Por lo cual se debería entender que el verbo rector es discriminar.

El delito de odio en relación a la clasificación realizada por Alfredo Etcheberry, es una figura mixta acumulativa, cometer actos de violencia física o psicológica, subsumidas en un mismo verbo discriminar, y no son necesarias las dos para que se cumpla el tipo penal, sino, que basta con la realización de cualquiera de ellas.

En relación con el delito de terrorismo, al igual, que el delito de odio, ésta es una figura mixta acumulativa y alternativa, con varios verbos rectores, que no han sido delimitados, ni expresados, como el que construya, instale, detone varias bombas con el fin de deshabilitar un Estado (en este caso es una figura mixta alternativa).

1.7 Elementos subjetivos, normativos y descriptivos

Los elementos normativos, subjetivos y descriptivos, nacen a la luz de la escuela Neokantiana como se lo analizó en apartados anteriores y dependiendo la postura que tenga cada autor esta variará. Es así, que desde la introducción de los elementos normativos con el autor Fischer y posteriormente con Mayer con la introducción de los elementos subjetivos, normativos, descriptivos, esta concepción ha ido variando, así como su aceptación.

Es por tal, que para el análisis de la presente disertación será necesario estudiar los referidos elementos para poder entender la naturaleza de uno de los principales factores, que desequilibran la estructura típica del delito de odio y terrorismo, esto es el odio y el terror.

1.7.1 Elementos normativos

Para Raúl Plascencia Villanueva, los elementos normativos son:

“Todo tipo de elemento que se refiere a hechos o circunstancias que solo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma” (Plascencia, Teoría del Delito , 2000, pág. 104)

Como se desprende de la presente cita, los elementos normativos son palabras o frases contenidas en el tipo penal, que encuentran su significado en otra norma. Es así, que la definición de violencia que se encuentra contenido en el artículo 155 del COIP, que dispone:

"Se considera violencia toda acción que consista en maltrato físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar" (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 73)

Haciendo alusión al delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo, familiar, pero sin importar el destinatario, de la acción violenta. Es importante notar, que dentro del tipo penal, ya se establece una definición contenida en la norma.

Las definiciones a estas palabras, contenidas en el tipo, no necesariamente deben estar contenidas en la misma ley, es así que cuando el COIP, en diferentes delitos, establece términos como marcas, acciones, estas se encuentran definidas en diferentes normas (Código Ingenios, Ley de Mercado de Valores).

1.7.2 Elemento subjetivo

Los elementos subjetivos según Alfredo Etcheberry son de dos clases:

“Aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad del agente y su determinación consciente y finalista” (Etcheberry, Derecho Penal, 1999, pág. 221)

Este tipo de elementos, se relacionan con la finalidad, que el autor pretende con la comisión de la acción u omisión, que en cierto modo, ayuda a que la acción no caiga en la punibilidad de actos, que por simple lógica no deban ser punibles. Es así, que una persona que roba el cuadro de su amigo para ponerlo en una competencia, la cual gana, no utiliza la obra con un afán de lucro, sino para ayudar a su amigo.

La segunda finalidad del mencionado elemento se relaciona a aquellos elementos con un sentido valorativo, como las expresiones, a sabiendas, voluntariamente, entre otras, las cuales ayudan a determinar el conocimiento de la acción por parte del autor y del mismo modo ayuda a la realización del juicio de reproche al actor del delito.

1.7.3 Elementos descriptivos

Para la exposición del siguiente elemento del tipo penal es preciso destacar, que dependerá del autor que se lea para poder encontrar la aceptación de este tipo de elementos. El motivo del rechazo del presente elemento radica, en el carácter descriptivo del tipo penal, que lo definió Beling, al momento de exponer la utilidad del tipo. Por ende resulta redundante la creación de un elemento descriptivo dentro de otros elementos que cumple la misma función en un conjunto macro, que es el tipo.

Una vez establecido esta precisión, es menester analizar la concepción de elemento descriptivo por lo que citaremos al jurista Juan Fernández dentro de su libro “Derecho Penal Fundamental”, que establece como elemento descriptivo:

"Corresponde a mención de aquellos aspectos de la conducta (externa o interna) que solo exige del juez una constatación empírica desprovista de toda valoración" (Fernández, Derecho Penal Fundamental, 1989, pág. 175)

El autor con dicha definición, hace referencia a hechos circunstancias tanto internas como externas, que pueden ser simplemente constatadas empíricamente, como la muerte, la vida, estados físicos, etc. Pero con posterioridad hace alusión, que dentro de nuestro campo, muy pocas cosas pueden ser desprovistas de valoración, a manera de ejemplo podemos establecer el término vida el mismo que goza de diversas teorías, que marcan diferentes periodos, para marcan el principio de existencia de una persona.

1.8 Análisis en relación al objeto de estudio delito de odio

“El delito de odio: La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 79)

1.8.1 Elementos normativos y descriptivos:

En virtud de las definiciones establecidas con anterioridad y en vista de que los elementos normativos⁴ y descriptivos⁵ dentro del tipo penal no afectan el carácter descriptivo del tipo penal y no se encuentran dentro de nuestro objeto de estudio se procederá a identificar los elementos subjetivos del delito de odio, para constatar las repercusiones del mismo.

1.8.2 Elementos subjetivo

El elemento subjetivo principal y en el cual se centra la presente tesis es el odio, el cual goza de un carácter valorativo, además de limitar el alcance de la acción, por no decir complementarlo.

1.8.2.1 Análisis en relación con el objeto de estudio delito de terrorismo

Delito de terrorismo:

⁴ En base a las definiciones de los elementos antes establecido podemos establecer como elementos normativos en el delito de odio los siguientes: persona, nacionalidad, estado civil, condición migratoria, etnia, discapacidad, los cuales no necesitan mayor estudio, ya que se encuentran establecidos en el la norma, y no afectan el carácter descriptivo del tipo

⁵ En relación con los elementos descriptivos del delito de odio podemos constatar los siguientes: lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, estado de salud o portar VIH

"La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial" (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)

1.8.2.2 Elementos normativos

En virtud de las definiciones establecidas con anterioridad y en vista de que los elementos normativos⁶ y descriptivos⁷ dentro del tipo penal no afectan el carácter descriptivo del tipo penal y no se encuentran dentro de nuestro objeto de estudio se procederá a identificar los elementos subjetivos del delito de terrorismo, para constatar las repercusiones del mismo

1.8.3 Elementos subjetivos:

El elemento subjetivo de terror el cual es demasiado ambiguo y subjetivo

1.9 Análisis de los elementos subjetivos de odio y terrorismo.

Toda esta gama de elementos antes mencionados nacen, como ya se lo ha mencionado, a raíz de la escuela neokantiana, que proponía la incorporación de un elemento más subjetivo al tipo penal. Es así, que se deslinda, de la definición de Beling, como un elemento del delito netamente descriptivo-objetivo y empieza a implementar elementos más subjetivos, en relación con la naturaleza humana, ya que las conductas que se tratan de penar provienen de actos humanos y su discernimiento, se relaciona aun mundo netamente subjetivizado.

⁶ En base a las definiciones de los elementos antes establecido podemos establecer como elementos normativos en el delito de odio los siguientes: persona.

⁷ En relación con los elementos descriptivos del delito de odio podemos constatar los siguientes: asociaciones armadas; población; vida, la integridad física, libertad, edificaciones, medios de comunicación, transporte

Bajo esta premisa se estaría cayendo en un relativismo, que no permitiría la aplicación de la ley; pero esto no debe entenderse de esta manera. Si bien es cierto, que el Derecho es extremadamente subjetivo, este tiende a mantener un mismo espíritu, además de contar con diferentes procesos de interpretación, que si, en algún caso, por oscuridad de la ley no pueda entenderse ésta debe ser interpretada según los diferentes métodos establecidos en la norma.

Dentro de la rama penal, ésta interpretación debe atenerse a un carácter restrictivo, no se podrá dar un significado con un contenido excesivamente amplio donde pueda caer, la mayoría de conductas, que pueda realizar las personas, ya que éstas, perderían su función de guardar una seguridad jurídica a la sociedad.

En vista de que los derechos que protege y pueden vulnerarse en el Derecho Penal son de extrema relevancia es necesario, que el carácter valorativo que se pueda dar a una norma sea mínimo; Juan Fernández, en su libro Derecho Penal Fundamental establece:

"El lenguaje de la ley no puede ser sino general y abstracto, pero estas características pueden darse en mayor o menor grado. El principio de determinación, ínsito en el de legalidad de los delitos y de las penas, exige que la equivocidad "natural" o inevitable del lenguaje de la ley penal se reduzca al mínimo posible, esto es, no se salga de un criterio marco constitucional y cultural de tolerancia de la equivocidad, marco cuyo límite no puede fijarse con precisión. Más allá de ese marco, que es estimativo, termina la seguridad jurídica del ciudadano y comienza ensancharse peligrosamente el ámbito de las facultades discrecionales del juez" (Fernández, Derecho Penal Fundamental, 1989, pág. 73).

Como se puede apreciar de la presente cita si bien es cierto, que el límite respecto al grado de ambigüedad posible dentro del Derecho Penal es muy relativo, este toma sus bases en el Derecho Constitucional, el cual prohíbe la existencia de una interpretación extensiva, que pueda vulnerar la seguridad jurídica de los procesados.

Una vez establecido dicho antecedente es preciso analizar, si estos elementos subjetivos guardan un marco de relatividad o ambigüedad, que pudiera violar tanto derechos constitucionales como la seguridad jurídica del procesado. Odio y terror ambos elementos subjetivos, gozan de un carácter en extremo ambiguo, con una carga valorativa inmensa. Producto de que los mismos no se encuentran contenidas en la norma, y también por poseer un carácter valorativo mucho mayor, que la definición de muerte, condición física, desastre natural, etc. Si el lector preguntará a 10 diferentes jueces, la definición de odio o terror, los 10 tendrían respuestas diferentes, lo cual demuestra la dificultad de definir estos términos.

1.9.1 Análisis de odio y terror

Para poder analizar tanto el delito de odio y terrorismo necesitamos contextualizar, tanto su nacimiento como la definición de odio y terror. Según la definición de la Real Academia de la Lengua Española odio es la:

“Antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea” (Real Academia de la Lengua Española, 2017, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, España, Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=QuL6cti>).

De la definición antes mencionada se puede comprender, que el odio se relaciona con una aversión de una persona, que producto de misma, se desea algún perjuicio a ésta. Es así, que de un hecho o una actitud de una persona, ésta produce una emoción en mí, la cual es odio. Según la definición de la Real Academia de la Lengua Española terror es:

"Miedo muy intenso, a la persona o la cosa que produce miedo" (Real Academia de la Lengua Española, 2017, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, España, Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=Zd0oAGD>).

Esta definición establece la relación a una emoción, que radica en el miedo tanto racional o irracional, que pueda tener una persona sobre un objeto, persona o situación, que produce en ella una angustia por un miedo real o imaginario, que puede ser soportable, o insuperable (en el sentido que quita al aterrado, la facultad de decisión y raciocinio)

1.10 Análisis de la subjetividad del delito de odio y terrorismo a la luz de las definiciones de la Real Academia de la Lengua y su transcripción en el COIP

De la transcripción del delito de odio, se puede entender, que lo que se pretende prohibir a través de este delito, es una conducta de resentimiento, relacionado a un grupo en específico, más no el resentimiento a un solo individuo. Es totalmente factible en el odio se dirija a una sola persona, clara diferencia con la definición de discriminación, que se relaciona siempre a un grupo. La diferencia entre el delito de odio y discriminación, planteados tan semejantes en el COIP, radica, en el motivo y en el espectro de derecho que el delito puede lesionar.

El delito de discriminación se basa en la vulneración del derecho a la igualdad, este se ejemplifica en diferentes actitudes concatenadas, que no provocan ninguna complicación dentro de la estructura típica, ya que, se tiene claramente entendido, que la motivación

del infractor, es la falta de reconocimiento de una persona como su igual por motivos de superioridad o inferioridad de su raza, etc. Producto de esta motivación se vulnerarán un sin fin de derechos, siempre relacionados con el derecho de igualdad, lo que, se lo explicó en la presente tesis, como un delito pluriofensivo.

El delito de odio difiere con el de discriminación, ya que, la motivación de su acción es el odio una emoción, que a diferencia del delito de discriminación, nace de diferentes circunstancias, tanto lógicas como ilógicas. Por ejemplo, el odio inculcado de un padre a su hijo hacia un grupo en especial, el de la religión que impulsa a sus creyentes a odiar a otro grupo de personas, por el hecho de venerar a un diferente dios, el odio a un homosexual, por el hecho de haber sufrido un delito por este, o incluso el odio, que pueda tener una persona solitaria, a todas las personas, que se encuentran casadas. Los ejemplos son miles y todos radican en diferentes circunstancias.

Lo que se pretende explicar, con toda esta plétora de ejemplos, es demostrar el carácter tan subjetivo, que tiene esta acción. El odio radica en la naturaleza humana y nace de diferentes circunstancias, tratar de penar un concepto tan enraizado en la conciencia humana, sería como penar a un humano por el hecho de ser humano.

Uno de los temas el cual causará mucha controversia es la semejanza entre odio racial y discriminación racial y es imperioso hacer una diferencia al respecto. El odio a priori es un sentimiento el cual se direcciona a estados de antipatía o aversión hacia una persona o grupo de personas el cual puede venir de diferentes motivos, como culturales, psicológicos, raciales, e incluso ilógicos; la discriminación racial a diferencia del odio, es la disminución, restricción o preferencia hacia un grupo en particular por estados de superioridad o inferioridad.

De la lectura del delito de odio, se puede colegir, que los actos de odio se direccionan a un grupo determinado de personas, pero este no necesariamente debe significar racismo o discriminación. Como se lo determinó en apartados anteriores la discriminación se guía por tomar actos distintos a los normales, que se tomarían frente a cualquier persona, debidos a estados de superioridad o inferioridad.

Es por tanto, que el delito de odio dentro de nuestra realidad jurídica, se direcciona a un acto de antipatía o animadversión a un grupo con un móvil totalmente ambiguo. A manera de ejemplo podemos decir, que una persona que aún no acepta su homosexualidad, ataca a un grupo homosexual, el ataque que lo realiza, lo hace por motivos no grupales, sino

por temas de aceptación y miedo a lo que pueda convertirse, lo cual provoca, que por ese estado de estrés busque un culpable el cual será el grupo homosexual. Como se evidencia del respectivo ejemplo los actos de odio no son de discriminación sino que tienen diferentes matices, lo cual nos demuestra dos situaciones. La primera, este sentimiento de odio forma parte de nuestro ser, el tratar de penarlo es tratar, de penar la propia naturaleza humana.

Y segundo, el odio es un tema tan personal, tan subjetivo, que es prácticamente imposible poder determinar, cual es el móvil que lo originó y si ese acto de odio se direccionó a afectar el derecho a la igualdad, por lo que, se infiere que no todo odio se direcciona a lesionar el bien jurídico igualdad.

En relación con el delito de terrorismo, se desprende, que lo que se trató de penar, con el delito de terrorismo son las acciones, que puedan causar en la población temor, o en un sector de ella, pero la provocación del temor, puede ser por motivos diversos, que debido a su subjetividad, pueden recaer en cualquier actividad, ya que los bienes jurídicos como vida, seguridad social, patrimonio, patrimonio ciudadano, libertad, integridad, etc., contemplan prácticamente cualquier parte de nuestra accionar dentro de nuestra vida en sociedad.

El miedo componente principal del terror, puede surgir de cualquier actitud de las personas, de sus características, de las situaciones en que viven o de los objetos que conocen. En el mundo existen un millón de fobias, que disminuyen la razón y la toma de decisiones de las personas; tratar de sancionar legalmente el temor, producidos por las personas directa o indirectamente es una aberración, ya que en un cierto punto el infractor no tendría conocimiento del hecho delictivo que realiza.

Del mismo modo no se sabe cuándo un acto constituyen un terror suficiente para ser terrorismo y cuando no, ejemplo, una persona que pone una bomba en un centro comercial y la detona con la consigna de que deben ratificar el estado de inocencia del vicepresidente. En este caso, el sujeto activo de la infracción mediante el terror, afectando la vida de las personas, buscó afectar la seguridad del Estado y la paz social. Por lo que nos encontramos frente a un delito de terrorismo.

Ahora bien el sujeto, que ponen una bomba en varios cajeros de un banco con la consigna de que si no le dan un auto y no le transfieren un millón de dólares a una cuenta en el extranjero el matará a un cajero cada tres horas. En el mencionado caso el ladrón busca a

través del terror robar un banco poniendo en peligro la vida de las personas, en este caso nos encontramos frente a dos acciones las cuales objetiva y subjetivamente se subsumen a un tipo penal de terrorismo, pero el factor de terror es diferente, también hacia quien va dirigido el acto de terror. Ahora cabe preguntarnos ¿El segundo ejemplo es terrorismo?

1.11 El odio y el temor como elementos conectores para la existencia de delitos con varios bienes jurídicos y verbos rectores

Del análisis de los apartados anteriores podemos llegar a varias conclusiones. La primera de ellas radica en el carácter eminentemente abarcativo, que tienen los elementos subjetivos de terror y odio. Esto provocaría, la sanción de un sin número de conductas en relación al delito de terrorismo y odio, sino también la ambigüedad que conlleva este tipo de elementos; ya que tanto el terror, que puede ser provocado por cualquier persona en cualquier circunstancia, como el odio, que puede ser provocado de la misma manera a un sin número de personas, cuya constatación es extremadamente difícil.

La segunda conclusión que podemos constatar, es el carácter emocional, que tiene ambos delitos, que debido al carácter tan enraizado dentro de la naturaleza humana, es imposible tratar de buscar una delimitación a sus consecuencias y orígenes lo que provoca, la violación la función descriptiva que tiene el tipo penal, función principal dentro del delito.

Un factor determinante dentro de este tipo de elementos, que gozan del carácter subjetivo, emotivo, es su conectividad. Es lógico pensar, que como se lo definió con anterioridad, todo tipo penal constan de un bien jurídico y un verbo rector, al cual, lo podemos llamar núcleos del tipo penal, ya que correlativamente a un verbo rector existirá un bien jurídico el cual se esté afectando.

Estos núcleos pueden constituirse por varios bienes jurídicos o varias conductas, como en los delitos pluriofensivos. El delito de odio y terrorismo se encasillan en estas circunstancias. Los supuestos planteados en la ley, son tan extensos, que pueden recaer sobre ellos un sin número de conductas descritas en otros tipos penales, que provoca, que se pierda el carácter descriptivo del tipo penal. Lo cual nace a raíz del elemento subjetivo, que al ser tan amplio y al ser imposible diferenciable con el verbo rector, provoca que se lo considere no solo como limitación de la acción, sino como condición de ella, o

como ella misma para así poder penar emociones, que son tan repetitivas y necesarias en la vida diaria, que su prohibición sería prohibir la misma naturaleza humana.

1.12 Del Concurso Aparente de Leyes en el Delito de odio y Terrorismo

Antes de empezar un análisis, del mencionado tema dentro de nuestro objeto de estudio es preciso establecer un contexto de lo que es el concurso aparente de leyes y su aplicación dentro del presente tema.

Según Jean Pierre Matus establece el concurso aparente de leyes como:

“un suceso vital subsumible en su totalidad bajo una pluralidad de leyes”, leyes que, sin embargo, no darían lugar a una “pluralidad de posibles castigos”, pues “el fallo solo puede fundamentarse en una de esas leyes”. De allí que para el autor “el concurso de leyes se trata de las reglas para la elección de la ley efectivamente aplicable al caso concreto” (Matus, La Teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes esta el presente, 2000, pág. 12)

Como se desprende de la cita en cuestión, el concurso aparente de leyes tiene su base en la premisa, de que a una acción se le es subsumible una pluralidad de leyes. A manera de ejemplo se puede mencionar el delito de homicidio y el delito de asesinato; si una persona mata a otra, ésta comete homicidio pero si ésta lo realiza con veneno y con la intención de matarlo, cometería el delito de asesinato, dicha acción puede ser subsumida a ambos casos, pero por principio de especialidad se aplicará el delito de asesinato.

Dichas reglas a las cual hago alusión en el párrafo precedente fueron establecidas por el jurista Binding, las cuales son: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

Como ya se lo mencionó, la regla de la especialidad, es aquella por la cual a un acto en concreto se lo puede subsumir a más de una norma penal. Por lo que en aplicación al presente principio, en caso de encontrarse en la situación relatada, el intérprete deberá subsumir la acción en el tipo penal más específico.

Regla de subsidiariedad conforme el autor ya mencionado, esta regla establece que cuando la acción no reúna todos los elementos de uno de los tipos penales en concurso de leyes penales, se aplicará el subsidiario al mismo (el que si los cumple).

Regla de consunción, esta regla establece, que existen tipos penales los cuales constan de características de otros tipos, en los cuales en dichos casos se aplicará el delito

consumado. A manera de ejemplo, en el caso del robo en el cual establece, que en caso de que se produjere la muerte se aplicará la pena privativa de libertad de esta último.

Regla de alternatividad, esta regla se subdivide en dos clases. La primera cuando la acción cometida se circunscribe a varias normas con una misma pena, en el cual el autor citado en el presente apartado establece que no importará cual aplicarla. Y cuando una acción se encasilla a dos conductas que dependiendo la forma de verla se aplicará la más o menos punitiva, en este caso existe una dualidad de posiciones por un lado, una parte de la doctrina establece, que se deberá aplicar el tipo penal con la pena más grave, ya que en caso de no hacerlo se estaría privilegiado. La otra parte de la doctrina establece que en dicho caso se debe aplicar el delito más favorable en aplicación al principio *in dubio pro reo*.

Una vez establecido dicho contexto es preciso analizarlo de acuerdo al objeto de estudio en cuestión esto es el delito de odio y terrorismo. Si partimos de que toda acción que sea catalogada con la intención de odiar o que provoque un estado de terror en la colectividad se lo considerará un delito de odio y terrorismo respectivamente podemos decir, que es posible que dichas acciones constituyan delitos con finalidad de aterrorizar o que su móvil fue el odio. Siendo más explícitos en el caso del delito de odio y terrorismo la mayoría de los actos cometidos dentro de dicho delito serán delitos que puedan ser subsumidos en otras tipos penales, por lo cual nos encontramos frente a un concurso aparente de normas penales.

A mi modo de ver al existir un elemento subjetivo como el odio o el terror, el cual nos dificulta saber la naturaleza de estos tipos penales, este no permitiría o por último dificultaría la aplicación de dichas reglas, ya que para poder aplicar las mismas, el intérprete de la acción, debe tener pleno conocimiento de los conceptos y definiciones de los tipos penales los cuales son objeto del concurso aparente de normas.

1.13 Concurso de delitos

El doctor Reyes Echandía en un análisis de concurso de leyes, establece:

“Este fenómeno de la adecuación que venimos comentando presenta muy interesantes caracteres cuando el hecho humano que el juez debe examinar-conformado por una o varios comportamientos de la misma persona- coetáneamente encuadra en varios tipos penales que, sin excluirse el uno al otro, deben

simultáneamente aplicarse. Nace así la institución jurídica del concurso real o efectivos de tipos” (Reyes Echandía H., Derecho Penal, 1990, pág. 143)

Como se puede evidenciar de la cita expuesta, existen los casos en que el sujeto activo de la infracción al realizar su acción esta produzca, que la misma sea subsumible en varios tipos penales (concurso ideal) o que le sean atribuibles al sujeto activo de la infracción varios tipos penales autónomos e independientes (concurso real). El doctor Muñoz Conde en su libro “Derecho Penal Parte General”, establece que la finalidad de la presente institución tienen el objetivo de determinar la imposición de penas cuando exista una unidad de acción o una pluralidad de acciones. Los cuales según el COIP en el supuesto de un concurso ideal, se aplicará la pena de la infracción más grave y en el caso del concurso real se acumularan las penas siempre que no supere los 40 años. (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 495-496)

Una vez establecido el presente contexto es preciso analizar las dos grandes instituciones pertenecientes a la Teoría del Concurso de Delitos esto es el concurso ideal y real

Concurso ideal

Para poder analizar la institución del concurso real e ideal primero debemos determinar, que se debe entender por unidad de acción y pluralidad de acción. El Doctor Muñoz Conde determinar cómo unidad de acción:

“Una sola acción en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ej., agresión sexual intimidatoria, robo con fractura exterior) o dar ocasión a que se produzca varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas)” (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 496)

El autor en cuestión menciona una serie de parámetros por los cuales se puede determinar cuándo nos encontramos frente a una unidad de acción estas son:

- Factor final, este principio se relaciona a que se deberá considerar como un solo acto, valga la redundancia, las múltiples acciones realizados por el actor, cuando éstas se encuentren relacionados por la finalidad del mismo, como la tenencia de armas y el quitar intencionalmente la vida a una persona.
- Factor normativo, este principio tienen relación con el estudio de la estructura del tipo penal, cuando se desprende del mismo la afectación a otro bien jurídico protegido (pluriofensivo).

Una vez establecido, que se debe entender por unidad de acto es preciso analizar, que es el concurso ideal. El Doctor Muñoz Conde en su libro “Derecho Penal Parte General” establece una división en relación a la institución de un concurso ideal, catalogando en un concurso propio e impropio. En relación con el concurso propio el autor en referencia determina:

“Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se comete varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogénea (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal” (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 497)

Ejemplos de la cita en cuestión podemos notarlos, en la posesión y venta de droga, un concurso ideal heterogéneo o en el presidente de una empresa, que durante un año ha desviado fondos de la misma, concurso ideal homogéneo.

En relación con el concurso ideal impropio el Doctor Muñoz Conde los define como:

“no solo hay concurso ideal (propio) cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, sino también cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro” (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 499)

Como se evidencia de la presente cita y como lo establece el jurista en cuestión, el presente concurso ideal no está configurado por la subsunción de un acto a dos tipos penales, sino que existe dos actos plenamente diferenciados, pero la conexión entre ellos es tan importante, que el legislador los considera como uno solo, en virtud de su relación desde un punto de vista teleológico. Uno de los presupuestos para que existe el mencionado concurso es su carácter de necesario, a que me quiero referir con esto; que sin el cometimiento de delito medio será imposible el cometimiento de delito fin. Así la persona que roba un arma para robar un banco, el delito medio el cual es el robo del arma es necesario para el delito fin, el robo del banco y en tal sentido se tendrá un concurso ideal de infracciones.

Concurso real

Tanto el doctor Reyes Echandía en su libro “Derecho Penal” como el Doctor Muñoz Conde en su libro “Derecho Penal Parte General”, consideran que no existe mucha problemática con la mencionada institución; en un análisis del mismo determinan, que el concurso real es cuando a una persona se le es atribuible el cometimiento de varios delitos. (Reyes Echandía A. Derecho Penal, 1990, págs. 143-144)

Análisis con nuestro objeto de estudio

Al ser el delito de odio de carácter pluriofensivo, el cual se cometería necesariamente a través de la afectación de otro derecho nos encontramos frente a las siguientes circunstancias:

El delito de odio como se lo analizó es un delito pluriofensivo en el cual, la afectación a la igualdad se lo realizará a través de la afectación de otros derechos como es la integridad física, psicológica y la vida los cuales constan dentro de su estructura típico objetiva del mismo delito. Por lo que nos encontramos frente a un concurso aparente. A manera de ejemplo X lesiona a Y por odio, la acción en cuestión puede ser subsumida a dos tipos penales, pero al ser el delito de odio más específico que el de lesiones se aplicará este último.

En el mencionado caso nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes penales. Ahora bien del mismo modo, puede afectarse el derecho a la igualdad mediante actos de violencia, que afecten otros bienes jurídicos además de los contemplados en la estructura típico objetivo del delito de odio. Un ejemplo del sería el caso en que X le diga a Y negro ladrón sucio; en el respectivo ejemplo nos encontramos en un concurso ideal de infracciones, ya que a través de un solo acto se afectó el bien jurídico honor e igualdad, delito de odio y calumnias.

Como se evidencia de las premisas mencionadas, tanto el delito de odio como el de terrorismo, al ser delitos pluriofensivos, los cuales dentro de su estructura poseen elementos de otros tipos penales, estos se encuentran frente a un fenómeno en el que, siempre el cometimiento de los mismos constituirá necesariamente un concurso ideal o aparente de leyes penales, lo que con posterioridad se demostrará que en algunos casos provocará una ambigüedad de trámite, en el momento de considerar las penas de los delitos en su concurso ideal y aparente de leyes penales.

1.14 Teoría del Error

El Doctor Pablo Encalada Hidalgo, al realizar en un análisis de la Teoría del Error establece:

“Así como en el acto existen elementos negativos que lo descalifican como acto con relevancia jurídico penal, en la tipicidad y concretamente en la tipicidad subjetiva, también hay elementos negativos que

vuelven a la conducta atípica. Esto es lo que se conoce como la teoría del error” (Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 2009, pág. 92)

Al referirse al error en hecho hace alusión a la equivocación que recae sobre el conocimiento de uno o varios de los elementos del tipo. En contraposición al error en derecho el cual es la equivocación que recae sobre la existencia misma de la ley penal o sobre su interpretación.

Estas figuras se han traducido en nuestra realidad jurídica como el error de tipo y el error de prohibición.

Error de tipo

El error de tipo según del Doctor Reyes Echandía es:

“[...] quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal” (Echandía, Derecho Penal, 1990, pág. 235)

Este tipo de error se divide en invencible, cuando es imposible e inevitable conocer sobre el mencionado error, y vencible cuando había forma de evitar el error. Ejemplo de lo mencionado, la persona que con engaños tienen relaciones sexuales con menor de 18 creyendo que no lo era. En relación con el error de tipo vencible, aquella persona que administra un medicamento a un paciente enfermo, sin haber revisado primero el historial clínico en el cual un médico ya aplicó el mismo medicamento, provocando una sobredosis y la muerte del paciente.

En relación con los efectos de un error de tipo vencible e invencible el jurista Muñoz Conde en su libro “Derecho Penal Parte General” establece:

“El error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye el dolo y, todo lo más, cuando sea vencible, deja subsistente una posible responsabilidad a título de imprudencia, cuando esté especialmente prevista a título de imprudencia, cuando esté especialmente prevista esta forma de realización del tipo” (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General , 2015, pág. 292)

Error de Prohibición

En relación con el error de prohibición Doctor Pablo Encalada Hidalgo lo define:

“El error de prohibición es precisamente la falta de conocimiento o el desconocimiento que la conducta es antijurídica” (Encalada, Teoría Constitucional del Delito, 2009, pág. 94)

Ejemplo de esto, es una persona perteneciente a la comunidad Sapara en el Oriente del Ecuador, que tiene relaciones sexuales con una menor de 14 años, que dentro de su cultura es totalmente normal; él no tiene un conocimiento pleno de que su conducta es antijurídica. Del mismo modo que el error de tipo este puede ser vencible e invencible. El autor Muñoz Conde en su libro “Derecho Penal Parte General” establece, que los efectos del error de prohibición invencible, provoca que no exista culpabilidad y el error de tipo vencible provoca que se atenúe la pena. (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 292)

Las mencionadas instituciones, las cuales se encontraban establecidas en el ya derogado Código Penal, no fueron incorporadas en el actual Código Integral Penal debido al veto presidencial realizado por el Presidente Rafael Correa, el cual dentro del mismo establecía:

“El error de prohibición es una institución propia de la escuela finalista, que considera la posibilidad a que una persona alguien que no conocía la antijuridicidad de su conducta, o que estaba dentro de una causa de justificación. En el caso de que este error o ignorancia sea vencible la sanción se atenúa, y en caso de que sea invencible, daría lugar a una causa de inculpabilidad.

Esta figura es bastante peligrosa, ya que podría ser utilizada por jueces inescrupulosos para dejar en la impunidad un sin número de delitos, ya que bastaría la nueva alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta y la aquiescencia de un administrador de justicia corrupto o ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad, aumentando la desconfianza en la administración de justicia.[...]” (Correa, Objeción Parcial al Proyecto del Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 3)

Por lo antes expuesto es menester analizar las correspondientes instituciones en relación con nuestro objeto de estudio

Al ser el delito de odio y terrorismo netamente doloso y para que exista dolo el sujeto activo de la infracción debe tener conciencia de lo que hace y la voluntad de hacerlo, podemos determinar, que la error en cuanto al elemento cognitivo, se puede circunscribir bajo dos perspectivas: Una en relación al tipo penal y otra en relación a la antijuridicidad de la acción.

La primera es el error de una persona, que al cometer una acción desconoce, que la misma se circunscribe a los elementos de un tipo penal (error de tipo) y la segunda es el desconocimiento de que su acción es contraria a Derecho (un error de prohibición). Al no existir dolo dentro de la acción, la misma no goza de todos los elementos establecidos en

el tipo y por ende o no hay delito o la misma se circunscribirá en la modalidad del tipo culposo del delito o la pena es atenuada.

Ramiro Falconí en un análisis para determinar la teoría del error en el COIP determina:

“Si la sistemática del COIP contempla al dolo como una modalidad de comisión del tipo y este a su vez contiene un elemento cognitivo (conocimiento), resulta obvio preguntarse qué pasa cuando ese conocimiento falte totalmente o se presente de forma defectuosa. De igual forma, si el artículo 34 del COIP al definir la culpabilidad, incluye como elemento sustancial el conocimiento de la antijuridicidad, es forzoso preguntarse qué pasa cuando este conocimiento no existe o es defectuoso. La existencia del error, sea de tipo o de prohibición, no depende por tanto de su reconocimiento en la norma penal, sino que se constituye en una consecuencia forzosa del esquema conceptual manejado por el COIP” (García Falconí, La Teoría del Error en el nuevo Código Penal, El Universo, s.f.)

Error de tipo en el delito de odio y terrorismo

En relación con nuestro objeto de estudio, podría existir el caso en que tomando el pensamiento del ex asambleísta Fernando Bustamante. Una persona X viste de una determinada manera producto de la misma la comunidad siente terror y las personas de dicha comunidad ya no salen de sus casas por lo que se afectó a su integridad psicológica. En el mencionado caso, la persona X no sabe que su conducta causo terror, y no tuvo la intencionalidad de causarla, por lo cual si bien su acción se encasilla a los elementos establecidos en el tipo objetivo de terrorismo el mismo no fue cometido con dolo, por lo cual no hay delito.

En relación con el error de prohibición podría existir un caso interesante en relación con el carácter pluriofensivo de los delitos de odio y terrorismo. X (de raza afro ecuatoriana) insulta a Y (de raza indígena) diciéndole indio sucio, Y regresa el insulto diciéndole negro tu eres más sucio.

X cree, que al ser los insultos mutuos existe una causa de justificación por los actos realizados, pero no es verdad. Dentro del mencionado ejemplo nos encontramos frente a un concurso ideal, en el cual una acción provocó que la misma sea subsumible a dos tipos penales, el delito de odio y la contravención de cuarta clase (art. 396.1), por lo que en este caso se seguirá un solo proceso y se aplicará la pena del delito más grave esto es el odio, pero la excusa legal existente en la contravención de cuarta clase no se extiende al delito de odio, por lo que si se alegará la misma, esta causa no quitaría la antijuridicidad del delito de odio y por ende seguiría el proceso.

1.15 Clases de Tipos penales

Dentro de la doctrina penal y como ya se lo ha mencionado, se ha mantenido un estudio constante sobre los elementos que conforman el tipo penal, sus características y sus efectos. Es así que en base a dicho estudio, la doctrina han analizado los tipos penales, que no mantienen una estructura semejante. A esta clase de tipos se los llamo tipos incompletos, dejando en claro, que es una opinión mantenida por parte de la doctrina, pero que en vista de que se está estudiando la tipología del delito de odio y terrorismo y al tener las mismas características especiales dentro de su tipicidad, cabe la pena estudiarlo.

Los principales tipos penales incompletos, que ha clasificado son tipos penales son dos: tipos penales abiertos y en blanco.

1.15.1 Tipo penal abierto y cerrado

El tipo abierto son aquellos tipos en el que el legislador no ha delimitado con claridad el alcance y las características de la conducta penalmente reprimida. En este tipo de casos el juzgador debe interpretar el tipo penal en base a pautas y reglas establecidas fuera de la norma.

Raúl Zaffaroni al referirse a los tipos penales abiertos establece:

“[...] hay casos en que el tipo no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga, para lo cual deberá acudir a pautas o reglas generales, que están fuera del tipo penal [...] necesitan acudir a una norma de carácter general” (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, pág. 375)

Del mismo modo Reyes Echandía la define como:

“Son tipos abiertos, los que describen escuetamente la conducta o mencionan solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse ni indica en el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo.” (Reyes Echandía A. , Derecho Penal, 1990, pág. 118)

En contraposición con el tipo penal en abierto se encuentra el tipo penal cerrado. El cual se lo puede establecer como aquel tipo, que puede individualizarse la conducta bajo la sola interpretación de los elementos pertenecientes al tipo, delitos como las lesiones entre otros.

Reyes Echandía lo define como:

“son, en cambio, aquellos tipos que concretan las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que la conducta debe realizarse, o señalan no solamente el resultado del comportamiento descrito sino también la forma como debe producirse;” (Reyes Echandía A. , Derecho Penal, 1990, pág. 118)

En relación con nuestro objeto de estudio el delito de odio y terrorismo se circunscriben dentro de la categoría de tipo penal abierto en virtud de su elemento subjetivo de odio y terror. Elemento que al ser de carácter tan ambiguo como ya se los mencionó, provoca una indeterminación del alcance de la conducta dentro del tipo.

1.15.2 Tipo penal en blanco

Reyes Echandía la define como:

“Aquellos cuya conducta no está íntegramente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla”. (Echandía, Derecho Penal, 1990, pág. 113)

Son aquellas conductas, que para individualizarlas se debe remitir al contenido de otra norma que puede ser de carácter penal o extrapenal.

La jurisprudencia española ha determinado ciertas condiciones la cuales debe cumplir un tipo en blanco como lo establece la sentencia de la Corte Constitucional de España 34/2005 de 17 de febrero de 2005 la cual establece:

“en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso; en segundo término, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y, finalmente, que la Ley, además de señalar la pena, de certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.” (STC. 34/2005, 2005, pág. 19)

En relación a nuestro objeto de estudio el delito de odio para individualizar la conducta típica se remite a términos como nacionalidad, género entre otros los cuales hacen alusión a la afectación a la igualdad en virtud de la pertenecía a un determinado grupo. Del mismo modo que el delito de terrorismo hace alusión a materiales nucleares, los cuales se encuentran definidos en el Reglamento de Seguridad Radiológica para determinar, que materiales son de característica nuclear. En segundo lugar, el reenvío se lo realiza para ejemplificar a que grupos se vulnera en virtud de la afectación a la igualdad, así como el delito de terrorismo, el cual determina, que materiales pueden afectar el derecho a la paz social como son los materiales nucleares y también las personas que pueden ser sujetos

pasivos de la infracción, las personas internacionalmente protegidas. Y por último el reenvío realizado complementa el carácter descriptivo del tipo, lo cual si lo hace.

1.15.3 Paratipo penal

Jaime Sandoval Fernández define al paratipo penal como:

“Se trata de una descripción casuística hecha por el legislador se encuentra asimilada o referida a un tipo penal. Considera que de todas maneras deberá aclararse si la conducta real se adecua o no al tipo, porque en algunos casos el paratipo no reúne todas las exigencias del tipo respectivo, es decir la adecuación debe hacerse en el tipo, al cual se asimila o refiere. (Sandoval, Límites materiales de los tipos penales en blanco, 1999, pág. 2)

Como se puede apreciar de la cita en cuestión; el paratipo penal es un tipo penal el cual, asimila dentro de su tipo objetivo los elementos de otro tipo penal, con la finalidad de que el juzgador al momento de penar una acción no tenga que considerar dos tipos penales, sino solo uno de ellos.

El delito de odio y terrorismo en cuestión se remiten tanto a los elementos contemplados en el delito de lesiones y asesinato. Como se evidencia de la cita en referencia son los tipos penales, los cuales se encuentran dentro de otro tipo penal, en el cual dependiendo el caso el juzgador aplicará la característica típica de un tipo penal pero contenida en otro, un claro ejemplo de aquello y dentro de nuestro objeto de estudio lo podemos evidenciar en el delito de odio el cual en caso de que el delito de odio provoque la muerte de un persona se aplicar la pena establecida para el asesinato.

Pero he aquí el cambio dentro de los tipos defectuosos estudiados. El delito de odio y terrorismo está construido de un elemento subjetivo el cual no solo sirve como tipo abierto dentro del delito, sino como conector entre la acción penalmente relevante (verbo rector) y el bien jurídico penalmente protegido, el cual provoca que el mismo tipo varíe dentro de su estructura típica, provocando consecuencias no solo sustanciales, sino procesales en su interpretación y aplicación. Las cuáles serán ejemplificadas y estudiadas a continuación.

Es de este modo como podemos establecer la diferencia transcendente de este tipo penal en relación a los tipos ya estudiados, ya que ninguno de los mismo establece un pluralidad de núcleos dentro de su estructura típica, provocando una nueva anomalía dentro de la estructura del tipo penal, no pudiendo determinar como regla general, dentro del mismo la acción lesiva y su bien jurídico protegido.

Capítulo II Interpretación del Tipo Penal de odio y terrorismo y sus consecuencias en los principios rectores en el Derecho Penal

El Derecho Penal, es una de las principales ramas originarias del Derecho. En un inicio existieron dos grandes ramas el Derecho Civil y el Derecho Penal, que fueron desarrollándose y subdividiendo, hasta crear el sin número de ramas del Derecho afines en la actualidad; pero estas legislaciones tuvieron como base una norma superior la cual pusiera límites al desarrollo de ambas, esta norma es la Constitución.

Desde los grandes filósofos como Locke, Montesquieu, Rousseau se planteó la idea de crear un contrato social en el cual los hombres, que en un inicio se encontraban en un estado natural donde cada uno respondía por su propia supervivencia aplicando justicia a mano propia. Es así que ellos cedieran un poco de sus libertades para que, un ser supra humano, llamados príncipe, Estado, etc., sea el encargado de administrar esa porción de libertad para que así las personas que forman dicha sociedad puedan vivir en paz.

Esta porción de libertad debe ser estrictamente necesaria, ya que ningún hombre cede algo de su propiedad sin esperar una retribución mayor por dicha cesión. Si fuera por los hombres, recuperaríamos esa pequeña porción de libertad, en busca de nuestro propio interés. En virtud de mencionada premisa, Beccaria establece, que los hombres, tienden a recuperar dicha porción, y al recuperarla no tratan de salir del estado de confort, que proporciona el Estado, sino que solo pretende hacer valer su imperio frente a los otros miembros del contrato social violando los derechos de los demás.

Al producirse una violación el Estado, como representante de la sociedad, se encargará de hacer cumplir los acuerdos establecidos en el contrato social, a través de la coerción.

Es así que el Estado, planteó una serie de normas, que prohíben actos, que puedan ser lesivos para la conformación de la sociedad.

En vista de que el Estado sólo puede hacer uso de aquellas libertades mínimas para el mantenimiento del contrato social, es obvio suponer, que las reglas prohibitivas que establezcan no podrán prohibir los actos más humanos de sus miembros, así Beccaria establece:

"por justicia entiendo sólo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza". (Beccaria C. , De los Delitos y las Penas, 2011, pág. 144)

Como se puede apreciar de la presente cita, la imposición de penas deben estar en el margen de una finalidad y estas son conservar el contrato social (como ya se lo menciono en las posturas de la escuela Funcionalista), pero ésta no es su única finalidad. Al establecer la función de proteger el contrato social, también nos pone un límite en la imposición de penas, esto es el marco de la convivencia. Es así, que el Derecho Penal no solo busca la protección de la sociedad, sino la limitación del poder que el Estado ejerce sobre sus ciudadanos.

Una vez establecido este antecedente, podemos relacionarlo al Derecho Constitucional. La Constitución al ser el acto fundacional de una nación en el cual se establecen los lineamientos de un Estado, su conformación y los derechos que el Estado reconoce a sus ciudadanos, las demás normas que sean dictadas para la adecuada convivencia de sus miembros dentro de ese mismo Estado, deberán guardar coherencia con la Constitución.

2.1 Determinación de la incidencia de los tipos defectuoso con pluralidad de núcleos, en materia de derechos y garantías

Para un análisis del delito de odio y terrorismo el cual es nuestro objeto de estudio, analizaremos los diferentes principios rectores en Derecho penal, lo cual, nos facilitará determinar las repercusiones surgidas a raíz de la aplicación y creación de dichos delitos:

El artículo 76 numeral 3 de la Constitución, el cual establece las garantías básicas contenidas en el derecho al debido proceso, dispone:

"[...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento." (Asamblea Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 53)

Tanto el delito de terrorismo, como el delito de odio prohíben varias conductas, que pueden recaer en otros tipos. Es así, que una calumnia con odio podría ser considerada como una acción tipificada como delito de odio o calumnia; o en relación con el delito de terrorismo la persona, que detona una bomba y mata a cuatro personas como consigna en contra de la política exterior del Ecuador, en un aeropuerto se podría decir que la acción es terrorismo y asesinato.

En el primer caso se estaría ante el cometimiento de un delito de calumnias la cual debería ser juzgada, por una vía de acción penal privada y no pública; en el segundo caso, estaríamos frente a un delito de asesinato.

En la esencia de los delitos en cuestión podría existir el caso en que se este vulnerando la adecuada tramitación de la causa. Pongamos el caso del estupro, el cual tiene la misma pena, que el delito de odio, una persona mayor de dieciocho años que por engaños con un fin de odio (el cual no está claramente definido), tiene relación con una menor de edad afro ecuatoriana, porque cree que todas las negras son solo para pasar el rato, que no merecen ser novias de un blanco, y a través de actos sistémicos le convenció que lo mejor que puede hacer es acostarse con él afectado su integridad psicológica. En el mencionado ejemplo nos encontramos frente a un concurso ideal infracciones con la misma pena, pero las reglas del mencionado concurso no nos establecen que proceso a seguir, por lo cual podríamos recaer en una ambigüedad de trámite.

No mencionó, que el delito de odio y terrorismo deban ser tramitados por una vía diferente solo quiero establecer, que al ser subsumible dentro de ella múltiples conductas contenidas en otros tipos, aquellos tipos pueden en ciertos casos, ser tutelados a través de ejercicio de la acción penal privada.

2.1.1 Principio de lesividad

Nola Gómez Ramírez en un análisis del principio de lesividad establecido por el Doctor Raúl Zaffaroni establece:

"es aquel según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. Este principio es casi siempre admitido a nivel discursivo, sin perjuicio de que el mismo discurso lo desvirtúe abriendo múltiples posibilidades de racionalizar su neutralización" (Gómez, Analisis de los Principios del Derecho Penal 2004, pág. 21)

Como podemos apreciar de la presente cita, el principio de lesividad radica, en un límite impuesto al Estado, por el cual, solo se podrá penar aquellas acciones, que provoquen un daño a otro derecho o bien jurídico, basándonos también en el principio de mínima intervención penal. Esto lo podemos encontrar establecido en nuestra Constitución en el artículo 66 numeral 5 en relación con el límite al derecho de desarrollo de las personas; del mismo modo la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 29 numeral 2 establece:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.” (Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 9)

Para poder determinar, que acciones son punibles se debe analizar si efectivamente dicha acción provoca un daño a un derecho, y si este tiene el carácter tan relevante para poder ser protegido a través del Derecho Penal.

El delito de odio y el delito de terrorismo, como se lo estudió en el apartado de bien jurídico protegido, no marcan con claridad cuál es su bien jurídico, y cuáles son las acciones, que lo puedan afectar. Por lo que se llegó a la conclusión, que la acción contenida en el delito de terrorismo como en el delito de odio es ambiguo, en ambos casos estas acciones deben verse reflejadas en la lesividad de un bien jurídico.

En este caso, en relación con el delito de odio al encontrarse el mismo en el delito 177 del COIP Título IV, Capítulo II, Sección IV de delitos contra la igualdad, se entendería que el bien jurídico es la igualdad y en el caso de terrorismo al encontrarse en el Título IV, Capítulo VII de Terrorismo y su Financiamiento, el mismo no se encuentra establecido cual es el bien jurídico protegido. Por lo que no se establece cual podría ser el bien jurídico protegido, de lo que se puede inferir del elemento terror, se entendería que sería la paz social o si los observamos desde su antigua tipificación establecida en el ya derogado Código Penal, el bien jurídico sería la seguridad del Estado.

En relación con el delito de odio, el problema radica en que el elemento subjetivo odio no significa en todos los casos una situación de discriminación, del mismo modo que el elemento subjetivo terror no significa afectar a la paz social o la seguridad del Estado ya que el mismo puede ser utilizado como un medio para afectar el patrimonio de alguna persona, la vida de alguien etc.

Por lo antes expuesto se puede evidenciar, que la ambigüedad de los mencionados delitos, surge a raíz de sus elementos odio y terror. Elementos que forman parte de la naturaleza humana. Si bien es cierto, que estos actos deben ser penados cuando se exteriorizan, a mi modo de ver tanto el terror como el odio, emociones consideradas deplorables, las mismas no deberían ser penadas. Si se buscó a través de la tipificación de los mencionados delitos erradicar actos de odio y terror la finalidad del legislador, es crear una sociedad eternamente alegre y solidaria, llegando a un Estado policiaco.

Como ya se lo mencionó en el apartado de bienes jurídicos protegidos, para poder analizar cuál es el bien jurídico en los delitos en referencia, se procedió a determinar, cuales se verían afectados en la Constitución por acciones de odio y terrorismo.

El odio como tal, no constituye la afectación de ningún bien jurídico contenido en la Constitución, a diferencia de la discriminación el cual si afecta al derecho a la igualdad. Cabe mencionar, que de la forma en que se encuentra estructurado el COIP, el delito de odio es un delito, que afecta a la igualdad, pero como se lo analizó, en su sentido literal el odio no puede ser sinónimo de discriminación, por lo cual existe una discordancia entre el elemento subjetivo odio y el bien jurídico protegido.

Por lo que se puede inferir, que el odio como tal no constituye la violación a un derecho, demostrando en este caso la violación al principio de lesividad.

En el caso del delito de terrorismo, como ya se lo mencionó, el bien jurídico no se lo encuentra claramente establecido en el esquema de bienes jurídicos establecidos en el COIP, por lo cual es deber del intérprete establecer cuál es el bien jurídico. Del análisis realizado en el apartado de bien jurídico, se determinó, que se podría considerar al mismo como el derecho a la seguridad del Estado, pero del mismo modo el mencionado bien al ser de carácter difuso podría provocar, que se pene conductas, que si bien provoquen terror, el mismo no llegue a la magnitud de ser considerado como terrorista; como en el caso del 30-S, en el cual por el solo hecho de aplaudir, se consideró el mencionado acto como terrorista.

2.2 Análisis del concepto de odio y terrorismo en relación a su elemento subjetivo según las actas legislativas del mismo tipo penal.

Para entender el significado con el cual se trató de dar a la norma es necesario determinar cuál fue la intención, que el legislador quiso dotarle a los delitos en referencia. Por lo que se debe estudiar desde las actas de la asamblea, el debate suscitado para la creación del delito de odio y terrorismo. Es así que solo desde este punto podremos entender cuál fue el alcance, que el legislador quiso dotarle al delito de odio y terrorismo.

2.2.1 Delito de Odio

Dentro del estudio de las actas legislativas realizadas para la formulación del Código Orgánico Integral Penal se pudo constatar, que no existe una oposición clara a la tipificación del delito de odio.

Existiendo 2 debates y un proyecto del ejecutivo para la formación del cuerpo normativo ya mencionado, se determinó, que por parte de la Asamblea Legislativa no existió un grado amplio de interés y controversia en relación a la forma de tipificación del delito de odio. Es más dentro de los cambios realizados al proyecto de Código Orgánico Integral Penal, en específico el delito de odio, no se constataron cambios sustanciales, sino más bien, relacionados a la ejemplificación de las características del sujeto pasivo del delito de odio, mostrando claramente el desinterés, hacia este delito.

2.2.1.1 Proyecto del Presidente

El presidente envía a la Asamblea su proyecto de Código Orgánico Integral Penal, en donde define al delito de odio como:

"Artículo 110.- Actos de violencia o de odio.- Quien 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, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo, resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si dichos actos de violencia produjeron la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con pena privativa de libertad de veinticinco a veintiocho años." (Correa Delgado, Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal, 2011, pág. 53)

En la presente cita podemos constatar la existencia de 10 características del sujeto pasivo de la infracción. En relación a la imposición de penas, este proyecto guarda semejanza con el primer informe de la Asamblea sobre el delito de odio. Es así, que en dicho proyecto existen penas estrictamente establecidas más no un reenvío a diferentes tipos penales.

2.2.1.2 Primer Proyecto de la Comisión de Justicia

En el primer proyecto de la Comisión de Justicia, el delito de odio consta con la siguiente transcripción:

Art. 166.- Actos de violencia o de odio.- "La persona que cometa actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo, resulte herida alguna persona, los autores serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si dichos actos de violencia produjeron la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con pena privativa de libertad de veinte a veinticinco años" (Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Primer Informe de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, 2012, pág. 76)

En el primer informe podemos constatar la existencia de 9 características del sujeto pasivo de la infracción; además de que los actos de violencia, que se realizarán en el presente delito serán física o moralmente movidos por el odio y el desprecio.

Dentro de las observaciones al primer informe solo se encuentran las realizadas por el ex asambleísta Fernando González, el 23 de diciembre del 2010, pero dichas observaciones no se encuentran registradas en el archivo de la Asamblea, debido a una enfermedad del ex asambleísta, lo cual impidió el envío por escrito de las mismas; lo que demuestra el grado de interés, por el mencionado.

2.2.1.3 Segundo Proyecto de la Asamblea Nacional

En el segundo informe se puede apreciar la siguiente transcripción:

Art. 179.- Actos de odio. "La persona que cometa actos de violencia moral o física de odio, de desprecio o discriminación contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, discapacidad o estado de salud, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si los actos de violencia provocan heridas a persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años" (Asamblea Nacional de Ecuador, Segundo Informe de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, 2012, pág. 70)

En el segundo debate se puede apreciar un cambio, en relación a la ejemplificación de las características del sujeto pasivo de la infracción, que puedan configurar el delito de odio. Es así, que en el primer informe existían 9 características del sujeto pasivo por los cuales se podría subsumirse al tipo de odio mientras, que en el segundo informe se encuentran 15 características. Otro cambio suscitado dentro del segundo informe, es la imposición de penas, mientras, que en el primer informe se establecía penas fijas para la comisión del delito de odio, en el segundo informe se produce un reenvío a las penas establecidas en el delito de lesiones.

2.2.1.4 Actual tipificación del delito de odio

Delito de odio Artículo 177: "La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años." (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal 2014, pág. 79)

Como se desprende, de los diferentes proyectos e informes emitidos, durante la formulación del delito de odio, su actual tipificación, no marca una gran diferencia, por lo que, se puede inferir, que la única preocupación dentro del proceso legislativo del mismo se centró en dos puntos:

El primero es la ejemplificación taxativa de las razones por los cuales se puede cometer el delito de odio, que en su actual tipificación constata 17 razones⁸. En segundo lugar se encuentra la forma de penalización de dichos actos, en el primer informe y el proyecto del presidente, la penalización se encontraba claramente determinada en el tipo penal de odio, en el segundo informe y en la actual tipificación, existe un reenvío hacia los tipos penal de lesiones.

Si tratáramos de entender el alcance y sentido con el cual se trató de establecer el delito de odio, podemos constatar, que el estudio de este fue mínimo, la técnica legislativa usada

⁸ Características del sujeto pasivo de la infracción

en dicho apartado fue casi nula, ya que no existió un verdadero debate en torno a este delito. Y se manejó sus cambios, en relación a informes y proyectos, de los que nunca se expusieron sus motivos dejando el delito de odio, como un delito de tipo abierto, con una pluralidad de actos y motivos por los cuales se pueda cometer el delito.

2.2.2 Delito de terrorismo

Del mismo modo, es menester, analizar el alcance, del cual, los legisladores han querido dotarle al delito de terrorismo, así como el procedimiento de configuración del mismo

2.2.2.1 Proyecto del Ejecutivo

"Artículo 373.- Terrorismo.- El que provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, inclusive por motivos políticos, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o a las edificaciones o medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años." (Correa Delgado, Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal, 2011, pág. 129)

La presente cita, guarda algunas diferencias con las definiciones del delito de terrorismo, establecidas en los informes de la Asamblea los cuales se detallaran a continuación. En primer lugar se establece, que se puede cometer el delito de terrorismo pretextado cualquier finalidad. Segundo, la transcripción del delito de odio, por parte de la cabeza del ejecutivo, no establece una ejemplificación de conductas, en las cuales puede subsumirse la conducta.

2.2.2.2 Primer Proyecto de la Comisión de Justicia

Dentro del primer informe, se puede constatar la siguiente transcripción del delito de terrorismo, que debido, a que la enumeración de las circunstancias por las cuales se puede cometer el delito son ejemplificativas, solo analizaremos su primer párrafo el cual contiene todos los elementos que conforman el tipo penal de terrorismo.

“Artículo 357.- Terrorismo.- Será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años, el que individualmente o formando asociaciones, armadas o no, pretextando cualquier fin, inclusive políticos, provoque o mantenga, en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o a las edificaciones o medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos; en especial” (Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Primer Informe de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, 2012, págs. 136-137)

Del análisis del presente tipo penal, se puede establecer, que el mismo goza de incluso un carácter más ambiguo, que la actual tipificación del delito de odio. Pero esta ambigüedad radica en el carácter subjetivo, que el mismo término de terror goza. Solo para cimentar la anterior premisa podemos mencionar que en diferentes apartados de la Organización de las Naciones Unidas, se ha tratado de definir dicho delito, pero cada vez, se sugiere una nueva definición lo cual dificulta la tipificación del mismo. Esto lo podemos constatar en tratados de diferentes autores como Alexis Rodrigo Laborias, que establece la dificultad de definir el delito de terrorismo al siguiente tenor:

“En términos generales, BELLAMY (2009, pp. 211-216) opina que las definiciones existentes se centran en una o más de las siguientes características: 1) el terrorismo tiene motivaciones políticas; 2) lo llevan a cabo actores no estatales; 3) ataca a no combatientes deliberadamente; y 4) logra sus objetivos generando miedo en las sociedades. Para circunscribir esta problemática y otorgarle determinados efectos jurídicos, cada Estado puede tomar una o más de las características antes mencionadas, o recurrir a otras no enumeradas allí, de acuerdo a los elementos que considere como esenciales. El resultado es una tipificación diferente en cada ordenamiento jurídico nacional, lo que contribuye a dificultar la cooperación interestatal” (Rodrigo Laborias, 2013, El concepto de terrorismo en las Naciones Unidas: antecedentes y perspectiva actual, Ambito Juridico, Buenos Aires, Argentina, Recuperado: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12402%26revista_caderno%3D10?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13510&revista_caderno=16)

La pregunta aquí radica, en qué tipo de técnica legislativa, se trató de manejar en el proceso de tipificación del presente delito. Si analizamos el artículo 357 del primer informe de la Comisión de Justicia, se puede apreciar que al establecer y cito: "el que individualmente o formando asociaciones, armadas o no, pretextando cualquier fin", (Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Segundo Informe de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, 2012, págs. 136-137) que la única intencionalidad, que tiene el legislador, es penar todo tipo de acción que pueda llegar a tener un impacto a la sociedad, dejando de lado el principio de estricta legalidad, quedando los presupuestos de en un Derecho Penal del enemigo.

2.2.2.3 Segundo Proyecto de la Asamblea Nacional

Artículo 367.- Terrorismo. Será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, la persona que individualmente o formando asociaciones armados o no armadas, pretextando cualquier fin, incluso políticos, provoque o mantenga, en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos; en especial: , (Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Segundo Informe de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, 2012)

Como se puede evidenciar de la presente cita, la diferencia, que existe con el primer informe es prácticamente ninguno, ya que gozan de la misma estructura y palabras, la única diferencia, son los años de imposición de la pena, los cuales en el segundo informe son menos que en el primero.

2.2.2.4 Actual tipificación del delito de terrorismo

Artículo 366.- Terrorismo "La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, en especial si:" (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134)

De esta última y actual tipificación del terrorismo se puede apreciar tres diferentes puntos. Primero, la descripción del sujeto activo es muchos más amplia, que en el proyecto del ejecutivo, dejando especificado, que el terrorismo se lo puede realizar por una o varias personas organizadas, pero estas siempre y cuando estén armadas, ha diferencias de los anteriores informes y proyecto. En segundo lugar, se deja mucho más abierto, la finalidad de la acción del sujeto activo, ya que en esta última tipificación, se establece, que solo se necesita causar un estado de terror en la población para haber cometido el delito de terrorismo a diferencia de los informes y proyectos que establecen:

"[...] en estado de terror a la población o a un sector de ella, inclusive por motivos políticos" (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 134).

2.2.3 Intervenciones de los Asambleístas en el proceso de tipificación del delito de terrorismo

A diferencia, del debate suscitado en el delito de odio, este fue mucho mayor a lo esperado, ya que dentro del mencionado proceso si existieron varias intervenciones de ex asambleístas, que notaron, la ambigüedad, en la que se encuentra el presente delito, estableciendo argumentos tanto jurídicos como prácticos, que ya han sido esgrimidos en la presente disertación.

En primer lugar se encuentra la intervención del ex asambleísta Virgilio Hernández que establece:

"En ese sentido, quiero señalar a la Comisión que, efectivamente, coincido con que creo que hay tipos penales que no están lo suficientemente definidos, que pueden prestarse a ambigüedades, que pueden ser abiertos y de esa manera pueden generar situaciones que permitan un uso que no sea el que se busca, que es el de garantizar derechos." (Asamblea Nacional de Ecuador, Acta de la Asamblea Nacional, COIP 174-B 2013, 2013, pág. 76)

Como se puede apreciar, el referido ex asambleísta, logra constatar de primera mano la existencia de una gran ambigüedad, en la forma en que se está tipificando diferentes delitos. En estricto sentido, en relación con el terrorismo.

El Asambleísta Bustamante Fernando, establece el siguiente análisis en relación al delito de terrorismo:

"El artículo trescientos cincuenta y siete, me permito solamente leer unas líneas, define el terrorismo como una actuación, se califica, que provoca o mantenga un estado de terror y a mi juicio, esa forma de redactarlo permite que el tipo penal quede absolutamente abierto ¿por qué? Porque el terror o el miedo son una condición subjetiva de quien lo sufre y lo que puede provocar terror o miedo en las personas es algo extraordinariamente relativo y difícil de juzgar, en el origen del término terrorismo. Cuando se hacía estudios de seguridad por lo menos en un inicio hace veinte, treinta años, se entendía que lo que definía la acción terrorista, era la intencionalidad política de afectar el proceso democrático creando terror, no es, hay tantas cosas que pueden provocar terror, pasado cinco personas vestidas de punks por la calle y el vecindario se aterra, eso no los convierte en terroristas." (Asamblea Nacional de Ecuador, Acta de la Asamblea Nacional, COIP 174-B, 2012, págs. 85-88)

Como se lo analizó en el primer capítulo de la presente tesis, el miedo y el terror, en relación al delito de odio y terrorismo, son condiciones tan subjetivas, que las acciones que cometa cualquier persona, pueden recaer en el cometimiento de estos delitos,

acciones como el vestirse, caminar, hablar, que forman parte de la propia libertad de las personas, serán restringidas por la falta de probidad, que debieron tener los asambleístas al momento de tipificar el delito de terrorismo o de odio.

En conclusión, en relación a ambos delitos, se puede evidenciar, que la intencionalidad, que se le quiso dotar al delito de odio, y terrorismo, fue la de un sistema represivo, por el modo de abrir el abanico de acciones por las cuales una persona puede cometerlos. Ya que cualquier persona puede realizar una acción y está a criterio subjetivo del juez, o de la víctima, podrá ser considerada como terrorismo u odio, siendo éstas una simple exteriorización de su libertad o incluso en el caso del odio; tal vez si se deseó, atacar, insultar o matar a la víctima, pero el tratar de pensar, que dicho acto fue por odio es demasiado subjetivo.

A mi parecer, y tal vez, saliendo un poco del tema, la creación de este tipo de delitos tan abiertos lo único, que provoca, es la creación de tipos penales, por los cuales se pueda reprimir cualquier actividad subversiva, que sin ser terrorista, pueda afectar al gobierno, pudiendo penar, actos propios de la libertad humana, bajo sentimientos subjetivos.

Del estudio de las actas, informes y proyectos de la Asamblea Nacional, podemos establecer, que en vista del debate casi nulo de dichos delitos, variando únicamente el monto de las penas y dejando constancia, que dentro del delito de odio y terrorismo pueden ser subsumidas cualquier acción siempre que causen miedo o tengan como móvil un odio hacia otra persona. La voluntad del legislador me parece casi nula, teniendo solo como finalidad de la norma el tratar de reprimir el mayor número de conductas que puedan ser subsumidas dentro del móvil miedo y aterrorizar. Cabe recalcar y en específico en el delito de terrorismo si existió un debate por los asambleístas los cuales evidenciaron el carácter excesivamente abierto de los delitos estudiados, pero dichas críticas al delito de terrorismo no fueron escuchadas dejando la misma estructura en la que se encontraba.

2.2.3.1 Técnica legislativa utilizada dentro de la tipificación del delito de odio y terrorismo

Una vez, analizado el proceso legislativo del delito de odio y terrorismo, nos corresponde, determinar, si ésta se ha manejado mediante un procedimiento, que cumpla

con estándares, para la creación de normas y si éstas cumplen la función regulativa y protectora de derechos.

Según la Dra. Paulina Araujo, en el análisis de la técnica legislativa alemana del Checklist, establece, que existen ciertos parámetros, que el legislador debe respetar en el momento de crear una norma penal los cuales son:

Comprensibilidad:

“El contenido esencial de las disposiciones normativas debe ser comprensible para sus destinatarios.” (Araujo Paulina, s.f, El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales, Paulina Araujo Granda Abogados, Quito, Ecuador, Recuperado: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leves-penales>)

En relación al delito de terrorismo y odio, se puede establecer, que existe un sin número de ambigüedades, que provoca, la incertidumbre para el destinatario. En primer sentido, la determinación de la conducta típica, la cual se está prohibiendo; en relación al delito de odio, se lo puede apreciar, en la indeterminación de la definición de odio, y en relación al delito de terrorismo, en la definición de terror. En un segundo punto analizado es la ambigüedad respecto al proceso a seguir, ya que la determinación del proceso, se lo realizará, según la actividad delictiva cometida, así una calumnia o una contravención de cuarta clase en contra del honor (art. 396 numeral primero), los cuales son un delito de acción privada, con un proceso para el ejercicio de la acción privada y procedimiento expedito, respectivamente se tramitarán, mediante la aplicación de las pautas de un concurso aparente de leyes penales y por ende como se lo mencionó podía existir una violación, en relación a que procesos seguir, ya que si se sigue una acción penal privada no se tutela la igualdad y si aplicó el odio violó el principio de proporcionalidad de las penas⁹.

Aceptación:

“Aunque no se podría pretender que los destinatarios de la norma estén siempre de acuerdo con ella; como criterio general, deben tener la convicción de que la regulación tiene sentido, no es contradictoria y es necesaria.” (Araujo Paulina, s.f, El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e

⁹ Podría existir el caso, en el que exista un concurso aparente entre un delito de odio y una contravención de cuarta clase por lesiones de menos de tres días. Si aplicó el delito de odio, la pena a imponer es de uno a tres años, si aplicó la contravención de cuarta clase, dejó de proteger la igualdad. El problema radica, en que si la lesión fuera de más de tres días la pena sería mucho menor a la de una lesión de menos de tres días, por lo cual existiría una violación al principio de proporcionalidad de las penas.

interpretación de leyes penales, Paulina Araujo Granda Abogados, Quito, Ecuador, Recuperado: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales>)

Del análisis realizado de las actas de la Asamblea del delito de odio se puede determinar, que si se lo concibe al delito de odio desde una perspectiva de discriminar a través de actos violentos, podremos determinar, que efectivamente es una conducta la cual merece ser considerada penalmente relevante, ya que está afectando al derecho a la igualdad y a la integridad de las personas; pero lastimosamente como se lo ha mencionado a lo largo de la tesis, el odio no es sinónimo de discriminación y no todo odio significa afectar el bien jurídico igualdad.

En relación al delito de terrorismo se puede apreciar, que si cumple este postulado, ya que la conducta típica de terrorismo, es un acto, el cual por la gravedad de sus repercusiones sociales, económicas y políticas, gozan de una gran relevancia. Por ende deben ser protegidos a través del Derecho Penal, pero al igual que el delito de odio, no todo terror tienen una finalidad terrorista, por ejemplo una persona, que por asaltar un banco pone una bomba en los empleados del banco, para que después de robarlo ellos puedan huir. En este caso si bien afecta a la paz social, no modifica ni altera la estructura constitucional del Estado o su funcionamiento.

Previsibilidad y estabilidad normativas:

Este nivel debe ser pormenorizadamente analizado, toda vez que las normas que se ven sujetas a constantes modificaciones y reflejan la falta de uniformidad en su aplicación, lesionan la necesidad de orientación que sienten los destinatarios de la norma y la previsibilidad y confianza en el Derecho. (Araujo Paulina, s.f, El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales, Paulina Araujo Granda Abogados, Quito, Ecuador, Recuperado: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales>)

Tanto el delito de odio y terrorismo, ya han sido tipificados por legislaciones anteriores, si bien es cierto, que en las mencionadas tipificaciones las mismas mantienen una tipología más o menos similar, todas en común poseen las mismas ambigüedades ya analizadas en párrafos anteriores, pero a la vez gozando de estabilidad a través de los años por política criminal. A mi modo de ver el delito de odio y terrorismo si deberían seguir constando como conductas penalmente prohibidas debido a la afectación que dichas conductas puedan causar, pero las mismas deberían establecer con mayor precisión, cual es el verbo rector dentro de los mencionados delitos y el bien jurídico protegido en relación al delito de terrorismo.

Minimización en la imposición de cargas a los afectados:

“El órgano legislador debe considerar que todo tipo de imposición de deberes y cargas no deben comportar a los afectados deberes de aportación de información excesivos ni complicadas gestiones burocráticas” (Araujo Paulina, s.f, El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales, Paulina Araujo Granda Abogados, Quito, Ecuador, Recuperado: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leves-penales>)

El odio y el terror al ser de carácter tan subjetivo, provoca que la comprobación del mismo sea demasiado difícil, lo que desemboca, que tanto el fiscal, el acusador particular en su defecto, como el procesado interpongan un sin número de prueba tendiente a comprobar un hecho en extremo ambiguo.

2.3 Análisis del delito de terrorismo y odio, en relación con los principios contenidos en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal.

Para la conformación de un sistema jurídico es necesario la implementación de diversos principios jurídicos, que son la forma, por la cual, se guía una determinada rama del Derecho. Los principios jurídicos, son guías, por las cuales, debe alinearse la creación y desarrollo del Derecho, no solo desde el modo en que se debe legislar, sino hasta la manera en que un juez debe emitir una sentencia.

Estos principios, se encuentran en diferentes ramas del Derecho y el Derecho Penal no es la excepción.

En el artículo 5 del actual Código Orgánico Integral Penal establece una gama de principios jurídicos relacionados con la rama penal, los cuales se los analizará en relación con el delito de odio y terrorismo.

2.3.1 Principio de Legalidad

2.3.1.1 Principio de legalidad en la Constitución

La Constitución en su artículo 76 numeral 3 establece:

"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley." (Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 26)

Como se puede evidenciar de la presente cita se puede determinar, que la misma establece que no habrá una pena, ni procesos sin infracción la cual no sea determinada en la ley. Se puede inferir dos puntos el primero es el principio de mera legalidad y de estricta legalidad.

El primer principio como lo establece el Doctor Luigi Ferrajoli en su libro “Derecho y Razón” es un mandato dirigido a los jueces, los cuales establecen, que el Derecho Penal al ser de ultima ratio y que la afectación a los derecho los cuales protege es de suma importancia este debe ser expresado a través de una ley, en palabras más simple, los delitos solo pueden ser tipificados en una ley. (Ferrajoli, Derecho y Razón, 1989, págs. 34-35)

El mismo autor en relación con el principio de estricta legalidad establece, que el mismo está dirigido a los legisladores, en el sentido de que ellos tienen que ser lo mayormente descriptivo al momento de tipificar conductas penalmente prohibidas, ya que las mismas serán dirigidas a los ciudadanos para que los mismo en entendimiento de aquellas moderen su conducta en observancia a la establecida en el tipo penal.

2.3.1.2 Principio de legalidad en el COIP

"No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla" (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 27)

El principio antes enunciado marca varias premisas correlacionadas las cuales, en caso de que no exista ley penal anterior al hecho delictivo, no solo no existiría un proceso penal, una pena sino en sí un delito o contravención.

Al no existir infracción penal, sin pena, resalta el principio constitucional ya mencionado por el cual, solo las acciones lesivas, pueden ser penadas. Aquellas acciones, en las que solo habrá pena y proceso cuando una ley tipifique una acción u omisión como infracción penal. En caso de no existir pena, significaría, que la acción cometida no goza de una relevancia trascendente para el Estado, para que la disuasión de esta actividad, sea la imposición de una pena. Al no existir pena ni infracción sería inconcebible, que pueda existir un proceso para exigir la tutela de un derecho.

Pero para que pueda existir una infracción penal, una pena y un proceso es necesario que éstas sean establecidas con anterior en una ley. Este precepto marca varios derechos.

Primero, el establecimiento de un proceso, un delito y una pena, permite a la comunidad saber, que acciones serán a las que deban adecuar su conducta, y que acciones serán reprimidas, si se las comente, impidiendo, que nadie más que el legislador pueda tipificar infracciones penales.

En segundo lugar el conocimiento de la pena de un delito, nos da la seguridad de que no existan penas arbitrarias impuestas por el Estado, sino penas, determinadas por la propia comunidad (a través de su órgano legislativo), respetando las garantías y derechos establecidos en nuestra Constitución. Y por último, el establecimiento de un proceso determinado nos permite garantizar, el juzgamiento de una manera imparcial, efectiva y expedita, libre de procedimientos engorrosos, imparciales, y con jueces determinados, lo que dentro de la doctrina se lo conoce con el principio del oficialismo.

La determinación de un proceso, es uno de los principios, que permiten la tutela judicial efectiva de un derecho. Ya que la concepción de un derecho, sin la vía por la cual no se pueda hacer respetar, quedaría en la letra muerta de un Código. El precautar un derecho, nos permite salir de un estado de barbarie, en el que exista una auto tutela, en el que el más fuerte logre hacer respetar un derecho y no el órgano encargado de ello según el contrato social.

La determinación de un proceso, no solo permite precautar un derecho, sino da la seguridad de saber los parámetros, que se seguirán dentro de él; el procedimiento, que este tendrá, permitiendo al accionante y al procesado, ejercer adecuadamente su derecho de acción y contradicción.

El odio y el terror al ser elementos tan ambiguos y en el caso del delito de odio este se encuentra en contradicción con la gama de derecho el cual protege el Capítulo II, Sección V del Libro Primero del COIP esto es la igualdad y ya que no todo odio se dirige afectar el derecho a la igualdad, este terminar quitando el carácter descriptivo del tipo penal. Ya que el artículo en cuestión debió establecer, que los actos de antipatía y aversión hacia una persona al cual se desea el mal, lo que es el odio, debía realizarse por motivos de discriminación, ya que de esta manera el tipo penal estaría plenamente descriptivo.

En relación con el delito de terrorismo existe el mismo problema, debido a que en el Capítulo en el que se encuentra no se establece a precisión cuál es el bien jurídico el cual el legislador pretende proteger a través del delito de terrorismo. Al no encontrarse establecido, cual es el bien jurídico, el mismo dificulta saber cuál debe ser el grado de afectación a la sociedad por actos de terror, para que los mismos sean considerados terrorismo, lo cual, dificulta saber cuándo la realización de los elementos objetivos del tipo terminarán siendo un delito de terrorismo. Provocando una inseguridad jurídica a diferencia de cómo lo establecía el derogado Código Penal.

2.3.2 Principio de Favorabilidad

"En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción." (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 28)

El presente principio establece, una prerrogativa a favor del procesado, debido al carácter tan trascendente del Derecho Penal, al ser de última ratio y la aplicación de sanciones dentro de esta rama afecta a la libertad de las personas. El juez en caso de confusión entre dos normas penales, que contemplen sanciones diferentes sobre un mismo hecho debe escoger la que favorezca al reo. Como dice a manera de ejemplo el dicho popular, es preferible tener 100 delincuentes libres, que un inocente preso.

Este principio de la forma establecida en nuestra legislación se relaciona únicamente en la imposición de penas y por ende a la aplicación de un tipo penal en específico, por lo que los jueces en caso de duda sobre el tipo penal a aplicar deberán acogerse a lo que establezca una condena mucho menor.

Si lo relacionamos con el delito de odio y terrorismo, teniendo como premisa el carácter ambiguo y confuso de los delitos en referencia, podemos constatar, que el subsumir una acción al delito de odio y terrorismo, significaría en algunos casos la imposición de una pena mucho mayor, además de la tramitación por una vía con muchas más etapas dentro del proceso.

Aunque nuestra legislación establece, que el presente principio sólo guarda relación con la imposición de una pena, es menester recalcar, que este tiende a ser más amplio. Ya que según varios autores entre ellos el jurista Juan Fernández en su libro "Derecho Penal

Fundamental”, establece que este principio aplica incluso en la tramitación de la causa, por lo que el principio de favorabilidad podría dentro de su carácter más puro determinar en casos de confusión la tramitación de un proceso u otro. (Fernández, Derecho Penal Fundamental. 1989, pág. 105)

Por lo que en relación con el delito de odio y terrorismo, en aplicación al presente principio, se podría establecer que bajo un concurso aparente de leyes penales y cuando se determine que el elemento odio y terror no se encuentra claramente determinado en la acción, pero que si se encuentra determinado en la misma los elementos típicos de una contravención de cuarta clase (por lesiones de menos de tres días), podríamos por principio de favorabilidad seguir proceso expedito por la contravención de una lesión de menos de 3 días.

2.4 Interpretación del delito de odio y terrorismo.

Una vez analizado el sentido, que en la Asamblea Nacional trató de dar al delito de odio y terrorismo, es menester estudiar ya dentro de la realidad práctica, cuál será el sentido que una víctima o un fiscal dará al delito de odio o terrorismo al momento de presentar una acusación particular, formular cargos, un dictamen fiscal o un juez emita una sentencia, entre otros actos.

Es así, que el tema que nos atañe en cuestión es la interpretación que se puede dar al presente delito, y si este goza de alguna laguna o vacío legal, el cual deba ser llenado a través de los diferentes métodos de interpretación existentes en el Derecho Penal.

Una vez establecido el contexto en el cual analizaremos el delito de odio y terrorismo es necesario saber los diferentes métodos de interpretación el cual se deberán aplicar a los delitos en referencia; para lo cual se lo analizará en dos apartados uno legal y otro doctrinario.

2.4.1 Contexto del surgimiento del delito de odio y terrorismo

Antes de empezar un análisis del delito de odio y terrorismo y proceder a interpretarlo, quisiera hacer una alusión al contexto en el cual se lo tipifico, para que de

esta manera entender cuál fue el motivo y el origen, que el legislador tomó en cuenta para reprimir las conductas de odio y de terrorismo.

El delito de odio se incorpora al Código Penal el 24 marzo de 2009, en el Capítulo Innumerado de Delitos de Odio, Título Segundo de Delitos contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Racial. Producto de la gama de derechos, que la Constitución del 2008 trajo consigo, en especial con el derecho a la igual y no discriminación contenido en el artículo 11 de nuestra Constitución, como lo establece la ex asambleísta María Ocles. La autora en referencia en su artículo “Los delitos de odio en la Legislación Ecuatoriana”, establece que la tipificación de dicho delito nace, por el incremento en el movimiento migratorio, existente en diferentes partes del mundo. Es así que un sentimiento de racismo y discriminación nació en muchos países de primer mundo, como fueron Estados Unidos, España, etc., en donde se vio con mayor claridad el efecto de racismo y discriminación hacia los ecuatorianos. (Ocles, 2013, Los delitos de Odio en la Legislación Ecuatoriana, Asamblea Nacional República del Ecuador, Quito, Ecuador Recuperado:http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/el_delito_de_odio_en_la_legislacion_ecuatoriana)

Dentro de las actas de la Asamblea, el mencionado delito fue propugnado por la Ex Asambleísta María Paula Romo, la cual dentro de las observaciones enviadas al pleno sobre el mencionado delito, establece:

“Son actos cometidos contra un individuo aparentemente por su raza, grupo étnico, religión, lugar de origen, nacionalidad, orientación sexual, sexo o afiliación política, afinidad deportiva, etc.

Estos actos pueden ser incidentes motivados por prejuicios como:

- Amenazas habladas o escritas o intimidación constante
- Destrucción/ vandalismo de propiedad.
- Ataques físicos o atentados contra un individuo.

No todos los incidentes de odio son crimines. Insultos verbales, aunque ofensivos, no son considerados un crimen y deben de ser acompañados de una amenaza de violencia y la habilidad para llevarla a cabo.” (Romo, Observaciones al Proyecto de Ley Reformativa del Código Penal 2009, pág. 3)

Como se puede evidenciar de la presente cita, los actos de odio deben ser dirigidos a una persona por pertenecer a un determinado grupo por motivos de discriminación. La misma ex asambleísta al respecto establece, que el odio es un concepto más elevado de discriminación, cuando este ya crea una animadversión hacia un grupo lo cual llega a

actos de violencia contra el mismo. Por lo que podemos entender, que el delito en cuestión, reprime actos que afecten el bien jurídico igualdad.

Posteriormente el 10 de agosto del 2014, entra en vigencia el Nuevo Código Orgánico Integral Penal, con la incorporación del delito de odio, dentro de la Sección V Delitos contra el derecho a la igualdad Capítulo II Delitos contra el derecho a la libertad, Libro I.

Como se puede evidenciar, el contexto en que nace el delito de odio, es a través de frenar, conductas discriminatorias y racistas en el país, en vista de la promulgación de una nueva Constitución. Por lo que la finalidad con la que se quiso tipificar el delito de odio, es establecer una garantía al ciudadano, en el que sepa, que su derecho a la igualdad y no discriminación será respetado y en caso de violación este será reprimido a través de la imposición de una pena.

De la lectura del delito de discriminación se desprende, que las conductas prohibidas son la distinción, restricción, exclusión o preferencia, del goce de derechos en condiciones de igualdad por motivos raciales, étnicos, culturales, de género, etc. De la lectura del delito de odio, se desprende el mismo sujeto pasivo establecido en el delito de discriminación solo que la única diferencia radica en que la acción prohibida y penada son los actos de violencia física o moral. Por lo que se infiere que si una persona la golpean a otra persona pero por motivos raciales es odio, pero si se le prohíbe el ingreso a un local porque el dueño odia a los homosexuales es discriminación, sin importar si en el primer caso sea odio y en el segundo caso sea discriminación.

Como se puede evidenciar de los ejemplos dados y del contexto establecido, el motivo que dio origen al delito de odio es la protección al derecho de igualdad, pero la voluntad del legislador, no es concordante con el motivo que originó la norma. Ya que en vez de establecer un delito que efectivamente pene las conductas lesivas a la igualdad de las personas, creó dos tipos penales, el cual pueden reprender cualquier tipo de conducta.

Incluso como lo establece James B. Jacobs y Kimberly Potter, la creación de este tipo penal, al estar tan abiertos, entrega un arma para los grupos que pretende proteger. Ya que cualquier grupo homosexual, racial, étnico, podrá interponer indistintamente una de acción, la cual debido a su carácter amplio seguirá su respectivo desarrollo, provocando un distanciamiento entre diferentes grupos. A manera de ejemplo, la raza afroamericana, propondrá un sin número de acciones contra el grupo racial que lo discriminó u odio, debido a la amplitud con la que se encuentra tipificado el delito de odio. Por lo que el

grupo agresor o supuestamente agresor, digamos mestizos, estará cada vez más segregado del grupo afroamericano, demostrando la inexistencia de igualdad y como consecuencia del mismo propiciándola, ya que no se está estableciendo una garantía a este tipo de grupos segregados sino un arma.

Delito de terrorismo

El delito de terrorismo se incorporó a nuestra legislación en 1971, en el Código Penal, específicamente, en el Capítulo IV del Título I con 11 artículos, denominado "Delitos de Sabotaje y Terrorismo", dentro de dichos 11 artículos en ninguno de ellos se establece la definición de terrorismo, es así como lo establece Ramiro García Falconí:

"Los once artículos, que iban del 156 al 166 del Código Penal anterior, se refieren a paralización de servicios de salud; sustracción de medios de socorro con ocasión de incendios, inundaciones o naufragios; paralización de servicios públicos, destrucción de plantas de energía eléctrica, agua potable o gas, depósitos de mercancías, explosivos, etc.; [...]; portar armas sin los permisos respectivos; impartir o recibir instrucción militar sin permiso de autoridad competente; agresión terrorista perpetrada contra funcionarios públicos (sin que se especifique en qué consiste el carácter "terrorista" de la agresión) y la amenaza terrorista (sin que tampoco en este caso se especifique qué característica de la amenaza la convertiría en "terrorista")." (García Falconí, Informe sobre la aplicación del Concepto de Terrorismo en el Ecuador, 2015, pág. 320)

Ramiro Falconí dentro del texto "Informe sobre la aplicación del concepto de Terrorismo en el Ecuador", establece que posterior a la introducción del delito de terrorismo en 1978, se realizaron, múltiples reformas al delito en referencia incorporando el secuestro y destrucción de basamentos ecuatorianos, plagio, entre otras reformas, sin que esto signifique la incorporación de la definición de terrorismo. Es así hasta llegar al Código Orgánico Integral Penal, sin que exista ninguna reforma trascendental al respecto. (Falconí, Informe sobre la aplicación del concepto de Terrorismo en el Ecuador, 2015, págs. 323-325)

El motivo que originó, la introducción a nuestra legislación del delito de terrorismo fue el proceso de ratificación del Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismos Configurados, que iniciaría el 2 de febrero del 1971, en el cual, se establece entre sus artículos, el compromiso de cooperación dentro los diferentes países suscritos, para el sancionamiento de actos terroristas, sin definir que es un acto terrorista, como se lo puede evidenciar en su artículo primero y cito:

"Los Estados contratantes se obligan a cooperar entre sí, tomando todas las medidas que consideren eficaces de acuerdo con sus respectivas legislaciones y especialmente las que se establecen en esta Convención, para

prevenir y sancionar los actos de terrorismo y en especial el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexas con estos delitos" (Unidas, Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional, 1971, pág. 1)

Dicho Convenio fue ratificado por el Ecuador el 6 de agosto del 2006, sin existir una definición de terrorista.

El contexto que da lugar al surgimiento del mencionado convenio nace durante los años 60s y 70s, época en la que aparecieron muchos movimientos sociales, los cuales debido a su carácter extremista, se pensaba en un ataque terrorista. Esto surgió a la raíz, de la muerte de varios políticos entre ellos el presidente John F. Kennedy, y de su hermano Robert Kennedy. A nivel mundial la lucha entre Estados Unidos y la URSS, llegaría una tensión tan alta, que se estaría hablando de una tercera guerra mundial. En Europa, movimientos como la Primavera de Praga, Mayo Francés, establecerían un ambiente álgido dentro de los países miembros de cada bloque. Hasta llegar al atentado terrorista de las Olimpiadas de Múnich en 1972, donde fueron asesinados el equipo de Israel en manos de terroristas palestinos.

El desarrollo del delito de odio, se basó en un ambiente de preocupación, que no provenía de nuestro país, en mi opinión el establecimiento del delito de odio y terrorismo, dio su origen en acontecimientos extranjeros, y en la forma en que países extranjeros tipificaron dicho delito.

La tipificación del delito de terrorismo, tiene que tener en un primer grado el sentido de protección de un derecho, esto es la seguridad del Estado. A mi parecer y como ya se lo mencionó según la definición de la Real Academia de la Lengua Española, la finalidad del delito de terrorismo, es tratar de deshabilitar, cambiar, entorpecer el proceso político, político-económico, político-social, etc., de un Estado, de manera violenta, y en contra de los procedimientos previamente establecidos.

El tratar de penar cualquier intento, de posibles atentados terroristas, revueltas, agitación políticas, económicas, etc., es tratar de reducir los derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador como lo son el derecho a la libertad de expresión, huelga, etc., En el Ecuador, no existe un riesgo amplio; de la existencia de movimientos extremistas, que traten de deshabilitar la estructura del Estado, para imponer sus propios fines ideológicos. A diferencia de países como Estados Unidos, Siria, Nigeria, etc., en el que

diferentes organización tratan, a través de amenazas públicas, deshabilitar la estructura de dicho Estado.

Si entendemos el contexto en el que se manejan estas naciones podemos apreciar, que el riesgo del cometimiento de este tipo de delitos es amplio, por lo que el carácter de sanción del delito de terrorismo en este mismo tipo de países, será mayor. Dichos países al tratar de emplear medidas tan estrictas dando un poder amplio al Estado para poder violar diferentes derechos de sus ciudadanos, lo hacen en miras de la protección de sus Estados, dejando en claro, que en mi opinión, la forma en que legislan dichos países, es una clara violación a los derechos humanos.

De acuerdo con estudios de The Maplecroft Terrorism and Security Dashboard, Ecuador es uno de los países más seguros en ser víctima de un atentado terrorista, por lo que el tratar de implementar un delito como el terrorismo, desde un punto de vista globalizado, sería tipificar el mencionado delito en base a otra realidad social.

No trato de mencionar, que los actos de terrorismo no deba ser tipificado dentro de nuestra realidad, y que el tratado suscrito en cuestión no deba ser cumplido, lo que quiero ejemplificar en el aparatado en cuestión, es que si se quería tipificar. Los actos de terrorismos debería haberlo hecho el legislador, tomando en consideraciones las características propias de nuestro Estado.

En conclusión la forma, en que el delito de terrorismo surge y la manera en que se trató de incorporar al Ecuador dicho delito, son totalmente ajenas a la realidad Ecuatoriana. El tratar de reprimir cualquier tipo de conducta, como se lo analizó según las actas de la asamblea, solo demuestra el tratar de incorporar un delito en base a otra realidad.

De acuerdo al contexto establecido del surgimiento del delito de odio y terrorismo en el Ecuador podemos determinar, que el motivo por el cual, se debatió la introducción de los delitos en referencia, se basaron en el delito de odio, a la introducción de una nueva gama de derechos, a raíz de la Constitución del 2008, pero si nos basamos expresamente en el motivo que originó el delito de odio, deberíamos entender, que mismo debía establecer dentro del tipo, la finalidad que tienen esos actos de odio esto es discriminar a una persona por pertenecer a un grupo descrito en el propio tipo. Así, de este modo queda claro, que solo los actos de odio con fines de discriminar son delitos de odio no cualquier acto de odio a un grupo.

En segundo lugar, el contexto en el cual nace el delito de terrorismo es totalmente ajeno a nuestra realidad, por lo que tratar de entender el delito de terrorismo, en nuestra realidad, se basaría en un Derecho Penal del enemigo, que incrementando la gama de acciones las cuales pueden ser sancionadas a través de este delito, es violar el principio de mínima intervención.

2.4.2 Interpretación del delito de odio y terrorismo

Como se puede evidenciar, del análisis de los apartados anteriores existen dos lagunas, que nos incumbe en el delito de odio y terrorismo, la primera es la determinación del verbo rector y el bien jurídico dentro de dichos delito y la segunda la definición de los términos subjetivos de odio y miedo.

En base a estas dos lagunas, el presente apartado determinará si estas normas pueden ser complementadas en su sentido oscuro, en base a los métodos de interpretación establecidos en el COIP.

Interpretación legal Código Orgánico Integral Penal

Una vez analizado como fue la conformación histórica del delito de odio y terrorismo en el Ecuador y sus procesos de tipificación en la Asamblea Nacional es menester analizar la forma de interpretación establecida dentro del propio Código Orgánico Integral Penal.

2.4.2.1 Interpretación acorde a la Constitución de la República y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

El artículo 13 del cuerpo normativo en referencia establece los diferentes métodos de interpretar de una norma penal, por lo cual procederemos a analizar el delito de odio y terrorismo en base a los mencionados métodos.

El numeral primero del artículo 13 del COIP, que dispone:

"La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos" (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal 2014, pág. 35)

La presente cita tomó como base la aplicación del método de interpretación sistémico y el principio de jerarquía normativa. Es así que toda interpretación de las normas tiene que tener en primer lugar una correlación dentro del aparataje jurídico en el que se encuentra. Las normas al no ser una expresión aislada de la expresión de la voluntad ciudadana, sino normas de comportamiento, que se relacionan con otras normas dentro del sistema jurídico, dando fundamento unas a otra o permitiendo el nacimiento de otras normas de menor jerarquía.

Si relacionamos esta teoría con los postulados establecidos por Kelsen, entenderíamos que existe una gradación de las normas, en la cual el fundamento de una norma se basa en la jerárquicamente superior a está, hasta llegar a la Constitución del Ecuador cuya fundamentación se encuentra en una norma fundamental hipotética, basada en las normas de conductas, que la sociedad se ha puesto a ella misma, y son conocidas por todos.

Por ende podemos decir, que cualquier método de interpretación en una norma penal, tendrá como límite y fundamento los preceptos establecidos en la Constitución.

La interpretación del delito de odio y terrorismo dependiendo el método que se lo utilice podrá afectar a un sin número de derechos constitucionales. Por lo cual, solo analizaremos los que a mi criterio son los más relevantes tanto sustancial como procesalmente.

2.4.2.1.1 Derecho a la libertad

En relación con garantías constitucionales de carácter sustantivo, el artículo 66 numeral 6 de nuestra Constitución establece:

"El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones" (Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución del Ecuador, 2008, pág. 29)

Este principio es sumamente debatido a nivel mundial, y en especial en Estados Unidos, ya que si bien por un lado se establece, que cualquier persona puede emitir sus opiniones sin ninguna restricción, por otro lado, dentro de nuestra misma Constitución se establece, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Al ser todos los derechos establecidos en la Constitución de igual jerarquía a excepción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes el juez deberá ponderar entre ellos, para poder tomar una decisión. Pero cabe hacernos en este momento una pregunta, ¿El realizar

actos de odio a una persona, significa necesariamente la violación al derecho a la igualdad, o los actos de odio a una persona por pertenecer a un grupo no en todas las circunstancias significa la violación al derecho a la igualdad?

La discriminación se la puede comprender como la acción por la cual, una persona impide o menoscaba, el ejercicio o goce de un derecho a una tercera persona, por pertenecer ésta a un grupo determinado y por las características, que dicho grupo tiene.

El odio a diferencia de la discriminación nace a raíz de una concepción personal, se podría decir, que un grupo pueda sentir odio a otro, pero este no se genera desde una concepción social, sino desde el interior de la persona.

Si concebimos las normas penales, como normas prohibitivas, podemos establecer, en virtud del principio de lesividad, que las acciones no lesivas y que no han sido tipificadas como delitos, se las puede realizar. Pero, qué sucedería, como en el caso estudiado, esto es el delito de odio y terrorismo, en el que las conductas penalmente prohibidas no se encuentran plenamente especificadas, lo cual se traduce, en que su ámbito de prohibición no se encuentra delimitado.

Muchas acciones, que si bien se pueden considerar como odio, en realidad no lo son, debido a que no afecta al derecho a la igualdad, del mismo modo actos de terror, que no llegan a tener una relevancia social, no podrán ser considerados como terroristas.

Esta línea difusa en la cual no se establece, que actos pueden estar penalmente prohibidos y cuales no provoca, se restrinja el derecho a la libertad de las personas, en especial el derecho de la libertad de expresión.

Como ejemplo podemos apreciar el fallo de la Corte Constitucional de fecha 17 de septiembre de 2014, en el caso *Mina vs Fernández* estableció:

“El racismo está construido socialmente y se fortalece con los prejuicios, las ideas generalizadas, los chistes, las estigmatizaciones que niegan o ridiculizan a los seres humanos sus capacidades, destrezas, valores, en base a su fenotipo, por lo que solo hecho de denominar a una persona “negro” se convierte en un acto peyorativo.” (*Mina vs Fernández*, 0148-11-EP, Corte Constitucional, 2014, pág. 16)

De la cita expuesta, se desprende una premisa desgarradora. El solo acto de decir negro a alguien, ya constituye un acto de odio, sin importar el contexto en el cual se lo mencionó. Bajo la siguiente cita, podemos notar, que debido a la ambigüedad del referido delito, el mismo llegó a un interpretación increíblemente absurda, ya que, si el solo acto de decir a

alguien negro constituya un delito; estoy seguro, que en este momento nuestro sistema de justicia estaría abarrotado de casos de odio.

Dentro de nuestra cultura social, la palabra negro, no es un término despectivo, e incluso muchas personas de raza negra, no se identifican con el término afroecuatoriano. Personajes como Diogenes Cuero Caicedo radiolocutor o el columnista Juan Montaña, se considerarán que ellos son negros. Tratar de asimilar términos como nigger o afro american, para nuestra legislación es aplicar un concepto ajeno a nuestra realidad.

Por lo antes expuesto, se puede evidenciar, que tanto el odio como el terrorismo, al no tener definido la acción penalmente prohibida la misma amplia su ámbito de restricción vulnerando derechos como la libertad de expresión.

2.4.1.1.2 Derecho a un proceso definido

En vista de que el presente principio ya ha sido estudiado, solo se recapitulan a breves rasgos el mismo. Nuestra Constitución en su artículo 76 en su numeral 3 dispone:

"[...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento" (Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución del Ecuador, 2008, pág. 34)

Del cual se desprende, como una garantía procesal, el derecho de toda persona a tener un juez competente, y la especificación de un trámite específico. Por el cual, solicitar al Estado, la tutela judicial de un derecho violentado. En concordancia con el mencionado artículo se encuentra en el mismo artículo 76 numeral 7 literal k el derecho de cada persona de tener un juez independiente, imparcial y competente, además de la prohibición de juzgados de excepción o creado para el efecto.

Si analizamos nuestro objeto de estudio en base a la presente norma podemos demostrar la existencia de una ambigüedad de trámite, ya que existe un sin número de acciones por las cuales una persona puede cometer un delito de odio y terrorismo como son hurto, calumnias, contravenciones, etc., cada una de las acciones y delitos enumerados tienen una acción penal determinada y un proceso determinado, al del delito de odio y terrorismo. Los cuales son delitos por los cuales se puede interponer una acción penal pública.

Por lo que si bien, dentro de la estructura del COIP, el delito de odio y terrorismo se encuentran dentro de los derechos, cuya tutela se la puede solicitar a través de la interposición de una acción penal pública. Delitos como la calumnia, las lesiones menores a 30 días son delitos que acudo a un órgano jurisdiccional a través de una acción penal privada, por lo que en vista del presente análisis, se puede establecer una clara ambigüedad de trámite en su esencia, más no en la forma en que se encuentra establecida la norma.

Un ejemplo de esto es una lesión de menos de tres días la cual es una contravención de cuarta clase, el delito de odio en el caso de provocar lesiones nos remite al delito de lesiones y agrava las penas del mencionado tipo penal en un tercio. Si mi lesión es menor de tres días es una contravención y no un delito por lo cual, no entra en el reenvío al delito de lesiones y por ende solo puedo aplicar las penas establecidas en el primer párrafo del delito de odio esto es de uno a tres años.

Como se puede notar nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes penales, que por principio de especialidad debería aplicar el delito de odio, pero de hacerlo perjudicaría enormemente al procesado, en qué sentido:

El delito de lesión en su numeral primero establece, que si el resultado de las lesiones produce una incapacidad de cuatro a ocho días será sancionada con una pena privativa de libertad de treinta a sesenta días, al ser cometida con odio esta pena se agravara en un tercio esto es veinte días más, teniendo como resultado una pena de 80 días.

Si las lesiones cometidas con odio producen una incapacidad de tres días su pena será de quince a treinta días. El delito de odio es un delito agravado por lesiones no por una contravención, por lo que en este caso su pena será de uno a tres años, demostrando una desproporción de la pena

En este caso al existir una duda, debería a mi parecer considerar la acción ejecutada una contravención de cuarta clase, bajo el principio de favorabilidad.

Si tratamos de interpretar la norma en base al presente principio, tendríamos dos posturas. Una por la cual, o ponderamos el derecho de la igualdad y no discriminación del delito de odio o ponderamos el principio de estricta legalidad y establecemos, que al no estar definidos los casos en los cuales un delito de odio y terrorismo puedan ser subsumidas

delitos o contravenciones podríamos violar el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 76 numeral 6 de nuestra Constitución:

“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.” (Asamblea Constituyente, Constitución del Ecuador, 2008, pág. 53)

2.4.1.1.3 Derecho a la igualdad y paz social

Si partimos de que el delito de odio al estar catalogado en la Sección V del Capítulo II de delitos contra la Igualdad, podemos establecer, que los actos de odio en cuestión tienen, que ir direccionados a afectar la igualdad de las personas, derecho reconocido en la Constitución en el artículo 11 numeral segundo el cual establece:

“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.” (Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 21)

Pero como ya se lo ha mencionado a lo largo de la presente tesis, no todo acto de odio puede ser catalogado como discriminación. Por lo cual restringe en cierta medida, el elemento subjetivo de odio el cual caracterizará a la conducta a realizar y el bien jurídico protegido. Existiendo una contraposición entre el elemento odio y el bien jurídico igualdad. En un segundo punto, si lo que se buscó proteger era la igualdad de las personas la palabra que debió utilizarse, no como elemento subjetivo (odio), sino como verbo rector debió ser el de discriminación, ya que el odio no presupone en todos los casos un acto de discriminación.

En relación con el delito de terrorismo, lo que podríamos determinar en relación con la actual tipificación es una ambigüedad al determinar si el bien jurídico es la seguridad del Estado, cuando los actos tiendan a afectar el normal desarrollo y funcionamiento del Estado o la tranquilidad y paz de la sociedad. Ya que el terror puede ejemplificarse en diferentes circunstancias, por lo cual no se tiene en claro cuál es el bien jurídico protegido en el referido delito, lo cual nos dificulta saber, que actos de terror por su gravedad pueden ser considerados como terrorismo y cuáles no.

2.4.2.2 Interpretación Gramatical en el COIP

La interpretación gramatical, se encuentra establecido en el artículo 13 del COIP que establece:

"Los tipos penales y penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma" (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 35)

Si tratamos de entender la palabra odio y terror en su sentido común estaríamos a una gran ambigüedad de definiciones, que no nos permitiría definir dicho sentimiento debido a su carácter inefable. Ya Santo Tomás, establecía la existencia de conceptos inefables, que no pueden ser definidos pero sí pueden ser percibidos, como un color, una letra o un sonido. Lucero González Suárez, en un estudio de la definición de ente y esencia propuesta por Santo Tomás, establece:

"A partir de la sustancia primera no hay predicación porque 'decirse de algo' implica la relación de un término con otro cuya extensión está contenida en el primero. Así, por ejemplo, la especie 'hombre' se dice del individuo hombre del mismo modo que el género 'animal', se dice tanto del individuo hombre como de la especie 'hombre'. Empero, puesto que no hay nada respecto de lo cual el individuo pueda predicarse, de ello se deriva su inefabilidad" (González Suárez, La Doctrina de Santo Tomas de Aquino, sobre la Analogía sobre el Recursos para el Conocimiento Natural de Dios. Una Maditación Folsófica sobre sus límites y Alcances, 2015, pág. 162)

Por lo tanto, al tratar de definir un sentimiento con un carácter tan subjetivo y abstracto como es el odio, se estaría cayendo en definiciones tautológicas, que no nos daría una interpretación objetiva sino subjetiva, hasta circunstancial. La definición dependería del intérprete y de este modo perdería todo tipo de sentido dicho término y por ende la norma en cuestión. Por lo que tratar de interpretar el delito de odio y terrorismo, en su sentido literal, caeríamos en postulados ambiguos y contradictorios, violando el principio de estricta legalidad e imputando acciones, que dependiendo el intérprete podrán ser delito como no.

Cabe recalcar y como ya se lo ha mencionado en apartados anteriores, el odio, entendido desde su sentido literal, según la definición de la Real Academia de la Lengua Española, no significa la afectación de la igualdad, sino que es la discriminación, la acción pertinente la cual si afecta el mencionado bien. Por lo que si tratamos de interpretar el odio de un modo en que se asemeje al término discriminación para que de este modo lograr coordinar la acción cometida con el bien jurídico afectado, estaríamos violando el

presente método de interpretación. Pero si no lo haríamos penaríamos conductas, que no afectan al bien jurídico igualdad.

En relación al delito de terrorismo el mantener un estado de terror no permite vislumbrar cual es el bien jurídico afectado. En el derogado Código Penal, si se establecía que este tipo de actos deben afectar la seguridad del Estado. Pero en la actual tipificación, el delito de terrorismo solo establece, que se debe provocar terror mediante la afectación de los bienes jurídicos vida, integridad, libertad, propiedad, información, transporte, pero no establece, que es terrorismo. Si es la afectación a la paz social al provocar terror en la comunidad o considerarlo como la afectación a la seguridad del Estado como la antigua tipificación. Dependiendo de cada concepción podrá pensarse como terrorismo diferentes actos, que debido a la relevancia de los mismos puede ser que no lo sean.

Del mismo modo, que en el caso del delito de odio. El terror no nos establece, que bien jurídico se está protegiendo y por ende el grado por el cual el acto de odio podrá ser considerado como no terrorismo. Por lo que la interpretación, que se realice al mencionado delito, no podrá ser extensiva, ya que va a determinar cuál es el bien jurídico afectado en el mencionado delito.

2.4.2.3 Interpretación conforme analogía

La analogía en el Derecho penal es el último método de interpretación, que constan en el artículo 13 del COIP. La analogía ha sido un estigma, que bajo pensamientos de antaño, se ha tratado de implementar, dentro de la legislación de carácter romanista.

Existe juristas como Jiménez de Asúa, Reyes Echandía, Muñoz Conde, etc., que emiten, postulados en los que se establece, que una norma penal si puede ser interpretada a través de la analogía siempre y cuando está guarde ciertos parámetros. Pero para poder determinar si este método de interpretación puede ser aplicado en el objeto de estudio, es menester definir primero este método de interpretación.

Según Jiménez de Asúa la analogía es:

"La analogía consiste en la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los caso más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en conjunto" (Asúa, Lecciones de Derecho Penal, 1995, pág. 75)

Como se puede apreciar de la presente cita, la interpretación a través de la analogía, radica en el estudio de un caso análogo, cuya solución pueda servir de base para la resolución de un caso parecido. Este método a diferencia de los otros métodos de interpretación estudiados radica en que, los primeros buscan el sentido de la norma dentro de la misma norma. El método gramatical busca interpretar la norma a través del sentido literal de las palabras contenidas en ella. La analogía busca la solución de un caso, a través de un caso parecido. La misma goza de un carácter muy criticado en el campo penal, por dos razones.

La primera es el principio de legalidad, en el cual se establece, que solo los actos que con anterioridad han sido penados pueden ser juzgados, esto se encuentra en la Constitución del Ecuador artículo 76 numeral 3 y en artículo 5 numeral 1 del COIP. El tratar de penar una conducta a través de la analogía, sería como otorgar a los jueces la competencia de crear delitos a su arbitrio, ya Beccaria lo estableció al mencionar, que el juez no tiene por qué interpretar una ley, si él no fue el responsable de crearla.

La segunda crítica radica y como lo establece Zaffaroni en su libro “Derecho Penal Parte General”, el Derecho Penal es un Derecho discontinuo, a diferencia con el Derecho Civil. El mencionado autor se refiere a la continuidad en el sentido, en que en el Derecho civil, un juez no puede dejar de resolver una causa, alegando la inexistencia de norma, a diferencia del Derecho penal, en donde la inexistencia de una norma que tipifique una conducta como delito, esta conducta por conclusión no sería un delito. (Zaffaroni, Manual de Derecho Penal Parte General, 1991, págs. 134-135)

En este mismo sentido podemos apreciar, que la aplicación de la analogía dentro del campo penal radica en tratar de encasillar una acción que no se ha considerado como un delito, pero si de un carácter antijurídico, violatorio de un derecho, pero no tipificado y por ende no punible.

Por otro lado, los juristas ya mencionados en cuestión establecen, que es perfectamente aplicable la analogía en el Derecho penal bajo ciertas circunstancias. Ya que todo proceso cognitivo implica la existencia de una analogía, el tratar de prohibirla imposibilitaría a los jueces aplicar el Derecho. Es así, a manera de ejemplo cuando una persona trata de entender un objeto o situación, usa ciertas analogías, que el individuo receptor conoce, para que de esta manera, él forme una idea en su cabeza. Este tipo de doctrina se centra principalmente en países anglosajones, donde su principal fuente de Derecho es la

jurisprudencia o la costumbre, por lo que para la resolución de un caso siempre se toma como referencia la resolución de un caso previo.

En mi opinión, la aplicación de la analogía es totalmente válida en el sentido, que trate de aplicar principios rectores del Derecho Penal a casos análogos, ejemplo el principio de *in dubio pro reo*, valoración de la prueba como casos de delitos sexuales, el propio caso de Michael Arce, etc.; pero no para extender el sentido de la norma en una forma que se trate de penar más acciones que las establecidas en la misma.

Esta última preposición es una de las principales restricciones que establecen los autores a favor de la interpretación análoga. La analogía debe servir a la resolución de casos, siempre, que no se vulnere principios rectores en el Derecho Penal. Si entendemos la norma como una hipótesis en la que se establece dentro de la misma una consecuencia, el extender el sentido de la norma provocaría o la existencia de múltiples hipótesis o la imposición de penas mucho más estrictas.

Uno de los parámetros para aplicar la analogía es la interpretación análoga a favor del reo se la llama analogía *in bonam partem*, la cual en palabras de Reyes Echandía determina que su finalidad es.

"La de favorecer al delincuente, ya aplicando al caso no previsto legalmente una causa de exención del delito o de la pena, o un circunstancia de menor punibilidad" (Echandía, Derecho Penal, 1990, pág. 58)

2.4.3.4 Interpretación doctrinaria

La interpretación doctrinaria es una de las más importantes dentro de nuestro sistema legal, si bien es cierto no existe una obligación por parte de nuestro jueces, en aplicar una u otra interpretación estudiada y expuesta por algún jurista reconocido, los trabajos realizados por ellos, nos permiten vislumbrar diferentes posturas al respecto. El tratar de entender el Derecho en la simple teoría sin constatar su carácter práctico contenido en la doctrina, sería quitarle el sentido subjetivo a la norma.

Cabe aclarar, que dentro de los diferentes métodos de interpretación, que constan tanto en nuestro Código Orgánico Integral Penal, estos han sido desarrollados por la doctrina. Por lo cual, dentro del presente apartado sólo se analizarán aquellos, no contenidos en la norma y que gozan de un carácter relevante.

2.4.3.4.1 Interpretación teleológica

La interpretación teleológica como su nombre lo indica interpreta la norma, en el sentido, que más se ajuste con la finalidad de ésta. Si el Derecho Penal es de carácter finalista es coherente, que el método de interpretación de este sea el mismo.

Como se lo estudió, y en base a la doctrina dominante en las últimas décadas, el Derecho Penal es de carácter finalista, esto quiere decir que para la imposición de una pena, por el cometimiento de un acción prohibida en una norma penal, ésta no solo debe ver el cometimiento de la conducta realizada, sino también la voluntad del actor, así como su finalidad. Es así, que en base a este postulado, la interpretación de la norma, no debe estar centrada en constatar, si existió o no el cometimiento de la acción típica, sino la finalidad de dicha acción.

En el delito de odio y terrorismo, tendremos que precisar cuál es la finalidad de los referidos delitos. El delito de odio dentro de la clasificación establecida en el COIP, se encuentra en la Sección Quinta Capítulo II Delitos contra el Derecho a la Igualdad, conjuntamente con el delito a la no discriminación, por lo que podemos establecer, que esta gama de delitos afecta al derecho de las personas a la igualdad y no discriminación. Del análisis del delito de discriminación, establecido en el artículo 176 del COIP, que dispone:

"La persona que propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años." (Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 79)

Se puede evidenciar, que el delito de discriminación, solo se relaciona a actos, que traten de menoscabar el goce libre y en igualdad de condiciones, de cualquier derecho que tenga una persona, pero nunca llegando a actos de violencia, tanto física como psicológica y la vida.

Si nos referimos al delito de terrorismo, podemos apreciar, que el mismo delito se encuentra en el Capítulo VII, Terrorismo y su Financiamiento, del COIP. A diferencia, de delito de odio, en donde se encuentra un derecho específico, en la Constitución el cual

establece, el derecho de toda persona a su igualdad y no discriminación, el delito de terrorismo, no consta de la especificación del derecho el cual el delito afecta, tampoco de una definición en el ámbito legal, y una definición concreta en el ámbito doctrinario. Por lo que tratar de buscar la finalidad del presente delito, es de un carácter excesivamente complejo y debatible. Dentro de la doctrina penal e internacional, el delito de terrorismo tiene un millar de definiciones las cuales no son concordantes entre ellas, por lo que tratar de otorgarle una finalidad sería establecer una definición del delito de terrorismo.

A mi parecer, el delito de terrorismo tiene la finalidad de provocar estragos dentro de la estructura de un Estado buscando entorpecer, deshabilitar, las funciones del mismo, pudiendo provocarlo una o varias personas usando el terror para ello. En base a esta definición se puede apreciar, que la finalidad del delito de terrorismo es afectar la seguridad y estructura de un Estado.

Ahora bien una vez establecido el carácter de la interpretación teleológica, es menester entender si la misma puede ser aplicable o no. El jurista Jiménez de Asúa en su libro "Lecciones de Derecho Penal" establece que la interpretación correcta de una norma penal, surge cuando es concordante su interpretación gramatical con su interpretación teleológica. Pero en el caso del delito de odio y terrorismo esto no pasa, ya que por un lado, de la transcripción gramatical del delito de odio, la finalidad de este es penar las conductas de odio, pero el mismo no significa discriminación. En el delito de terrorismo la finalidad puede ser cualquiera siempre que cause terror. En vista de que ambos métodos de interpretación mantienen posturas diferentes, el jurista Jiménez de Asúa analiza los peligros de cada una de las mencionadas interpretaciones. (Asúa, Lecciones de Derecho Penal, 1995, pág. 70)

Por un lado Dorado Montenegro establece, que la aplicación de una norma en su sentido literal en vez, de su finalidad, ésta sería injusta, pero si se aplica su sentido teleológico en vez, que su sentido literal, este sería peligroso. Desarrollando este pensamiento, podemos establecer, que la aplicación de una norma fuera de todo contexto final, se estaría regresando a la época en que se subsume una acción a un delito indistintamente del motivo por el cual cometió. Del mismo modo la subsunción de una acción a un delito teniendo en cuenta la sola finalidad de la norma sin tener en cuenta su sentido literal, provocaría la violación al principio de legalidad.

Carrara en estudio a la teoría planteada estableció, que no tiene conciencia de delinquir cuando la ley es muda; del mismo modo el maestro Pisa establece que cuando se trate de aplicar una pena se debe atender al espíritu de ella. En base a estas dos premisas el jurista Jiménez de Asúa estableció, que en caso de que una norma, no establezca con claridad la composición de un delito, se desprenderá la disposición de no penar.

Tanto el delito de odio y terrorismo, no pueden ser interpretados en su sentido literal, ya que en base a este, se llega a muchos conceptos vacíos los cuales no podemos encontrar una definición ni legal, ni doctrinario. Del mismo modo del análisis de los delitos en referencia, se puede establecer la existencia de la violación a los principios de mínima intervención, legalidad.

2.4.3.4.2 Interpretación extensiva y restrictiva

Tanto la interpretación extensiva como restrictiva buscan a través de la delimitación y ampliación del alcance de una palabra la búsqueda el sentido de la norma.

En relación con el delito de odio al existir una ambigüedad respecto al sentido al cual se debe dar a la palabra odio, a mi parecer, ésta no podrá interpretarse ni extensiva ni restrictivamente. Si se tratará de interpretar extensivamente el término odio, ésta abarcaría a todas las conductas cometidas con un sentimiento de odio, pero que no afecte a la igualdad. Si se tratará de interpretar restrictivamente, se aplicaría el delito de odio sólo a acciones discriminatorias, violando el principio de estricta legalidad.

En relación con el delito de terrorismo, la ambigüedad establecida en el párrafo anterior, se presenta del mismo modo. La ambigüedad al tratar de determinar un sentimiento como es el terror, provocaría en caso de una interpretación extensiva, que cualquier acción que cometiere una persona, que pudiese causar miedo, a un grupo de la población, sin importar, que tan grande y generalizado sea, será considerada delito. En caso de interpretar restrictivamente, ésta se lo interpretaría dependiendo la definición y finalidad que el intérprete tenga sobre lo que es terrorismo, por lo que existiría tantas definiciones restrictivas como intérpretes, cayendo en un inseguridad jurídica sobre la norma.

Capítulo III El delito de odio y terrorismo desde un proceso penal

3 Relación procesal penal existente con tipos defectuosos con pluralidad de núcleos

Una vez, que se analizó el delito de odio y terrorismo como ejemplos de tipos penales pluriofensivos. Los cuales tienen como medio conector para la debida correlación de acción y bien jurídico un elemento subjetivo llamado odio y terror, es menester estudiar las repercusiones de estos tipos en su ámbito procesal.

En virtud de todo el trabajo realizado en el capítulos I de la presente tesis se puede establecer, que este tipo de delitos están contruidos por una estructura que abarca varias conductas dentro de su tipificación objetiva, con un elemento en extremo ambiguo, provocando que el mismo deje de cumplir su finalidad descriptiva de la acción penalmente relevante. Al dejar de ser descriptivo esto impide o por lo menos dificulta el poder establecer cuál es el bien jurídico protegido o la acción penalmente prohibida.

En el capítulo II, se estableció que clase de principios y derechos transgrede estos tipos de delitos y si debido a su carácter tan ambiguo puedan ser los mismos interpretados. Del análisis efectuado se pudo constatar, que efectivamente el tratar de interpretar el delito de odio y terrorismo provocaría la violación de varios principio contenidos en nuestra Constitución, como en el propio COIP, de lo cual se infiere, que toda interpretación sobre los delitos en referencia tiende a ser inconstitucional.

Una vez analizado, desde una óptica sustantiva el delito de odio y terrorismo como tipos penales pluriofensivos y abiertos, es necesario estudiar la aplicación de estos delitos en su campo fáctico, específicamente dentro de un proceso penal. Como es de bien saber, para el lector, la vía por la cual el Estado proteger los derechos de las personas, es a través de un proceso, pero debido a que el tipo de derechos los cuales protege el Derecho Penal es sumamente relevante es imperioso determinar, cuál es la finalidad de un proceso penal en sí. En palabras de Dr. Jorge Zabala Baquerizo:

"El fin del derecho procesal penal es la realización del derecho penal protector de ciertas normas jurídicas, realización que la hace a través del proceso penal, que se desarrolla cumpliendo leyes de procedimiento preestablecidas. De esa manera se realiza la justicia, se establece el imperio del derecho en general y se garantiza el ordenamiento jurídico protector de la sociedad y del individuo" (Baquerizo, El Proceso Penal, 1989, pág. 8)

En vista de que sustancialmente este tipo de delitos (odio y terrorismo) están contruidos en base a dos elementos subjetivos extremadamente ambiguos es preciso analizar las repercusiones, que dichas trasgresiones puedan producir dentro de un proceso penal.

3.1 Ambigüedad de trámite en el delito de odio

Todo proceso penal está constituido de una serie concatenada de actos procesales las cuales dan inicio a la consecución de una nueva etapa procesal hasta que la misma termina en la resolución de la causa.

Dependiendo la infracción penal realizada este tendrá un proceso diferente. Dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal, se puede evidenciar 2 tipos de acciones. Una acción penal pública de la cual es titular fiscalía y una acción penal privada de la cual es titular la víctima. A través del ejercicio de la acción penal pública se dará inicio a un procedimiento ordinario. Si la acción cometida es un delito flagrante este podrá tener un procedimiento directo (procedimiento que debe cumplir ciertos requisitos los cuales serán establecidos con posterioridad) y si el procesado admite su culpabilidad en el delito cometido, se podrá dar inicio a un procedimiento abreviado. A través del ejercicio de una acción penal privada iniciará un procedimiento para el ejercicio de la acción penal privada y en caso del cometimiento de contravenciones ésta tendrá un procedimiento expedito.

La acción penal pública es ejercida a través de Fiscalía está compuesta por un fase de investigación previa, una etapa de instrucción fiscal, evaluación y preparatoria de juicio y una etapa de juicio.

El procedimiento abreviado tiene como una de sus particularidades el que el delito por el cual se debe seguir la vía en referencia debe tener como máxima pena privativa de libertad la suma de diez años, además de que el procesado debe aceptar el cometimiento del delito.

El procedimiento directo tiene como peculiaridad, que solo cabe cuando exista el cometimiento de un delito flagrante con una pena privativa de libertad como máximo de cinco años y cuando sea en contra la propiedad la misma debe tener un monto, que no exceda los treinta salario básicos unificados.

La acción privada, consta de una lista limitada de delitos determinados en el artículo 415 del COIP, los cuales son: calumnia, estupro, usurpación y lesiones con una incapacidad

menor a la de treinta días, por los cuales se puede presentar esta acción, además de que este tipo de acción tiene como titular la víctima.

El procedimiento expedido tiene la peculiaridad, de que solo son susceptible de seguir por este procedimiento las contravenciones penales y de tránsito.

Como se puede apreciar de las acciones y procedimientos analizados, cada una de ellas goza de diferentes peculiaridades y requisitos, conforme ya han sido enunciados.

Una vez realizada la referida precisión sobre los procesos existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico y las acciones presentes en nuestro Código Orgánico Integral Penal es menester analizar si existen algunas irregularidades en relación al proceso a seguir en el delito de odio y terrorismo.

El delito de odio se encuentra dentro de la gama de delitos por los cuales se puede presentar una acción penal pública. Si lo analizamos jurídicamente en aplicación a los principios de estricta legalidad y de interpretación restrictiva se puede entender, que no existe otra interpretación a la cual llegar, sino a la existencia de una única acción a seguir por estos delitos, esto es la acción penal pública.

Pero si analizamos desde el punto de vista de que una conducta la cual está tipificada en otro tipo penal como las calumnias lesiones de menos de tres días, lesiones de menos de treinta días, etc., pueden ser subsumida también al delito de odio nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes penales.

A manera de ejemplo a un padre de familia, a su hija de 17 años un afro ecuatoriano la embaraza, tiene relaciones con ella mediante engaños. El afro ecuatoriano se va y la chica se suicida. El padre de la menor considera que todos los afro ecuatorianos son unos violadores de niñas y los odia, para hacerlos pagar el decide hacer lo mismo con todas las chicas de 17 años afro ecuatorianas, incluso considera que cuando lo hace les arregla la raza. Producto de dichos actos el deja embarazada a una menor de 17 años, copulando con la misma mediante engaños y la traumatiza. En el mencionado ejemplo estamos frente a un concurso ideal entre el delito de estupro y el de odio los dos tienen la misma penalidad pero diferente proceso. ¿La pregunta que cabe la pena realizarnos es por cual delito interpongo una acción penal pública o una acción penal privada?

Si partimos de la teoría finalista, se debe tomar en cuenta la voluntad del actor por lo cual el delito cometido es odio. Como se puede evidenciar en el ejemplo en cuestión existe

una ambigüedad al saber que proceso seguir y esto podrá afectar el poder determinar quién es el titular de la acción y por ende una seguridad jurídica del procesado.

3.1.1 Efectos de la ambigüedad de trámite en el actor

Como ya se lo mencionó la titularidad de la acción se encuentra establecida en la ley y esta variará dependiendo el tipo de acción a presentar; de este modo un acción penal pública tendrá como titular de la misma al fiscal, mientras que una acción penal privada su titular será la víctima de la infracción.

Ahora bien, si partimos de la premisa de que dentro del delito de odio y terrorismo existe una ambigüedad en determinar la acción a interponer y el procedimiento a seguir se puede desprender de la misma, que existe una ambigüedad en poder determinar quién es el titular de la acción penal. El problema referente a esta ambigüedad de trámite surge a raíz de que el odio tienen una tipificación tan abarcativa que muchas acciones podrán ser encasilladas en el delito de odio como en otro delito, provocando que no se puede determinar primero porque delito iniciar una acción.

Al existir una variación en la persona, que es titular de la acción penal, las etapas procesales serán diferentes y por ende los actos, que las mismas puedan realizar durante la tramitación de la misma variarán, afectando la celeridad que un proceso pueda tener en comparación con otro, la titularidad de la acción, la capacidad de desistir la acción etc.

3.1.1.1 Características especiales en el delito de terrorismo dentro del proceso penal

El delito de terrorismo establece en su tipo objetivo, que los actos de terror, deben poner en peligro la vida, la integridad, libertad, comunicación, patrimonio, transporte. Actos de peligro, que conforme lo establecido en el artículo 22 del COIP, esto es actos penalmente relevantes. Ahora bien, por un lado ya se ha mencionado en apartados anteriores, las acciones u omisiones que puedan provocar un delito de terrorismo, como el poner una bomba en un lugar público; pero conforme lo establecido en el artículo 366, el delito de terrorismo es también un delito de peligro, como el hurtar materiales nucleares, entre otros.

Estos delitos de peligro según Mario Eduardo Corigliano en su artículo “Delitos de Peligro”, establece que los mismos son destinados a proteger la posible afectación de un bien jurídico protegido, donde el Estado no le importa si estos son cometidos con dolo o culpa sino, que se penan por que el grado de afectación al bien jurídico protegido.

Una persona abandona a su hijo de 4 años a propósito en una autopista el niño es encontrado a mitad de la autopista por una pareja que logró frenar su carro, estamos en este caso frente a un delito de peligro ya que nunca se vulneró la vida del menor, como lo establece el artículo 153 del COIP . Esto lo podemos notar en el delito de terrorismo en el caso de que una banda de terroristas pongan una bomba en una institución pública y amenacen con detonarla, si el Estado no cumple con sus exigencias En el mencionado caso estamos del mismo modo frente a un delito de peligro.

Ahora bien es preciso establecer cuando un acto puede convertirse en un acto de peligro.

3.1.1.2 De la determinación de la peligrosidad en el delito de terrorismo

Antes de analizar la determinación de la peligrosidad en el delito de terrorismo es menester realizar un contexto sobre el mismo. El jurista Muñoz Conde en su libro Derecho Penal Parte General establece en relación a los tipos penales de lesión y peligro lo siguiente:

“Según como se describa la conducta típica será necesario para que el delito se consume la lesión del bien jurídico (como en el homicidio, que se consuma cuando se destruye la vida humana) o solamente un peligro para éste (como en el delito del art. 325, que castiga entre otras conductas, la relación de emisiones o vertidos que puedan perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales, sin que sea necesario que este equilibrio haya llegado a lesionarse)” (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2015, pág. 297)

Del mismo modo Reyes Echandía al referirse al tipo de peligro establece:

“Son tipos de peligro los que describen conductas cuya ejecución apenas amenaza a o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger; se trata por lo regular de interés colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los defiende incluso de conductas que tengan poder suficiente para afectarlos; en estos casos basta, pues, que el comportamiento del actor sea idóneo para amenazar el bien jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado;” (Echandía, Derecho Penal, 1990, pág. 115)

Como se puede evidenciar de la tipificación del delito de terrorismo el mismo es un delito de peligro. Ya que solo basta con la amenaza de lesionar la vida, la integridad, libertad,

etc., para que se configure el terrorismo, claro está, que se debe poner en estado de terror a la comunidad para que el mismo acto de peligro sea terrorismo y que generen un miedo generalizado en la sociedad para que las exigencias del sujeto activo de la infracción, sean tomadas en cuenta por el Estado.

Al ser un delito de peligro el terrorismo, el mismo goza de un tema sumamente subjetivo esto es la determinación del grado de peligrosidad de una acción. De la tipificación del delito en referencia, se puede constatar que la acción del infractor, tienen que causar terror mediante la posible afectación a la vida, la libertad, la integridad edificaciones, comunicación y transporte; posterior a dicha referencia existen 10 apartados los cuales son ejemplificativos los cuales ya han sido estudiados.

Ahora bien, si queremos analizar de mejor manera el delito de terrorismo, es menester analizarlo acorde a su elemento de peligrosidad y saber, cuando una acción puede ser considerada peligrosa.

Varios autores incluido Jakobs y Parson piensan que para la determinación del delito de peligro se debe tomar en cuenta el elemento cognitivo y volitivo del hecho, esto es si el acto fue cometido con conciencia de lo que se hacía y con la voluntad de hacerlo (con un dolo de peligrosidad), esto es el control del acto peligroso sin que conlleve el mismo un acto lesivo. Esto se puede observar a través de la compra de plutonio, o nitrógeno líquido con finalidad de realizar una bomba y detonarla en una institución pública, si no se cumple sus expectativas.

Otro punto medular, que tratan los autores ya mencionados en el párrafo precedente es sobre el destinatario de dicho delito, para poder entender el grado de afectación de un delito de terrorismo tenemos que determinar, si efectivamente los actos cometidos tienden a la creación de un estado de terror generalizado y no personal.

Como se puede apreciar, la constatación de un delito de peligro dependerá del posible cometimiento de un resultado y si el mismo es peligroso, lo cual dentro de nuestra realidad jurídica no se encuentra normativizado, por lo cual dependerá del fiscal y en caso concreto del juez determinar el mismo, dependiendo la teoría, que se quiera aplicar. Lo cual provoca una de las mayores dificultades dentro de la propia concepción de este tipo de delitos sumado a la existencia de un elemento aún más ambiguo el cual es terror. Por lo que en conclusión para que se determine la existencia del delito de terrorismo, deberá

existir una interpretación en tres sentido, ¿Qué es terror, población o parte de ella y peligro?

3.1.1.3 Teoría del peligro actual e inminente

Uno de los puntos centrales dentro de la doctrina relacionada con los delitos de peligro es determinar, que se debe entender por peligro ¿Cuándo la acción cometida constituye una situación de peligro, la cual puede ser penada?

Uno de sistemas jurídicos, que más ha analizado dicha doctrina es el common law, en especial la jurisprudencia estadounidense. La misma a través de varios precedentes jurisprudenciales establece que, para que exista peligro dentro de un acontecimiento en concreto el mismo tiene que ser actual e inminente, a que me quiero referir con eso. Una persona, que pone una bomba en un evento deportivo con la amenaza de hacerla explotar. Como se puede evidenciar del ejemplo antes descrito un peligro efectivamente existente esto es la posible explosión de una bomba dentro de un evento deportivo, por lo cual es un peligro actual, no futuro sino que en este preciso momento está ocurriendo.

Del mismo modo, en el ejemplo en cuestión, la posible explosión de la bomba está a punto de suceder. Es así que en base a esta postura se puede determinar la existencia de peligrosidad dentro de un acto y la inminente producción de un resultado.

Como se lo había mencionado, dentro de la jurisprudencia estadounidense se ha manejado este concepto, esto lo podemos apreciar dentro del juicio en Schenck vs. Estados Unidos en el cual el juez Oliver Wendell Holmes establece:

“Solamente el peligro actual de un mal inmediato o de una intención de causarlo justifica el hecho de que el Congreso limite la expresión de opiniones en casos en que no haya derechos privados involucrados. Ciertamente el Congreso no puede prohibir todos los esfuerzos por modificar la mentalidad del país” (Schenck vs. Estados Unidos , 1919, pág. 628)

Esta postura emitida por el juez Holmes ha sido debatida en el contexto en el cual se emitió, ya que el consideró, que el acto de oponerse a la Primera Guerra Mundial a través de distribuir panfletos contra el reclutamiento, en ese caso, un acto peligroso respecto al momento en el que se encontraba, pero el sancionar dicha acción no dejaba de ser atentatorio al derecho a la libertad de expresión, el cual goza de carácter constitucional.

En este sentido dentro de las tesis alegadas el Juez Douglas dentro del caso *Branderburg V. Ohio* determinó:

“El ejemplo que habitualmente dan quienes estarían dispuestos a condenar una expresión es el caso de una persona que, en un teatro abarrotado de espectadores, grita a viva voz que se está produciendo un incendio cuando ello no es cierto. Este es, no obstante, un clásico caso en el cual el discurso está unido a la acción. Ver *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 536-537 (JUEZ DOUGLAS, voto concurrente). De hecho, son inseparables y es posible juzgar a quienes efectivamente realizan estos actos [395 U.S. 444, 457] manifiestos. Más allá de los casos poco frecuentes de este tipo, el discurso, en mi opinión, no puede ser sometido a juicio. Ciertamente, no existe una línea constitucional entre la reivindicación de las ideas abstractas como en el caso *Yates* y la reivindicación de las acciones políticas como en el caso *Scales*. La calidad que revista tal reivindicación depende de la profundidad de la convicción; y el gobierno no tiene potestad para invadir dicho espacio sagrado de creencia y conciencia” (*Branderburg vs. Ohio*, 1969, pág. 448)

Como se puede evidenciar, de las citas de los casos expuesto, las mismas establecen, que no solo se debe tomar en cuenta el contexto en el cual ocurrió la existencia de peligro, sino también si el mismo puede o no provocar peligro. El mismo juez en referencia determinó, que el entregar panfletos no produce en si un estado de peligro, sino que el mismo es una forma de expresión de las personas, que dependiendo del orador provocará que un mayor número de simpatizantes se unan a la causa y solo las acciones, que estos tomen se considerarán terrorismo.

Si bien es cierto que gritar fuego dentro de un espectáculo constituye un acto de peligro, ya que el mismo es inminente a la existencia de un resultado, el cual es el pánico en las personas, pero siempre que el grito de fuego sea con la finalidad de causar pánico; más no la de informar, ya que en el respectivo caso, el gritar fuego solo constituirá un acto informativo más no peligroso.

Dentro de nuestro objeto de estudio y a mi modo de ver para que existe una adecuada aplicación del delito de terrorismo, el estudio de la acción en cuestión debe ser entendida en su sentido finalista, esto es el provocar la afectación a la seguridad del Estado o la paz social y que la acción ya sea peligrosa o que efectivamente resulte en la afectación a un bien jurídico protegido.

Como se lo mencionó en apartados anteriores y siguiendo el pensamiento del doctor Cancio Meliá, el acto constituirá terrorismo, en la medida de, que afecte al

funcionamiento del Estado. Afectación, que provoque una comunicación¹⁰ por parte del Estado, sobre la realización de los mencionados actos de terror. Solo cuando el peligro sea, actual e inminente y cuando el mismo sea de un carácter tan relevante, en el que la seguridad del Estado se vea comprometida, se podrá decir, que el mencionado acto es terrorista.

3.2 Capacidad de probar el elemento subjetivo de odio y terror.

Una vez analizado las diferentes manifestaciones y consecuencias, que conlleva un juicio de odio y terrorismo es menester analizar uno de los puntos más esenciales, que existen dentro de un proceso; esto es la capacidad de probar lo alegado dentro de las pretensiones o excepciones de las partes procesales.

Si bien es cierto, que durante todo el apartado anterior y en casi todo el capítulo II se demostró, que existe una inconsistencia al tratar de determinar la definición de odio y terror, la misma también se lo traspolará al momento de tratar de probar la existencia de un acto aterrador o con odio. Por lo que se podría establecer, que si tratamos de determinar un hecho, que desde su propia fuente no es claro el resultado de dicho trabajo será tan confuso como su definición.

Ahora bien, la sola deducción lógica no es motivo suficiente para poder determinar con claridad la imposibilidad de poder comprobar la existencia de odio y terror. El tratar de aprovecharse del carácter subjetivo del delito de odio y terrorismo, no podría ser solución para todos los problemas existentes dentro de estos tipos penales. Si lo vemos desde esta óptica, todo delito caería en un grado de subjetividad, ya que el tratar de probar un hecho, este siempre estará concatenado a la óptica y raciocinio de quien lo mire. Es así, que dentro del presente acápite, se demostrará si efectivamente, tanto el delito de odio y terrorismo y específicamente su elemento subjetivo esto es el odio y el terror pueden ser probados.

¹⁰ La comunicación, establecida por el doctor Cancio Meliá, se relaciona con las respuestas y contra respuestas efectuadas por grupos terroristas y el Estado, a manera de dialogo, en el cual, mientras el uno trata de hacer valer por la fuerza sus ideas, el Estado busca combatir las mismas.

3.2.1 El odio y terror dentro del proceso probatorio

Para poder determinar si el delito de odio y terrorismo pueden ser probados es preciso en un inicio determinar que es prueba. Para Devis Echandía en su libro "Teoría General de la Prueba Judicial", establece el concepto de prueba como:

"El conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen" (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, 1987, pág. 25)

En base a la definición mencionada, se puede determinar, que la prueba son aquellos conocimientos, que obtenemos de la práctica de la misma la cual, tiene como fin demostrar la existencia de un hecho, que guarda una relación directa con la litis, ya que sin ella, la prueba aportada sería totalmente impertinente.

Ahora bien una vez determinado, que se debe entender como prueba es necesario analizar el objeto de ésta. En un análisis de las premisas realizadas por el autor antes mencionado podemos determinar, que el objeto de prueba es lo que se puede probar, aquello sobre lo que recae la prueba tanto en sentido objetivo y abstracto no limitado a los problemas concretos de cada proceso.

El Doctor Ricardo Vaca en su libro Manual de Derecho Procesal Penal establece como objeto de prueba:

"[...] aquello susceptible de ser probado o sea sobre lo que debe o puede recaer la prueba" (Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal Penal, 2000, pág. 99)

Ahora solo, una vez definido, que es objeto de prueba es menester analizarlo en relación con nuestro objeto de estudio para determinar si el mismo al ser de carácter tan ambiguo puede ser probado dentro de un proceso o si este se considera un hecho notorio, el cual no necesita ser probado.

Devis Echandía establece la posibilidad de hechos los cuales no pueden ser probados debidos al concepto del hecho en sí, por lo cual para referirse a los pre-nombrados hechos establece:

"La imposibilidad puede referirse a los medios de prueba que la ley permite, a su absoluta e indudable incapacidad para establecer el hecho, pese a ser admitida comúnmente su existencia, como sucede con Dios o con el alma humana; esta clase de imposibilidad puede consistir en una absoluta prohibición legal.

El juez debe obrar con suma prudencia cuando se trate de rechazar pruebas por este motivo, y en caso de duda debe aceptarlas, ya que en la sentencia podrá calificar su mérito definitivamente." (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I , 1987, pág. 205)

Tanto el odio como el terror son emociones de carácter subjetivo, que muy difícilmente pueden ser reconocidas y probadas. Primero porque no existe una pericia por la cual se pueda determinar si una persona actuó con odio o si se encuentra en estado de terror, y segundo porque la definición de odio y terror son diferentes dependiendo la persona a la que se lo pregunte.

Si determinamos, que las pruebas, tienen que estar direccionadas a probar hechos uno de los más difíciles será establecer, que una persona actuó con odio o con la finalidad de provocar terror, con la intención de afectar la seguridad del Estado. A mi pensar, la prueba presentada para probar los mencionados delitos será excesivamente indirecta y solo cuando las mismas sean univocas y concordantes en probar la intencionalidad del infractor, se podrá constatar la materialidad y responsabilidad del delito.

Cabe aclarar, que al ser la misma indirecta, ésta gozará de un grado de subjetividad muy amplio, tanto para la apreciación por parte de los jueces como por los procesados, los cuales consideraran, que la misma no ha sido apreciada o no consta su apreciación en el fallo. Esto como se lo mencionó, nace a raíz de que lo que se trata de probar es un sentimiento y como este se exterioriza en un hecho. A diferencia del delito de lesiones, homicidio, entre otros, los cuales una pericia o un examen médico, ya nos determinan el hecho delictivo; en los delito de odio y terrorismo no hay pericia o documento o testimonio, que nos determine a cabalidad la existencia de un sentimiento.

Una vez determinado, cual es el objeto de prueba dentro de un delito de odio y terrorismo y si los mencionados objetos son susceptible de demostración es necesario precisar, si la prueba interpuesta dentro de un proceso penal de delito de odio y terrorismo cumple con la finalidad de una prueba.

Si partimos de la definición de que la finalidad de la prueba judicial es el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez, podemos determinar, que la finalidad de la misma, no es la búsqueda de la verdad, ya que al existir dos partes interesadas cada una tendrá su verdad sobre los hechos.

Por lo antes expuesto, se puede inferir, que cada parte procesal tratará de determinar a su manera su propia visión de los hechos y en base a la prueba aportada convencer al juez sobre dicha visión.

La premisa antes mencionada lo podemos encontrar en diferentes doctrinarios, que solo para constancia del lector se los nombrará a continuación. Ugo Rocco define, que:

"la prueba tiene por finalidad formar la convicción de los órganos (jurisdiccionales) sobre la verdad o existencia de los hechos; el convencimiento es siempre subjetivo y relativo por lo cual la verdad conseguida a través de la prueba y de los medios de prueba, es siempre una verdad subjetiva" (Rocco, Trattato di diritto processuale civile, 1957, págs. 181-182)

Una vez determinado cual es la finalidad de la prueba judicial dentro de un proceso es menester analizar, si las pruebas aportadas puedan probar la existencia de un delito de odio y terrorismos y si son capaces de crear un convencimiento dentro del juzgador.

Como es de conocimiento para el lector, el sistema de apreciación de la prueba en el Ecuador se lo realiza a través de la sana crítica, en donde a diferencia de un sistema de tarifa legal en donde cada prueba tiene un valor probatorio, en un sistema de sana crítica el juez apreciará la prueba de acuerdo a su propio conocimiento y discernimiento, expresando dicha apreciación a través del fallo, que él emita.

Si partimos desde la presente premisa podemos determinar, que un juez en virtud de la prueba aportada puede o emitir un auto de llamamiento a juicio o sobreseer al procesado, o en caso de encontrarnos en Etapa de Juicio, el Tribunal podrá condenar al acusado o ratificar su estado de inocencia. Estos actos procesales emitidos por el juez se centrarán en la prueba aportada, que determinará si efectivamente existió un delito y si el mismo, es o no atribuible a una persona.

Ahora bien, es preciso analizar si efectivamente la prueba, que se aporte en el proceso, logrará cumplir la finalidad de poder determinar si existe o no un delito de odio y terrorismo y la atribuibilidad del mismo, en caso de que no pueda efectivamente probarla, las pruebas aportadas no lograrán cumplir con su finalidad.

Ahora bien sólo como punto introductorio para los siguientes apartados es importante establecer si los medios de pruebas existentes establecidos en el COIP pueden efectivamente probar la existencia del delito de odio y terrorismo; por lo que en caso de no poder lograrlo la consecuencia del mismo será la solicitud de archivo del caso, la

declaratoria de archivo del mismo, un dictamen abstenido, un sobreseimiento o la ratificación del estado de inocencia del procesado.

3.2.1.1 Prueba testimonial

Según la definición del Jurista Jairo Parra Quijano el testimonio es:

"El medio de prueba, que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general." (Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, 1998, pág. 123)

Como podemos apreciar la prueba testimonial se dirige a la narración de los hechos, los cuales observó o escuchó una tercera persona, que los describirá virtud de su apreciación subjetiva.

Si tres personas observan un mismo hecho, las tres tendrán tres diferentes narraciones aunque hayan observado lo mismo. Lo que trato de establecer con el anterior ejemplo, no es demostrar los desperfectos de los que pueda adolecer la prueba testimonial, sino que la misma, se centra en la apreciación, que tiene un tercero sobre un hecho, apreciaciones, que pueden ser más subjetivas, que otras.

Ahora bien, al analizar el objeto de estudio, esto es el delito de odio y terrorismo, podemos determinar, que la prueba se encamina a determinar dos hechos que se deberán ser probados. El primero la materialidad de la infracción esto es cualquier acción cometida y segundo la responsabilidad atribuible a un posible infractor. Es en este punto, en el cual la prueba testimonial se transforma en una prueba indirecta. En primer lugar debido a que el testigo no podrá determinar la intencionalidad del actor al momento de cometer su acción, esto es con odio o con el afán de causar terror en la comunidad, debido a que el odio y el terror se encuentran en el espectro interno de las personas.

Debido a la magnitud, que debe tener el delito de terrorismo en la comunidad para causar un terror generalizado, el mismo exigirá la práctica de una prueba excesiva la cual debe ser concordante entre, todos los testigos, que se presente, esto lo podemos ver en el caso del 30-S, en el cual todos los testigos principales presentados por fiscalía y que fueron nombrados en sentencia sumarían la cantidad de 14 testigos. Testimonios, que si fueron concordantes.

En el caso Arce vs Encalada, cabe recalcar, que sucede todo lo opuesto, existieron, más testimonios por parte de la parte procesada, que determinaron, que los actos de odio, en realidad eran cotidianos dentro de la vida militar, pero a pesar de los mismos estos no tomaron mayor relevancia.

3.2.1.2 Prueba documental

La prueba documental dentro de nuestro sistema jurídico se subdivide en documento público y privado. Documento público el otorgado por o ante un funcionario público y el documento privado aquel suscrito entre particulares, el cual no necesita ninguna solemnidad para su suscripción. Para poder dilucidar la naturaleza de la prueba documental el jurista Jorge Cardoso Isaza define la prueba documental como:

“Cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirven por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano” (Cardosos, Pruebas Judiciales, 1985, pág. 359)

Como podemos evidenciar la prueba documental tiene la finalidad de ilustrar sobre la existencia de un hecho, pero dicha prueba goza de las mismas irregularidades, que la prueba testimonial. El lector de un documento, tendrá su propia interpretación de los hechos leídos como cualquier otra. Como diría Platón la letra escrita es letra muerta, en el sentido en el que cualquier persona tendrá su interpretación de un documento, la cual podrá ser ajena a la voluntad con la cual el escritor quiso dotarle; provocando nuevamente, que dicha prueba quede a la interpretación y valoración del juzgador aportando indicios o elementos indirectos sobre alguna responsabilidad en un delito de odio y terrorismo.

Lo que pretendo determinar en el presente apartado no es la subjetividad de la prueba documental, sino que debido a que no existe una definición legal de odio o terror los términos en cuestión tendrán tantas interpretaciones y definiciones lo que dificulta probar vía documental el odio y el terror.

3.2.1.3 Prueba pericial

Una de las pruebas, que más se interpondrán dentro de los respectivos procesos seguidos por los delitos estudiados será periciales. La cual surge con la intención de que un experto dentro de un tema en específico pueda determinar la intencionalidad con la cual se cometió un delito de odio o terror y la situación en la cual se encuentra la víctima en el caso del delito de terrorismo; pero es aquí en donde es menester desmitificar la naturaleza jurídica la cual tiene el peritaje.

Según Jorge Cardoso Isaza al analizar la prueba pericial determina:

"Existen objetos de conocimiento de una especial complejidad intrínseca que los torna inconocibles o muy difícilmente reconocibles para las personas que no tengan especial capacitación en esa área de la ciencia, del arte o de las técnicas. En estos casos, las normas probatorias permiten que el juez busque auxilio en los expertos, quienes aportarán al proceso un medio de prueba que se conoce como peritaje" (Cardosos, Pruebas Judiciales, 1985, pág. 401)

Como se puede evidenciar, la finalidad de un informe pericial es tratar de inteligenciar al juez sobre el objeto de estudio, que debido a su complejidad necesita ser explicado por un experto en el mismo. Dicha prueba solo puede centrarse en la ejemplificación de hechos objetivos y relacionados con el saber, que tiene el perito. Es así que un perito psicológico, el cual será el mayor capacitado para comprobar la existencia de odio y terror, no podrá determinar en concreto ambos sentimientos, sino las consecuencias o trastornos psicológicos producidos por o recibidos de conductas de odio y con finalidad de aterrorizar.

Por lo que, el juzgador sólo podrá determinar si una persona sufre de algún trastorno psicológico, pero no podrá determinar si la acción, que se provocó fue realizada con odio o provoco terror. A manera de ejemplo una persona golpea a otra persona por ser homosexual, la persona en un examen psicológico dentro de un peritaje se determina, que el motivo que originó el golpe nace a raíz de que el infractor en su infancia había sido violado por una persona homosexual. La acción cometida tiene un móvil, pero dicho móvil puede ser catalogado como resentimiento, trauma e incluso odio, pero esto quedará a criterio del juez, demostrando, que hasta cierto punto la información dada por un perito no permite al juez determinar la voluntad de la cual goza la acción, sino el motivo que pudo influir en la toma de dicha decisión

Para dilucidar de mejor manera, podemos referirnos a los aportes realizados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que dentro de su libro "Atención Integral a víctimas de tortura dentro de procesos de litigio" en su parte pertinente señala:

"La finalidad del psicólogo dentro de un litigio es tratar de conocer cuál ha sido el impacto en la vida de la persona, en sus sentimientos, afectos y relaciones, mientras que el profesional en derecho tiene como finalidad hacer preguntas que van dirigidas a hechos concretos, fechas, personajes; al cómo y al dónde, buscando respuestas concretas" (Humanos, Atención Integral a víctimas de tortura dentro de procesos de litigio, 2007, pág. 32)

Como se puede apreciar, dentro de un informe pericial, no se puede determinar concretamente si existió odio o terror dentro de una acción, sino como se realizó la acción, los motivos, que provocaron y si estos causaron algún trauma en la víctima, pero no si estos gozan de terror u odio.

3.3 Determinación de las consecuencias jurídicas de los elementos odio y terror, en relación con el trabajo intelectual del fiscal y el juez, dentro de las respectivas etapas procesales de una acción penal pública

Como es de común entendimiento para elector, antes de poder determinar la incidencia de dichos elementos subjetivos en el trabajo intelectual del juez y fiscal, debemos determinar cuáles son los actos procesales principales tanto de un juez como de un fiscal.

El fiscal cumple con cuatro actos procesales principales, que darán inicio o permiten la prosecución de la causa o terminarla dentro de un procedimiento ordinario estos son: Solicitud de archivo del caso, la formulación de cargos, el dictamen abstenido y su dictamen acusatorio. Dichos actos procesales surgen a raíz del convencimiento que el fiscal tenga sobre el cometimiento del delito, mientras más convencimiento tenga sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de una persona sobre el mismo, este provocará la consecución de una nueva etapa procesal

Es así, que en primer lugar analizaremos los actos fiscales anteriormente enunciados.

3.3.1 Solicitud de Archivo del caso, Formulación de cargos, Dictamen Acusatorio y Abstentivo

El artículo 586 del Código Orgánico Integral Penal establece los motivos por los cuales dentro de una investigación previa el fiscal puede solicitar el archivo de la misma,

está se conforma de tres: la inexistencia de un delito y la falta de indicios, que permitan al fiscal formular cargos en contra de otra persona y la existencia de obstáculos legales insubsanables, para la continuación del proceso.

Ahora si analizamos las premisas antes mencionadas con el tema de estudios en cuestión podemos determinar, que para que un fiscal pueda formular cargos en contra de una persona este debe tener indicios suficientes sobre el posible cometimiento de un delito de odio y terrorismo. Pero he aquí el problema ya mencionado en temas anteriores, los indicios recabados en la etapa de investigación previa pueden ser víctima de dos problemas.

El primero el desconocimiento de la estructura típica del delito de odio, al comprender, que los actos de odio no van destinados a la afectación a la igualdad, sino que constituyen cualquier ataque de odio a un grupo discriminado. Producto del mencionado desconocimiento se presentan múltiples denuncias por el cometimiento de un delito de odio el cual en realidad no lo es.

Del cuadro entregado por la Fiscalía General del Estado dentro de la Provincia de Pichincha el cual adjunto a la presente:

FISCALIA PROVINCIAL DE PICHINCHA		
DELITO ACTOS DE ODIOS		
CORTE DE ENERO A DICIEMBRE DEL 2016		
NOTICIAS DEL DELITO	NO FLAGRANTES	FLAGRANTES
167	166	1

FUENTE : LIBRO COIP

Se puede determinar, que en la mayoría de casos por los cuales se ha presentado una denuncia por un posible cometimiento de un delito de odio, dichos casos han sido archivados, pero ¿Cuál es la razón por la cual se han archivado los mencionados?

De las conversaciones realizadas por mi personas con los diferentes funcionarios de la Fiscalía Especializada en delitos contra la integridad de las personas No. 6 en especial la Fiscal Verónica Murgeytio me han podido mencionar que de los ocho casos que maneja ella dentro de su unidad, los ocho no cumplen los requisitos suficientes para poder formular cargos; he incluso establece, que uno de los problemas predominantes, a los

cuales se enfrenta al momento de conocer sobre este tipo de delitos es el poco conocimiento, que las víctimas y sus abogados tienen sobre los mismos. Ya que la mayoría de denuncias que recibe sobre dichos delitos, no son delitos de odio sino son actos cometidos por resentimiento, pero no hacia un grupo determinado como lo establece el artículo 177 del COIP, sino más bien por razones de ira, insultos, etc.

En relación con el delito de terrorismo y como se podrá apreciar en la carta emitida de Fiscalía, la cual adjunto a la presente disertación, la misma establece que desde la entrada en vigencia del COIP no se ha presentado ninguna denuncia por el cometimiento de un delito de terrorismo en la Provincia de Pichincha, premisa de la cual se puede concluir que: En nuestra realidad el delito de terrorismo no es un delito, que se cometa muy a menudo, lo cual a mi manera de pensar es cierto, como ya se lo mencionó en apartados anteriores, ya que según estadísticas y estudios internacionales, Ecuador no es un país, que se encuentra constantemente en un estado de sitio o con movimiento insurgentes los cuales quieran deshabilitar la estructura del Estado y segundo la dificultad probatoria que puedan determinar la existencia de terror.

Una vez analizado dentro de la realidad jurídica, cuantas acciones se han iniciado por el delito de odio y terrorismo es necesario establecer cuál es la causal por la cual no se ha podido pasar de una fase pre procesal como es una Investigación Previa a una etapa procesal como es la Instrucción Fiscal.

Como ya se lo mencionó en este mismo apartado, dos son los grandes problemas existentes en las investigaciones previas al momento de tratar de formular cargos, la primera es el desconocimiento del significado de odio y terror, en relación al bien jurídico afectado y la segunda es la imposibilidad de recabar indicios suficientes los cuales puedan determinar la existencia o no de un delito de odio y terror.

Incluso en un caso de delito de terrorismo es mucho peor, ya que para que pueda existir el mismo, se necesitará que se realice un peritaje a toda la comunidad o parte de la misma para poder determinar si efectivamente dicho grupo se encuentra afectado de alguna manera en su psiquis y por ende se encontró en algún momento en un estado de terror. Además de determinar el grado de terror de cada uno de ellos, lo cual es sumamente complicado, ya que se tendría que realizar una pericia a cada miembro de dicha comunidad o parte de la misma lo cual conlleva un tiempo excesivo. Segundo no se puede determinar, a qué se refiere el COIP, al momento de mencionar comunidad o parte de la

comunidad, ésta puede ser orientada a una división político administrativa de un Estado como es una parroquia o cantón o se refiere a comunidades en sentido étnico como son las comunidades indígenas dentro de nuestro país o simplemente a un grupo de personas.

Como se evidencia, la constatación de ambos delitos es sumamente complicada como subjetiva, ya que el odio o el terror no son términos los cuales gocen de una definición común para toda la colectividad, tanto en el caso del 30 S como en el caso de Michel Arce, los peritajes realizados a los presuntos afectados no determinan la existencia de odio y terror o no, sino la prueba de que existe una afectación psíquica la cual es producto de una determinada situación la cual vivieron, pero nunca puede determinar si los actos cometidos son de odio o de terror¹¹.

Como ya se lo estableció, si efectivamente los indicios recabados por fiscalía no logran probar la existencia de un delito de odio y terrorismo para que en base a estos indicios se pueda formular cargos mucho peor será en base a los mismos emitir un dictamen acusatorio.

3.3.2 Auto de llamamiento a Juicio, sobreseimiento y sentencia

En el presente apartado quiero realizar una acotación; como ya se lo determinó y no vale la pena ser reiterativo al respecto, la principal preocupación dentro de los mencionados delitos es la existencia de una subjetividad en sus términos los cuales procesalmente dificultan probar el odio y el terror; pero es aquí el tema, que nos atañe, si efectivamente estos delitos no pueden ser probados o no.

3.3.2.1 Auto de llamamiento a juicio y sobreseimiento.

Nuestra Constitución en su artículo 76 numeral séptimo, inciso I establece:

“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán

¹¹ En el caso del 30-S, no se debatía el elemento de subjetivo de terror, sino de alarma colectiva, conforme el artículo 158 del derogado Código Penal.

sancionados. “(Asamblea Constituyente del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador 2008, pág. 34)

La presente norma dentro de la tesis en cuestión tiende a constatar un punto trascendental, este es que todo acto emitido por los poderes públicos debe ser motivado caso contrario este gozará de nulidad. Tanto un auto de llamamiento a juicio, un sobreseimiento, un dictamen acusatorio o abstentivo gozan de esta misma característica. Ahora bien, en que se encuentra enmarcada esta premisa dentro de nuestra tesis formulada. Como se lo mencionó, uno de los principales problemas del delito de odio y terrorismo es la constatación del odio y terror, que como se lo demostró en apartados anteriores no existe hasta el momento una prueba la cual nos pueda demostrar fehacientemente la existencia de odio y terror. Por lo que el juzgador sólo podrá emitir un auto de sobreseimiento o un sentencia ratificatoria del estado de inocencia del procesado respetando el principio de mínima duda razonable.

En vista y como lo probaremos en el apartado de apreciación de la prueba dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, se pudo constatar, que existe un claro problema dentro de las sentencias emitidas dentro del delito de odio y terrorismo la cual es la motivación de la misma.

Pero porqué nace este problema en relación a la motivación, que hace el juez dentro de una sentencia de odio y terrorismo. Con todos los recaudos analizados parece, que la respuesta salta a la vista, esto es la apreciación de la prueba; claro está que la apreciación que haga un juez respecto de la prueba aportada es un tema puramente discrecional del mismo, pero he aquí el inconveniente. De la motivación que realiza un juez dentro de una sentencia, ésta tiene que guardar concordancia entre las alegaciones jurídicas expuestas dentro de su fallo y los aportes fácticos aportados por los sujetos procesales.

Si estas alegaciones son totalmente opuestas a las argumentaciones fácticas recabadas durante todo el proceso, se puede determinar, que efectivamente el fallo aportado es inmotivado y por tanto nulo.

Para apoyar las alegaciones establecidas con anterioridad la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en su Resolución No. 172 de 23-VIII-2002, R.O. 666, 19-IX- 2002 estableció:

“Al respecto se anota: la Sala reiteradamente ha expresado que es materia reservada a los jueces de instancia todo lo referente a la apreciación de la prueba, sólo revisable en casación cuando se alegue

violación de las leyes que rigen la prueba, o absurdo evidente en su valoración lógica o jurídica; así, en su Resolución No. 61-2000, publicada en el Registro Oficial 307 de 17 de abril del mismo año, afirmó que "...el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria." (Resolución No. 172 de 23-VIII-2002, R.O. 666, 2002, pág. 24)

Uno de las alegaciones principales por la cual se impugnó las sentencias del caso Arce es por falta de motivación, ya que según las partes procesales en la misma no se tomó en cuenta las diferentes pruebas aportadas por las partes las cuales demuestran la existencia de odio dentro de los actos alegados.

Principio de Favorabilidad

Dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 numeral 3 se dispone:

"Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable." (Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 28)

La trascendencia del mencionado principio y su relación directa a una sentencia condenatoria, es el nivel de convencimiento, que debe tener este para dictarla. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un Tribunal sólo puede dictar sentencia condenatoria en la medida, que dentro de su convencimiento no existe la posibilidad más leve de duda respecto a la culpabilidad del procesado.

Ahora bien si lo relacionamos con nuestro tema de estudio, y como se lo establecerá en el análisis de la jurisprudencia del mismo. Muchos jueces en el análisis de casos del delito de odio y terrorismo e incluso muchos fiscales, no deciden condenar al procesado o formular cargos o dictar un dictamen acusatorio, debido a que no gozan de un grado de convencimiento amplio el cual pueda permitirles dictar sentencia en contra del procesado, esto nace a raíz de la imposibilidad del fiscal o el acusador particular de lograr probar la materialidad de la infracción y responsabilidad del procesado.

De lo establecido en el párrafo anterior, podemos determinar, que dicho delito no cumple con la finalidad para la cual fue creada esto es la tutela judicial de un derecho, que en el mejor de los casos puede ser el derecho a la igualdad y no discriminación y en el caso del terrorismo es aún más complicado, ya que el terror y el grado de afectación del mismo para que constituya un delito de terrorismo es mucho peor de constatar, además de los temas políticos contrapuestos en los casos de terrorismo visto en el Ecuador.

3.3.3 Prueba indiciaria e indirecta en el delito de odio y terrorismo

Como se puede apreciar las sentencias estudiadas y en especial de la jurisprudencia en relación con el delito de odio podemos establecer, que toda la prueba aportada dentro del proceso son direccionadas a establecer el posible cometimiento de un acto de odio o terrorismo. Dicho en otras palabras todas las pruebas aportadas son indiciarias o indirectas. Pero qué características tiene este tipo de prueba según el jurista Devis Echandía define la prueba indirecta como:

“La prueba es indirecta o mediata, cuando el hecho objeto de la percepción es diferente al hecho que prueba, de tal manera que el juzgador sólo percibe el segundo y de éste induce indirecta o mediatemente la existencia del primero.” (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, 1987, pág. 520)

Como se puede evidenciar, la prueba relacionada al delito de odio y terrorismo no podrá coprobar de una manera directa el hecho delictivo, ni la responsabilidad del imputado, ya sean testigos, documentos o peritajes, los mismos no pueden comprobar a cabalidad la existencia de odio y terror, ya que los mismos son sentimientos internos tanto de la víctima como del sujeto activo de la infracción.

Devis Echandía define a indicio como:

"Un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos" (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, 1987, pág. 601)

Del mismo modo el autor prenombrado establece, el valor probatorio que la mencionada prueba puede tener, la cual se ejemplifica al siguiente tenor:

"La razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido que investiga. Ese poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la

experiencia humana o en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o "técnicos" (Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, 1987, pág. 615)

Como se puede evidenciar la prueba indiciaria, es aquella prueba en base a la cual, el juzgador determinará un hecho desconocido en base a un hecho cierto, el cual se tiene acceso y se lo presenta en juicio. Con la finalidad de ejemplificar dicha premisa podemos establecer lo siguiente: dentro de un juicio de asesinato donde no se tiene una prueba fehaciente que determine el cometimiento del ilícito, pueden existir pruebas indiciarias como, la habilidad en que una persona puede manejar un arma, el testimonio de personas que dicen que el procesado había amenazado de muerte a la víctima con anterioridad, etc.

Ahora bien sólo cuando toda esta prueba provoque en el juzgador un convencimiento de la culpabilidad del procesado podrá bastar para condenar a una persona; pero dentro del delito de odio y terrorismo sucede algo muy problemática. Como se lo demostró en el ejemplo anterior toda la prueba indiciaria trata de establecer un hecho en concreto, el cual es la materialidad de la infracción y la intencionalidad del infractor, esto es si fue cometido con dolo o con culpa. En el caso del 30-S no se determinó, en base a los testimonios dados, que el solo hecho de aplaudir, constituyó un acto de terrorismo, lo cual, a mi parecer la apreciación de la prueba en este caso fue sumamente forzada.

En el caso del cabo Arce concretamente podemos ver, que todas la pruebas aportadas determinan, que existieron actos de maltrato en contra de la víctima, pero ninguna de dichas pruebas establece con claridad si los actos delictivos en cuestión fueron cometidos con odio; tanto las pericias sociológicas y psicológicas sólo pudieron establecer, que el cabo Arce había sido víctima de maltratos los cuales tenía como principal partícipe al Teniente Encalada, pero ninguna de dichas pericias, testimonio o documentos establecen que dichos actos fueron cometidos con odio.

Incluso la prueba pericial sociológica establecida por Jhon Antón no determina que los actos cometidos en el caso sub judice sean realizados con odio sino, que dentro de la realidad militar en la cual se desenvuelve el caso, existe una cultura discriminatoria en contra de la raza afro ecuatoriana, más no lo relaciona específicamente en el caso Arce y el Teniente Encalada.

Lo que con todas las alegaciones establecidas con anterioridad lo que trato de decir, es que debido a que el odio y el terror son abstracciones internas propios del fuero interno de las personas, éstas serán siempre tratadas como prueba indiciaria e indirecta y en virtud

de que la definición de dichos términos es abstracta e inefable la comprobación de la misma a través de cualquier medio de prueba es de extremo difícil.

3.4. Analizar los fallos de los jueces penales, para la determinación de la aplicación de tipos penales defectuoso con pluralidad de núcleos y pluriofensivos (delito de odio y terrorismo), dentro de nuestra realidad fáctica

Para el desarrollo de la presente tesis es necesario hacer una aclaración. De la investigación realizada y como se adjunta a la presente tesis, no existen casos de delitos de terrorismo a nivel provincial, que se encuentren tramitándose con el Código Orgánico Integral Penal, por lo que al ser la presente disertación el estudio de la tipología y consecuencias de la misma en relación al delito de odio y terrorismo y en vista de que la tipología del delito de terrorismo contenida en el Código Penal dentro de sus 11 artículos no hace referencia al término terror a diferencia del Código Orgánico Integral Penal. El presente apartado solo se centrará al estudio jurisprudencial, delito de odio.

En vista de que la jurisprudencia en relación con el delito de odio en el Ecuador es demasiado grande, el presente apartado se centrará exclusivamente al análisis del proceso propuesto por el ex-cabo Michael Arce en contra del Teniente Encalada por el cometimiento del presunto y ya confirmado delito de odio a su persona.

La razón y en este punto quisiera dejar muy en claro, por el cual elegí el caso Arce vs Encalada radican: Primero el caso Arce vs Encalada es uno de los casos emblemáticos dentro de nuestra realidad jurisprudencial el cual para cualquier lector de la presente tesis permitirá la familiaridad del mismo y su mejor comprensión. Segundo si bien es cierto, que el caso Arce vs Encalada se tramitó con el ex Código Penal, el delito de odio en este cuerpo normativo es similar a la establecido en el Código Orgánico Integral Penal, a diferencia con el delito de terrorismo, el cual no mantiene el mismo elemento subjetivo el cual posee el delito de terrorismo establecido en el art. 366 del COIP, el cual ya fue estudiado; y por último el caso Arce vs Encalada goza de varias sentencias dentro de su tramitación la cual nos permite analizar las diferentes posiciones, que puedan existir en un proceso con esta clase de delito.

Ahora bien, en la medida, en que ya se han aclarado los motivos por los cuales se eligió el presente caso y la importancia del mismo es menester dar una pequeña síntesis del caso Arce vs Encalada para que de este modo, se pueda dar las bases para el presente estudio.

Michael Arce de diecinueve años de edad, procede a ingresar en octubre del 2011 a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro en la cual después de rendir pruebas dentro de un grupo de mil novecientos prospectos sería aceptado junto con ciento noventa de los mismos.

Durante sus primeros meses de carrera militar dentro de la Institución ESMIL, él no había tenido ningún problema, su actuación dentro de la mencionada institución fue impecable hasta, que en el mes de noviembre la víctima Michael Arce es trasladado a la base Pucará para continuar con su formación militar. En donde su teniente instructor Encalada Parrales Mauricio Fernando quien empezó a tener una animadversión hacia su persona, la cual desembocaría en el acoso continuo al cadete Michael Arce, lo que provocó, que el mismo pidiera la baja en la mencionada institución; la cual por conversaciones con su familia no sucedió, hasta cuando su vida militar fue insoportable y procedió a retirarse definitivamente.

Entre los hechos alegados por la víctima se encuentran:

- Durante las pruebas de natación le pusieron en estancias prolongadas en la piscina helada la cual dificultó el rendimiento de su prueba.
- Continuas peleas de box con más de un cadete e incluso peleas con mujeres con el único fin de denigrarlo.
- Castigos como el puño coreano, la empalizada y servicio especial entre otros los cuales no fueron reportados en el libro de castigos.
- Correr durante la hora de almuerzo, dejando poco tiempo para su alimentación y alimentándose aparte de su propio pelotón.
- Acoso verbal continuo, como vago, sucio, etc.
- Prolongados turnos de guardias lo cual dificultó su rendimiento.
- Cargar piedras en su maleta mientras corría.

En virtud de todos estos actos, el decide pedir por segunda ocasión la baja, en donde se realiza un chequeo médico y psicológico por parte de la asistente del Jefe del Policlínico del ESMIL, así como el encargado de los exámenes psicológicos dentro del mismo el, Dr.

Marco López, el cual decide, que el cadete Arce se encuentra en óptimas condiciones. Al salir de dicha institución la víctima se dirige a un centro médico para su diagnóstico, ya que no podía mover las manos debido al castigo al cual sufrió. Por lo que en compañía de su familia se dirige al Dr. Zambrano, amigo de la familia el cual establece, que el cadete Arce tiene un fractura de nariz traumatismos en su hombro y manos los cuales le imposibilitaba mover las mismas.

En vista de dichos hechos la víctima y su madre Lilian Olivia Méndez se dirigen el 4 de diciembre del 2011 a la Defensoría del Pueblo para presentar una queja sobre los hechos relatados en mención, en donde el 17 de enero del 2012 se elaboró una providencia dirigida al ESMIL, con la finalidad de recabar los mencionados hechos, en donde se entrevistó a 8 cadetes, que corroboraron sobre los actos descritos por el cadete Arce; cabe mencionar, que los cadetes mencionados no revelaron su identidad y por política de la Defensoría del Pueblo, no se puede revelar la identidad de los mismos.

En base a los hechos relatados la Defensoría del Pueblo remite el respectivo proceso a la Fiscalía del Estado para su conocimiento. Es así, que con fecha 3 de julio del 2013 inicia el presente juicio con su respectiva audiencia de formulación de cargos.

Después del correspondiente desarrollo procesal de la causa, con fecha 27 de marzo del 2014 se dicta sentencia absolutoria dentro de la misma, cuyo principal argumento es la falta de pruebas que puedan determinar la existencia y responsabilidad del cometimiento del delito.

Dentro de la mencionada sentencia y siendo concretos en su audiencia de juicio se pudo constatar cuatro pruebas las cuales fueron claves dentro de la presente causa y serán nombradas dentro de los diferentes fallos de la misma. El primero es el testimonio de Michael Arce en el cual se establece los hechos sucedidos a lujo de detalle. Segundo, el testimonio de los compañeros de Michael Arce, así como de sus instructores. Tercero los exámenes psicológicos y médicos efectuados a la víctima y cuarto el informe de la Defensoría del Pueblo. Cabe destacar, que las pericias realizadas por John Antón y Gino Grondona no tomaron un carácter relevante, sino hasta el segundo fallo de Corte Provincial en el cual lo toman como punto de partida para declarar la culpabilidad del Teniente Encalada.

Para mayor comprensión del lector estableceremos el desarrollo procesal de las diferentes pruebas establecidas con anterioridad.

3.4.1 Informe de la Defensoría del Pueblo

Después de salir de la Escuela Militar Eloy Alfaro, el cabo Arce se dirige a la Defensoría del Pueblo en donde presentaría una queja contra la institución ESMIL, por supuestos tratos discriminatorios en su contra. Dicha queja sería redactada y firmada por su madre a raíz de que el mismo, por problemas en sus manos, no podía firmar. Posterior a la presentación de la mencionada denuncia se realizaría investigaciones por parte de la Defensoría del Pueblo, que terminarían en la remisión de un informe a la Fiscalía General del Estado con la finalidad de que se inicie una investigación por el cometimiento de un delito de odio

Uno de los problemas principales dentro del mismo informe, radica en que las entrevistas realizadas por los funcionarios Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilton Vicente Guaranda Mendoza, a los cadetes compañeros de Michael Arce en la institución ESMIL no dan su identidad, ni tampoco establecen, que los actos cometidos por el teniente Arce eran de odio. Las entrevistas únicamente fueron atinentes a establecer que el Teniente Encalada se ensañó en la aplicación de castigos en contra de Arce, pero nunca establecieron cual fue el móvil el cual motivo el mismo, incluso un cadete determinó, que la conducta del Teniente Encalada surge a raíz de que se le habían encontrado caramelos y chocolates a Arce.

Otro motivo el cual generó gran controversia en relación a la mencionada prueba es la discusión si la misma debe ser considerada como prueba o como noticia criminis. Dentro de los fallos en cuestión se establece con claridad, que lo que es ingresado como prueba dentro del proceso es el testimonio de los señores Dra. Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón, Edith Annabel Ortega Mendoza y Wilton Vicente Guaranda Mendoza, dejando sin importancia y en algunos casos no aprobando la validez del informe realizado por la Defensoría del Pueblo.

La segunda prueba la cual fue trascendente dentro de los fallos emitidos dentro de la presente causa son los exámenes periciales y testimonios relacionados a la salud del cadete Arce.

Dentro de las alegaciones realizadas por la parte procesada, se establece, que cuando un cadete pide la baja para salir de una institución este mismo tiene que ser evaluado psicológica y físicamente.

Dentro de las evaluaciones médicas realizadas por la institución ESMIL determinaron que Arce se encuentra en perfectas condiciones y que las únicas enfermedades, que el padeció fue fatiga y mialgias. Dichas alegaciones se las puede constatar en el testimonio del Teniente Coronel Guillermo Fernando Yépez el cual establece, que el cadete Arce fue evaluado por la Dra. Jiménez por presencia de mialgias y no por otra cosa, diagnóstico el cual fue aprobado por el Jefe del Departamento Médico el Capitán Franklin Castillo y fue legalizado por Jefe del Policlínico, el cual es el propio Teniente Guillermo Yépez Vinuesa.

El problema dentro del mismo radica, que Michael Arce al salir de la institución ESMIL fue diagnosticado por el Dr. Zambrano, quien establece una contractura en el hombro y una antigua fisura en el tabique. Del mismo modo a través de un examen médico realizado por Fiscalía a través de rayos x se determinó, que existía una antigua fisura en la nariz, siendo posiblemente que todas estas heridas sean producto de su práctica de boxeo y castigos ordenados por el Teniente Encalada.

3.4.2 Exámenes psicológicos

Dr. Wilson Oswaldo Rúaes Ruiz y la Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila fueron los peritos encargados de realizar la evaluación psicológica al cadete Michael Arce, en el cual se establece, que presenta una serie de traumatismos relacionados a su estadía en la institución ESMIL y un cierto grado de temor respecto de la figura del teniente Encalada y el brigadier Cevallos particularmente. Cabe recalcar, que existe un peritaje realizado por el señor Dr. Marcelo Antonio Arcos López psicólogo de la institución ESMIL, el cual establece, que la razón por la cual salió de la institución ESMIL, el cadete Arce, nace a raíz del estilo de vida, que dentro de la misma llevan los cadetes, siendo opuesto a lo establecido por el peritaje los otros dos peritos

En relación con la parte procesada la Dra. Barbarita Miranda psicóloga clínica de fiscalía determinó, que el perfil psicológico del Teniente Encalada se direcciona a la vida militar, muy rígido en su actitud y con una cierta tendencia al auto narcisismo.

3.4.3 Peritajes en relación al tema de odio

Dentro de las alegaciones, que permitieron declarar la culpabilidad del procesado dentro de la segunda sentencia de Corte Provincial en contra de Fernando Encalada, es la importancia dada por los jueces a prueba a los peritajes de Gino Grondona y John Antón, los cuales establecen un contexto en el cual se desarrolla los actos de odio dentro de una sociedad y en específico dentro de una institución militar.

Entre sus mayores alegaciones se encuentran:

"El delito de odio es una infracción generada por un individuo que tiene el complejo de superioridad racial y este delito se lo comete sobre ciertas personas vulnerables, en especial, sobre los afros y quienes los cometen son las personas blancas, según sus estudios las Fuerzas Armadas es la institución en dónde más se comete este delito; la raza ha sido mal asimilada la UNESCO eliminó este concepto; decir que el negro es sucio, que pasan en los árboles como un mico y que las negras son buenas para los riñones, son afirmaciones discriminatorias" (ArcevsEncalada, 17247-2013-0414, 2014, pág. 9)

3.4.4 Prueba testimonial en contra de Michael Arce

Uno de los motivos principales por los cuales las sentencia de primera y segunda instancia ratificó el estado de inocencia del Teniente Encalada, es debido a los testimonios de compañeros de Michael Arce en los cuales hacen quedar al mismo como un cadete desobediente, holgazán y con pocas aptitudes para la carrera militar. Entre los mencionados testimonios se encuentran los de:

- Esteban Javier Ampudía compañero de Arce quien establece, que dentro de la carrera militar siempre existen castigos de diferentes clases lo cual es muy común, pero ninguno de los castigos efectuados durante el tiempo en que fue compañero de Arce surgieron por motivos discriminatorios; que los tratos del teniente Encalada dentro de su pelotón eran igualitarios para todos.
- Roberto Holguín instructor de Arce en el entrenamiento de hombres ranas determinó, que dentro de uno de los ejercicios realizados por Arce, en el cual debían dar la vuelta a una canoa para cubrirse de balas y volverse a incorporarse a la balsa, Arce no lo consiguió e incluso se dio por vencido lo cual lo afectó en demasía.

- Wilmer Jonathan Asadovay Cajas cadete y compañero de Michael Arce en la institución ESMIL determinó, que a Michael Arce no se le daba ningún trato diferente y además corrobora el testimonio del Oficial Roberto Holguín, ya que el mismo fue testigo de la deficiente labor de Michael Arce.
- David Freire Coba desmiente el testimonio de Michael Arce en el que establece que él era obligado a boxear con más de uno de sus compañeros y con mujeres; según el testigo dentro de la práctica de boxeo los cadetes peleaban entre ellos y también peleaban con mujeres, que era una práctica normal y que no solo a él le había tocado pelear con mujeres.
- Luis Antonio Muñoz Guerra establece que la mayoría de castigos practicados a Michael Arce se relacionaban a su mal comportamiento, incluso en una ocasión se debió a que él había escondido caramelos y chocolates

3.4.5 Sentencia caso Arce vs Encalada

Con fecha 27 de marzo del 2014 el Tribunal Séptimo de Garantías penales dicta sentencia ratificatoria del estado de inocencia del señor Fernando Encalada en el cual entre los fundamentos legales se establecen los siguientes:

El delito de odio es un delito direccionado al cometimiento de un acto o varios actos destinados a afectar a una persona dentro de un grupo social definido, cuyo móvil principal es el discriminar a su víctima por motivos raciales, culturales, físicos, etc. Es así que de este modo, determinan el bien jurídico del delito de odio de la siguiente manera:

"Bien jurídico protegido que determina el objeto jurídico de la prueba, en la especie, es la humanidad, que por la comisión de este delito el Tribunal tiene que conocer si se discrimina o no, a Michael Arce Méndez, por su color de piel, quien constituye el sujeto pasivo de la infracción, de demostrarse ésta. En cuanto al campo de la prueba, para que haya juicio es necesario que haya acusación fiscal, es decir, proposición positiva de cargos en contra del sujeto activo de la infracción, que en este caso, es el acusado Fernando Mauricio Encalada Parrales, sobre quien la Fiscalía ha imputado cargos por el delito de odio, y sobre los cuales, éste debe responder, según lo prescribe el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal. En este punto, cabe puntualizar que la proposición de cargos obedece a un acto o un conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de adecuación típica de la conducta incriminada y que sobre ella pueden haber diversos puntos de vista, por lo que la referencia de la prueba y el celo en la intangibilidad del derecho y objeto de la defensa se circunscribe a los hechos. En este sentido, el objeto material y jurídico de la prueba se

encuentra determinado por el tipo penal que se acusa, que en la especie, constituye el delito de odio, que constituye un delito contra la humanidad" (ArcevsEncalada, 17247-2013-0414, 2014, pág. 14)

Como se puede establecer de la cita en cuestión el Tribunal Séptimo de Garantías Penales, determina que el bien jurídico del delito de odio es la humanidad, pero en líneas posteriores no determina, que es la humanidad, sino que ejemplificada de una manera extensiva las diferentes normas de diferentes países que regulan el delito de odio entre ellas se encuentra la Declaración de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Racismo, Discriminación, Xenofobia y otras formas de intolerancia, Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en el Mundo, entre otras. Las cuales establecen, que el delito de odio, está direccionado a actos de discriminación contra personas de diferentes grupos sociales.

Cabe en este punto realizar una precisión, dentro de las diferentes alegaciones emitidas por el Tribunal Séptimo de Garantías Penales. Es interesante constatar la dicotomía al momento de determinar el bien jurídico, por un lado el bien jurídico del delito de odio es la humanidad, mientras que en todas las legislaciones y normas citadas se establece, que el derecho afectado a través del delito de odio es la igualdad; incluso dentro de sus últimas alegaciones el Tribunal en referencia menciona, que en la Constitución se encuentra reconocido el derecho de toda personas a ser tratada en igualdad de condiciones, además de establecer que los precitados tratados forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad y por ende tienen carácter imperativo dentro de la presente sentencia.

Por último el Tribunal sin ninguna razón aparente y me permito citar establece:

"En el caso sub judice, el Tribunal, una vez analizadas las pruebas de cargo y de descargo aportadas por los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento, a la luz de la sana crítica, determina que no se justificó el nexo causal existente entre la infracción y su posible responsable, como lo determina el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal, lo que lleva a la inequívoca conclusión de que en el presente caso, no se probó suficientemente la responsabilidad del acusado" (ArcevsEncalada, 17247-2013-0414, 2014, pág. 15)

De la valoración de la prueba la cual precede a la presente cita, dentro de la sentencia en cuestión se establece, que de los testimonios de los múltiples compañeros de Arce determinan que el mantenía un estado de estrés el cual era producto de su bajo rendimiento. De las alegaciones por el instructor Roberto Holguín se determinó, que Arce no se acoplaba a la vida militar ya que no podía desarrollarse dentro de la misma. Por último se estableció a base de los exámenes médicos y psicológicos realizados a Michael

Arce, que el mismo tiene una personalidad depresiva, la cual pudo surgir de los estragos de la vida militar.

Del mismo modo y es imperiosos mantener énfasis en este tema, es la determinación del Tribunal al manifestar, que la prueba aportada por Michael Arce no determina de manera fehaciente, que haya existido actos de odio contra él, ya que las pericias de Gino Ortega y John Antón, no tienen ninguna relación con el caso en cuestión, no analizan el caso en concreto, sino una realidad existente dentro de las Instituciones Militares. Los testigos presentados por Michael Arce, como son los miembros de la Defensoría del Pueblo los cuales realizaron las diferentes entrevistas en cuestión, solo eran testimonios de oídas, el cual no tienen un carácter trascendente dentro de la presente causa.

3.4.5.1 Sentencia de fecha 24 de julio del 2014

De acuerdo a la sentencia de segunda instancia del caso en referencia, se desprende la existencia de dos alegaciones por las cuales se impugnó la sentencia de fecha 27 de marzo del 2014. En primer lugar tanto la acusación particular y fiscalía presentaron un recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia debido a que la misma ha sido inmotivada por falta de valoración de la prueba y en segundo lugar interpusieron un recurso de nulidad de sentencia, debido a que la misma no fue firmada por el Juez ponente y tercero porque dentro de la Audiencia de Juicio el Juez Ponente realizó preguntas a diferentes testigos alegando, por ende práctica de prueba por parte del juez en Audiencia y en consecuencia la falta de imparcialidad del mismo.

En respuesta a dichas acusaciones el Tribunal de alzada determinó, que si bien es cierto, que la sentencia recurrida no goza de la firma del Juez Ponente Franz Valverde Gutiérrez, la sentencia en cuestión consta de la firma del secretario del mismo y conforme la Resolución 5 de octubre del 2011, del Consejo de la Judicatura se determinó:

"Resolución de 5 de octubre de 2011, publicada en el Registro Oficial No. 564, de 26 de los mismos mes y año, en la que la Corte Nacional de Justicia, resolvió en su artículo 1, lo siguiente: "En los casos que por imposibilidad física o fuerza mayor, debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudiera firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular por el secretario, dicho fallo surtirá efecto y seguirá su curso normal". (ArcevsEncalada, 17124-2014-0585, 2014, pág. 4)

En relación con la supuesta práctica de prueba realizada por el Juez Franz Valverde Gutiérrez, se estableció, que es facultad de los jueces realizar en cualquier momento, del interrogatorio preguntas a los testigos de la causa siempre y cuando se direccionen a la aclaración de las preguntas ya realizadas, lo cual el Tribunal de alzada determinó que efectivamente eso fue lo que sucedió. Por lo que en virtud de los antecedentes expuesto el Tribunal de la Corte Provincial decidió, que no procede el recurso de nulidad interpuesto por fiscalía como por el acusador particular.

Una vez resultó el recurso de nulidad interpuesto por fiscalía y acusación particular, el Tribunal de alzada procedió a la revisión de la sentencia recurrida.

Dentro de la motivación de la sentencia en referencia, el Tribunal citó diferentes normativas internacionales como la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, La Convención de Derechos Humanos, e incluso el derecho a la igualdad y no discriminación establecida en nuestra Constitución en su artículo 66 numeral 4. Entre las alegaciones jurídicas en cuestión y solo con la finalidad de ejemplificarlas podemos exponer la siguiente:

“La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, considera que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación, en su artículo 1 define a la “discriminación racial” como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. (ArcevsEncalada, 17124-2014-0585, 2014, pág. 11)

Una vez creado un contexto jurídico en el cual se enmarca el delito de odio, el que a mi parecer solo es un parafraseo de la sentencia de primera instancia. El Tribunal de Segunda Instancia Corte dicta sentencia en la cual, no acepta el recurso de apelación y se mantiene ratificado el estado de inocencia del procesado.

Dentro de la sentencia en cuestión uno de los análisis principales, que realiza el Tribunal de alzada, es determinar, qué es el delito de odio, que bienes tutela y cuál es la acción que se comete. Es así que de la transcripción de la normativa antes mencionada determinaron, que el delito de odio tiene como verbo rector el cometer actos de violencia moral o física movidos por un sentimiento de odio o de desprecio contra una o más personas, siendo de

este modo el bien jurídico afectado el derecho a la igualdad y no discriminación y en un segundo plano el derecho afectado a través del acto de violencia física o moral.

Lo que a mi parecer es un avance abismal por parte del Tribunal de alzada, ya que en un inicio distinguen, que efectivamente el verbo rector es provocar actos de violencia física o psicológica, por lo que ya se menciona una pluralidad de acciones conforme a la tesis expuesta. Lo segundo y trascendente dentro de la misma es que se determina, que el elemento de odio, es un elemento subjetivo, el móvil por el cual se comete la respectiva acción.

Si analizamos el fallo se puede determinar, primero que el delito de odio está compuesta por varias acciones, los cuales afectan a varios bienes jurídicos, pero obligatoriamente deberán afectar el derecho a la no discriminación e igualdad, y segundo el elemento subjetivo en cuestión es el de discriminar.

He aquí un elemento importante y a la vez desgarrador dentro del mismo fallo, si bien es cierto reconocen que el odio es móvil y elemento subjetivo del delito estos confunden el odio con la discriminación o en último término interpretan la norma a un punto comparativo y sistemático por el cual llegan a la determinación, que lo que el legislador trató de decir con odio en realidad es discriminación, pero este es el punto de quiebre de la misma teoría, ¿Si el elemento subjetivo es discriminar, discriminar en sí constituye un verbo más no un cualidad de la acción e incluso el mismo verbo rector?

Es así, que de esta manera se cumple básicamente todo lo explicado con anterioridad, el verbo rector termina siendo muy ambiguo como para poder determinarlo, primero etimológicamente. Segundo no se puede determinar cuál es el verbo rector si es discriminar o si es en sí las acciones por las cuales se ejemplifica ese tipo de acto y tercero la ambigüedad del elemento subjetivo de odio, esto es la imposibilidad de determinar cuál es la acción, la ambigüedad al determinar el bien jurídico, ya que del Título II del Código Penal, este delito afecta a la igualdad y no a la humanidad.

3.4.5.1.1 Determinación del verbo rector

El tribunal en cuestión dentro de su sentencia de fecha 24 de julio del 2014 estableció como verbo rector del delito de odio el siguiente:

“El verbo rector del tipo penal en análisis es “cometer actos de violencia moral o física”, impulsado el sujeto activo del delito por sentimientos de odio o de desprecio contra una o más personas en razón de su color de piel (en el caso en estudio) y el bien jurídico protegido es el derecho a ser diferente o a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro, en su primer inciso (vulnera el principio de igualdad y a la dignidad personal como bienes constitucionales), mientras que el segundo protege la integridad personal, siendo estos bienes afectados a causa de actos de violencia moral o física, es preciso que el autor realice los mismos a través de distintos medios, movido por esos sentimientos que se exteriorizan después con acciones que ponen en peligro los bienes tutelados por el delito, lo que se criminaliza no es el sentimiento que corresponde al fuero interno del individuo, sino la acción generadora de violencia moral o física.” (ArcevsEncalada, 17124-2014-0585, 2014, pág. 16)

Una vez determinado el verbo rector del delito de odio, el Tribunal empieza a analizar si en base a las pruebas aportadas el Teniente Encalada fue o no actor en el delito en cuestión.

Respecto del análisis y valoración de la prueba el Tribunal determinó, que las mismas no han sido concluyente para la comprobación del cometimiento del delito de odio. Como ya se lo mencionó en el análisis de la prueba de primera instancia uno de los puntos débiles de la prueba de la parte actora fue que ésta no se direccionaba a probar el hecho en concreto. El informe de la Defensoría del Pueblo y el testimonio de sus funcionarios, además de ser un testimonio de oídas lo cual resta mucha credibilidad, solo prueba, que efectivamente existió un acto de acoso constante por parte del Teniente Encalada hacia el cadete Arce, pero no muestra que el mismo sea por motivos de odio o discriminación racial.

Todos los testimonios de la parte actora dicen, que existió un acoso constante, pero ninguno mencionó la palabra negro, del mismo modo las pericias sociológicas determinan, que en base a los estudios realizados por ellos las Instituciones Militares gozan de una estructura racista, pero no existió un análisis de la estructura político, social y militar existente en la Base Pucará en donde se encontraba el cadete Arce. Y por último los exámenes psicológicos realizados muestran, que efectivamente existen secuelas en la psiquis de Michael Arce, pero en esa secuela no se puede mencionar el origen de las mismas, incluso se podría alegar, que ellas nacen en su estadía en la base Pucará, pero no que esas secuelas nacen del odio de un tercero.

Es así y en base a lo ya manifestado el Tribunal en cuestión establece lo siguiente:

"Al respecto este Tribunal revisada prolijamente la sentencia subida en grado, se tiene que la misma analiza detalladamente la prueba incorporada por los sujetos procesales y en un análisis pormenorizado establece

que ninguna de las aseveraciones sobre presuntos tratos discriminatorios han sido probadas en juicio, es más dentro de la Audiencia desarrollada en esta instancia, el abogado defensor del señor Michael Andrés Arce Méndez, taxativamente manifestó que a su defendido le habían tratado de “negro vago, hediondo, negro hijo de puta, inútil eres menos que las mujeres, ningún negro será oficial”, ante lo cual uno de los miembros del Tribunal de Alzada, solicitó informe quién manifestó eso y si ello consta en la Audiencia de Juicio, ante lo cual respondió que constaba en el “informe defensorial de la Defensoría del Pueblo” (ArcevsEncalada, 17124-2014-0585, 2014, pág. 17)

Una vez determinado la inexistencia de pruebas aportadas por la parte actora la cual establezca, la relación de culpabilidad del Teniente Encalada con el cometimiento del delito, es preciso establecer uno de los puntos más cruciales y que acorde a todo lo contemplado en apartados se determinó; esto es la existencia de prueba indirecta e indiciara y la real comprobación del odio.

3.4.5.1.2 Imposibilidad de tener certeza dentro de la causa

En Derecho Penal, solo se podrá condenar a una persona cuando exista el pleno grado de convencimiento de su culpabilidad, siempre que este esté fuera de toda duda razonable.

Si efectivamente dentro del juicio Arce vs Encalada ha sido imposible determinar si existió o no actos de odio o si incluso existieron actos de discriminación, entonces será imposible poder condenar al procesado por actos, que han quedado inconclusos, pero es aquí el punto el cual se ha tratado de llegar en la presente tesis.

Las pruebas aportadas en un proceso de delito de odio y terrorismo son de carácter tan indirecto, indiciario y subjetivo, que en la tramitación de una causa por estos delitos, los jueces tendrán, que ratificar el estado de inocencia de los mismos, este es el problema principal de los mencionados delitos, su dificultad de comprobarlos, de crear un convencimiento en los jueces. En palabras del mismo Tribunal se dispuso:

“El tratadista Julio Mayer, señala: “La certeza positiva o probabilidad positiva es aquella que afirma el hecho imputado y la certeza negativa o probabilidad negativa es aquella que se dirige a explicar cómo inexistente el hecho imputado, por tanto es correcto afirmar que solo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad permiten la absolución como consecuencia del in dubio pro reo”. El artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, preceptúa, “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que

aporten los sujetos procesales en esta etapa (de juicio)...”; (ArcevsEncalada, 17124-2014-0585, 2014, pág. 19)

En referencia al mencionado punto, quisiera hacer la acotación establecida por la jueza de la Corte Nacional Gladys Terán, la cual en conversaciones con la misma me supo, mencionar, que efectivamente, los casos de odio y de terrorismo, son de muy difícil comprobación, pero es trabajo de los jueces, formar una jurisprudencia al respecto, para determinar, como debe ser apreciada la prueba dentro de un proceso seguido por los mencionados delito, así como se lo estableció en casos como violación a menores, en donde la prueba no es muy indirecta.

3.4.5.2 Sentencia de 19 de marzo del 2016

De la sentencia de Corte Provincia de fecha 24 de julio de 2014 se interpuso un recurso de casación por falta de motivación y con fecha 19 de agosto del 2015 la misma fue casada por inmotivada y regresaría la competencia a la Corte Provincial para que se vuelva a emitir un fallo. Uno de los principales motivos por los cuales se casó la sentencia surge a raíz de la falta de valoración de la prueba lo cual provoca, que ésta no se traduzca en la motivación de la sentencia.

Una vez estableciendo el presente contexto es menester analizar las alegaciones establecidas en la segunda sentencia emitida por la Corte Provincial, ya que el presente fallo es el único, que declarará la culpabilidad del Teniente Encalada.

Dentro del fallo de fecha 19 de marzo del 2016 se establecieron como en las demás sentencia tres puntos a tratar. El primero es la fundamentación legal como base para definir el delito de odio, el segundo es la contextualización de odio y el tercero es la apreciación de la prueba. A este punto es preciso realizar una acotación, desde el inicio de la sentencia se establecieron lineamientos en los cuales se trató de mostrar la sentencia un poco más a favor de la víctima, más alejada del tinte legalista propio del Derecho Penal¹².

¹² Mientras, que las sentencias de primera y segunda instancia, apreciaron la prueba de la parte actora como indirecta e indiciara, ahora se valoró la misma en un sentido a favor de la víctima, considerando en demasía tratados internacionales.

Este punto en referencia se lo puede ver con claridad en la medida, en que la propia Corte establece en virtud del artículo 81 de nuestra Constitución, que los crímenes de odio deben ser tramitados desde otra óptica con procedimientos especiales, cabe recalcar, que hasta la actualidad el procedimiento por el cual se juzga el posible cometimiento de un delito de odio no han tenido un carácter diferente al de otros procesos.

Dentro del marco legal mencionado en la sentencia en cuestión, como en las demás sentencia, el Tribunal en cuestión citó un sin número de normas relacionadas con el derecho a la no discriminación, las mismas que ya han sido citadas en apartados anteriores, pero que por tratar de ejemplificar las mismas se citarán a continuación:

Constitución derecho a la igualdad 44 artículo 11 y 8.3, La Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 1 y 2 (1948) todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición. Igualmente, el artículo 5 del cuerpo normativo ya mencionado establece:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derecho Humanos, 1948, pág. 3)

Una vez dado un concepto legal, del delito de odio y la afectación de los derechos que el cometimiento, que este tipo de delitos afecta, el derecho de toda persona a ser tratado como igual, el Tribunal de Corte Provincial decide como en los demás fallos analizados determinar, qué es el odio.

Citando a la propia Corte Provincial, la misma definen al odio como:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra “odio” proviene del latín odium. “Antipatía y aversión hacia alguna cosa o persona cuyo mal se desea”. En este sentido, como señalaba Ortega y Gasset: “Odiar a alguien es sentir irritación por su simple existencia. Sólo satisfaría su radical desaparición. [...] Odiar es anulación y asesinato virtual –pero no un asesinato que se ejecuta una vez, sino que estar odiando es estar sin descanso asesinando, borrando de la existencia al ser que odiamos”. (ArcevsEncalada, 17124-2014-0585 , 2016, pág. 18)

Una vez establecido lo que se entiende por el término odiar, el Tribunal determina, cual es el verbo rector y el bien jurídico afectado. Dentro de este nuevo fallo estudiado se vuelve a considerar el verbo rector y el bien jurídico protegido, establecido en sentencia de fecha 24 de julio de 2014, esto es el verbo rector el de cometer actos de violencia

física o moral por motivos de odio. Siendo el odio entendido como discriminación, cayendo en la misma ambigüedad determinada con anterioridad, ya que el odio no es sinónimo de discriminar, no todo odio se concibe como una discriminación.

El Tribunal de segunda instancia analiza el delito de odio en base a doctrina y legislación extranjera, siguiendo un método analítico-sistémico, ya que en estricto sentido dan un alcance o dotan de toda valoración al elemento odio; segundo ellos determinan que el verbo rector del tipo penal establecido en el Segundo Art. Innumerado, del Capítulo Innumerado Delitos de odio del Título II del Código Penal, aplicable al caso, es cometer “actos de violencia moral o física”, impulsado el sujeto activo de la infracción a realizar estos actos, por motivos de odio.

Incluso para seguir comparando al odio como sinónimo de discriminación parafraseando al autor Eugenio Raúl Zaffaroni, que al referirse a los delitos de odio, señala:

“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. No se pena el prejuicio, que es una mera actitud, sino la conducta que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria y por implicar un mensaje para todos los que se ven afectados por el prejuicio. Por tanto, al poner en peligro los bienes protegidos, lo que se criminaliza no son los pensamientos, que corresponden al fuero interno, sino a la conducta del sujeto activo cuando es lesiva y genera violencia moral o física a la víctima. (ArcevsEncalada, 17124-2014-0585, 2016, pág. 20)

Una vez interpretado lo que es el delito de odio, el Tribunal en referencia analiza y valora la prueba aportada, ya manteniendo un tinte garantista¹³, el cual ya fue explicado en apartados anteriores. Es así, que uno de los puntos principales en los cuales se diferencia esta sentencia con las demás, es el aceptar como cierto todo el contenido del Informe de la Defensoría del Pueblo, ya que determina, que la misma es una recopilación de información veraz, la cual es entregado por un órgano estatal, además de determinar que los testimonios de Haydee Jacqueline Cáceres Alarcón y Carla Gabriela Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos, establecieron con claridad la

¹³ Lo que en las otras sentencias se lo consideró prueba indiciaria, la cual no determinaba la existencia de la materialidad de la infracción así como la responsabilidad del procesado, ahora se los considera de extrema importancia, ya no como testimonios de oídas o como peritajes que no tienen, que ver con la causa, sino con testimonios con un grado de credibilidad increíble y testimonios que determinan lo que reamente pasa en la institución ESMIL

veracidad del informe realizado por el órgano en referencia, ya que ellos mismos dan fe de la recopilación dada.

El segundo punto el cual es trascendental dentro de la mencionada sentencia es la valoración de las pericias psicológicas y sociológicas, las cuales son el pilar fundamental del fallo en cuestión. Otro punto a tratar es el testimonio de Michael Arce. El Tribunal determinó, que al ver que el testimonio de Arce es fluido y el llanto del mismo demuestra, que no está mintiendo, sino que todo lo que cuenta es verdad, el juzgado toma todo lo dicho como verdadero, siendo una valoración de la prueba la cual se basa en el lenguaje de la víctima, mas no en la concordancia de sus alegaciones.

Por último determina, que la pericia psicológica realizada por la Dra. Mónica Sofía Ortega Dávila, lo cual determinó, que existen varios indicios de traumas psicológicos que nacen a raíz de un acoso y discriminación racial, sin determinar de dónde venía.

3.4.6 Análisis del caso Arce

Una vez realizado un pequeño contexto del caso Arce, es preciso establecer para la presente tesis, cuáles han sido las falencias de las misma y si éstas tienen un correlación con todo lo establecido hasta el momento dentro de la presente tesis. Para no ser tan largos, ya que se han mencionado varios puntos dentro del relato de las diferentes sentencias, me circunscribiré en tres puntos. La ambigüedad al tratar de determinar los componentes del tipo objetivo del delito de odio, la interpretación del delito de odio, la imposibilidad de obtener una prueba, que pueda establecer el mismo.

Como se pudo evidenciar en todas las sentencias relatadas, cada uno trató de determinar la estructura del tipo objetivo del delito de odio de diferente manera. La primera sentencia determinó que el bien jurídico afectado es el la humanidad, y en un cierto sentido la igualdad y no discriminación, por ende su verbo rector, será actos contra la humanidad. En base a este análisis y en vista de que la prueba aportada no determinó la responsabilidad del procesado se ratifica el estado de inocencia.

La segunda sentencia y la tercera sentencia de Corte Provincial determinaron que el delito de odio es pluriofensivo en sentido estricto. Esto es, la afectación al derecho a la igualdad, el cual se lo lleva a cabo a través de la afectación de otros derechos además de establecer,

que el elemento subjetivo de odio determina la finalidad del actor dentro del tipo penal, estableciendo que este elemento de odio se lo debe concebir como discriminar.

Cabe recalcar en primer lugar, que discriminar es un verbo, el cual es el verbo rector en este caso y segundo que el odio no es sinónimo de discriminar. Hasta el presente análisis, se puede constatar, que en primer momento nuestra tesis ha sido confirmada por nuestros propios órganos de justicia, pero aquí es el momento en que se enfrentan con los problemas resaltados en nuestra tesis.

Una vez definido la estructura típica del delito de odio es menester determinar, que es el odio tanto ambas salas establecieron, que el odio es una emoción la cual no puede ser penada sino cuando la misma se exteriorice en un acto de violencia física o moral, pero al definir el odio lo definen como discriminación lo cual constituye en sí mismo un verbo rector, pero como ya se lo mencionó no todo acto de odio es discriminación. Para constatar la presente tesis me permito establecer el siguiente ejemplo una persona, que es homosexual y que no lo admite, golpea a otros homosexuales; los actos que comete no son de discriminación, sino de impotencia, frustración, celos, etc.

Del mismo modo, una persona, que ve en su barrio un grupo de homosexuales extremistas, que golpearon a su hijo heterosexual y que genera un odio hacia este grupo, no lo genera porque el grupo es de homosexuales, los odió porque golpearon a su hijo.

Lo que trato de explicar con las premisas anteriores es que el sentimiento de odio es de carácter interno el cual no siempre se exterioriza en la discriminación a un tercero, ni se lo debe entender de este modo. Existen diferentes definiciones de odio, así como diferentes teorías de las emociones, que tratan de definirla, por lo que darle a la palabra odio un solo significado, solo es tratar en teoría de crear un tipo penal nuevo ajeno al establecido en la norma. Ya se lo mencionó y se lo evidencia en las sentencias en cuestión el odio es un término inefable, que no tiene en sí una definición concreta, y en el caso de que se trate de penalizar dicho sentimiento, es preciso que por seguridad jurídica, se defina el mismo para evitar ambigüedades como las establecidas en el caso estudiado. Además de que como ya se lo mencionó, el odio no es sinónimo de discriminar.

El segundo punto es la interpretación del delito de odio. Para poder interpretarla los diferentes jueces se direccionaron al análisis de normativa extranjera e incluso a doctrina extranjera. Autores como John Antón, Zaffaroni, Zambrano, etc., fueron un pilar trascendente para entender lo que es odio. De lo que se colige de los antecedentes

mencionados se determina, que la forma de interpretación del delito de odio se basó primero en la normativa extranjero, pero a pesar del aporte establecido por dichas normas no se logró determinar a cabalidad la naturaleza del elemento odio¹⁴ incluso el Tribunal de Segunda instancia que emitió la sentencia de fecha 24 de julio del 2014 determinó, que el propio acusador particular no conocía el verbo rector del delito de odio.

Un punto que quisiera anexar a breve rasgos es la determinación del delito de odio como un delito continuado, que contiene dentro de su acción, múltiples acciones, los cuales en conjunto constituyen lo que es odio. A mi modo de ver dichas alegación son correctas debido a que la transcripción del delito de odio el mismo establece, que se penaran los actos de violencia física y moral. El inconveniente al respecto es que dentro del mismo puede existir una pluralidad de acciones, que podrían según los casos planteados convertirse una ambigüedad de trámite, como los ya explicados con anterioridad.

Y por último la valoración de la prueba. Como se establece en las sentencias estudiadas no existió una verdadera prueba la cual pueda comprobar lo que es el odio. Tanto las pruebas psicológicas como testimoniales, solo determinaron actos consecutivos de acosos, más no de discriminación y mucho menos de odio. Como ya que lo mencionó, dentro de los testimonio rendidos en el caso Arce vs Encalada, nunca se mencionó la palabra negro, ni otro epíteto semejante. En segundo lugar si existe como existe en el caso en cuestión, una totalmente distorsionada definición de odio, como la propia Corte lo recriminó a la parte acusadora lo cual dificulta en tal sentido saber, que se debe probar.

3.5. Delito de odio y terrorismo en legislaciones internacionales

Ya analizado la doctrina, ley y jurisprudencia del delito de odio y terrorismo, es imperioso estudiar dentro de la normativa internacional, como se han determinado los delito de odio y terrorismo. Es así, que al siguiente tenor se expondrán diferentes normativas internacionales:

3.5.1 Legislaciones internacionales odio

3.5.1.2 Legislación Española

El artículo 510 del Código Penal Español define al delito de odio como:

¹⁴ Principalmente por el problema de que el Tribunal de Segunda Instancia en sus dos fallos, determinar el odio como discriminar, pero no lo consideran un verbo sino un elemento subjetivo.

“Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.” (Camara de Diputados, Código Penal, 2015, pág. 157)

Como se puede evidenciar de la presente cita el delito de odio se encuentra direccionado no solo por el odio, sino por la discriminación y los actos de violencia a diferentes grupos segregados. Una de las principales diferencias, que de la que consta el presente delito con el delito de odio ecuatoriano es la ejemplificación de dos nuevos verbos los cuales son discriminación y odio, por lo cual en este caso en concreto se puede determinar con mayor claridad de que el delito en cuestión es de naturaleza pluriofensiva, además de entender que los verbos en cuestión son un sinónimo de discriminar.

En conclusión la estructura establecida dentro del tipo penal de odio del Código Español consta de las mismas falencias de las ya existentes dentro del tipo penal de odio en el Ecuador, pero con ciertas diferencias la primera:

- El odio es considerado un sinónimo de discriminación, que en cierta medida, nos permite dotar de cierto contenido al elemento subjetivo de odio, entendiendo que el verbo rector es discriminar.
- Se expresa con claridad la pluriofensividad de mencionado delito.
- Cabe recalcar, que como en el caso ecuatoriano la legislación española no toma en cuenta que no todo odio debe ser considerado como discriminación.

3.5.2.2 Legislación Estadounidense

Una de las legislaciones más importantes, que han tratado crímenes de odio y que en reiteradas ocasiones ha sido mencionada dentro de la jurisprudencia analizada es la norteamericana. Casos como R. A. V. v. City of St. Paul entre otros han provocado una seria discusión en relación a este tipo de delitos, principalmente en la medida en que al ser los mismo tan abarcativos tienden a ser considerados como indeterminados y por ende pueden afectar diferentes derechos como la libertad de expresión o la libertad de pensamiento.

La sección 280003 (a) de la Ley de Control de la Violencia Ley de aplicación de la ley de 1994 (Ley Pública 103-322; 108 Stat. 2096) establece como delito de odio el siguiente:

“(A) Definición.-- En esta sección, “crímenes de odio” significa un delito en que el acusado selecciona intencionadamente una víctima, o en el caso de un delito contra la propiedad, la propiedad de que es el objeto del delito, porque de la real o percibida raza, color, religión, origen nacional, etnia, género, discapacidad u orientación sexual de cualquier persona. “ (Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, Ley de Control de la Violencia, 1994)

De la transcripción en referencia se puede establecer, que la estructura típica del mencionado delito se direcciona a cualquier acto, que tienda a afectar intencionalmente a una persona en razón de su pertenencia a un grupo determinado, por lo cual se puede decir que el mismo es un delito pluriofensivo como el delito de odio en el Ecuador; pero en este sentido cabe hacer una distinción; mientras que el delito de odio en el Ecuador está conectado a través de un elemento subjetivo (odio), el delito de odio Norteamericano lo elimina y establece, que no importa el motivo el cual origina el maltrato a la víctima, sino que la víctima sea intencionalmente escogida.

Como se puede evidenciar y ha sido tema de debate en Estados Unidos, la vaguedad de las normas de odio en los diferentes Estados, provoca que las mismas atenten contra los derechos a la libertad de expresión o de pensamientos; ya en casos como *Chaplinsky v. New Hampshire* o *R. A. V. v. City of St. Paul*, se determinó, que efectivamente existe una ambigüedad dentro de las mencionadas normas, pero esto no significa que la forma de expresión la cual está cargada de discriminación no sea contraria a la propia seguridad pública. La misma Corte Suprema ha determinado, que existen ciertas expresiones en virtud del contexto en el cual fueron ejecutadas las cuales no se encuentran constitucionalmente protegidas.

3.5.2 Legislaciones internacionales terrorismo

3.5.2.1 Legislación Española

“Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevarán a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.ª Subvertir el orden constitucional, o

suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.^a Alterar gravemente la paz pública. 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. 2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior. 3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.” (Camara de Diputados, Ley Orgánica 2/2015, 2015, pág. 172)

Es muy interesante la tipología existente dentro del delito de terrorismo en España. En primer lugar el delito de terrorismo español no solo consta de una pluralidad de bienes jurídicos y verbos rectores, sino que establece cuando estos actos pluriofensivos pueden ser considerados como actos terroristas. Los cuales a mi parecer en su mayoría se encuentran direccionados en dos puntos. La primera clasificación se encuentra direccionados a actos que tienen como finalidad deshabilitar la estructura y funcionamiento del Estado, la segunda clasificación de elementos subjetivos se direcciona a actos de terror.

Referente a la determinación de los fines, que deben tener los actos de terrorismo para que sean considerados como tal, es preciso realizar una acotación. Esto es la pluralidad de motivos, y si estos pueden ser o no concordantes entre ellos. Como se lo mencionó en el referido artículo existen dos motivos principales el aterrorizar y el deshabilitar la estructura del Estado, los cuales en si no son concordantes, lo cual dificulta y elimina todo carácter de mínima intervención dentro del mismo, llegando a un tipo penal sumamente abierto.

Otro tema interesante dentro del mismo tipo penal es la existencia de un elemento subjetivo sumamente ambiguo como el terror y otro detallado como es el tratar de deshabilitar la estructura de un Estado; lo cual en cierto modo a diferencia, que en el delito de odio de Ecuador, otorga un cierto carácter descriptivo en el tipo penal.

3.5.2.2 Legislación Colombia

“ El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a

doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta. Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y la multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Botero, Código Penal, 2017, pág. 440)

Del análisis del tipo penal de terrorismo colombiano en su artículo 343 de su Código Penal se puede determinar, que dentro del mismo se encuentra una estructura pluriofensiva muy parecida a la nuestra cuyo elemento subjetivo es el mismo, esto es terror. Por lo cual goza de las mismas falencias relatadas en apartados anteriores. Lo interesante dentro del mismo es que establece ya a cabalidad como el delito de terrorismo Español, que el mismo se cometerá a través del cometimiento de otro delito demostrando, que el mismo es pluriofensivo.

3.5.2.3 Análisis de la legislación extranjera

Como se desprende del análisis de los diferentes legislaciones extranjeras las mismas manejan similar estructura pluriofensiva ambigua. Con la existencia de ligeras excepciones como es el caso de España la cual, si define al delito de terrorismo en cierto modo al establecer cuál es la finalidad del delito de terrorismo, delimitando su ambigüedad. En relación al delito de odio es preciso acotar, que si bien son cierto todas las legislaciones mencionadas manejan una misma estructura típica, el estudio sobre los mismos ha sido diferente, especialmente en el caso estadounidense. Dentro de la jurisprudencia de los mencionados delitos, estos han sido severamente criticados por su carácter ambiguo e inconstitucional, lo cual en varias ocasiones ha sido aceptado por los diferentes órganos judiciales de cada país.

Por último, dentro de las diferentes legislaciones comparadas con la nuestra, se pudo determinar, que tanto la discusión por el delito de odio y terrorismo, así como su tipificación ha sido muy criticada debido a la ambigüedad de su término. Incluso en algunos casos mucho más ambigua, ya que casos como Estados Unidos, Colombia, España, han sido mucho más taxativos a la hora de determinar las acciones por las cuales se puede cometer un delito de odio y terrorismo.

Conclusiones

- Existe una nueva clase de tipos defectuosos compuesta por varias acciones, que afectan a varios bienes jurídicos protegidos unidos por un elemento subjetivo el cual debido a la ambigüedad e inefabilidad del mismo provoca, que el tipo penal pierda su carácter descriptivo y por ende los derechos que de él surgen.
- Tanto el odio y el terror como elementos subjetivos del delito de odio y terrorismo son en extremo difícil de probar lo que probar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado.
- El grado garantista y tutelar del delito de odio y terrorismo se ve vulnerado debido a la dificultad de comprobación y entendimiento del mismo.
- Todo método de interpretación realizado sobre el delito de odio y terrorismo provoca que el mismo sea inconstitucional provocando su inaplicabilidad de delito.
- La existencia de un elemento subjetivo como odio y terror imposibilita la determinación del bien jurídico protegido ya que él mismo cae dentro del experto interno de la persona.
- Procesalmente el delito de odio y terrorismo debido a su dificultad probatoria, provoca que los jueces, tribunales y fiscalía observe dentro del proceso la existencia de mucha prueba indiciaria, por lo que en ese sentido, un proceso de odio y terrorismo será tendiente a una solicitud de archivo de la causa, dictamen abstenido, sobreseimiento, sentencia ratificatoria de inocencia.
- Existe un grave desconocimiento de lo que en realidad es el tipo penal de odio y terrorismo. Muchas personas presentan denuncias por ser víctimas de delitos de odio, creyendo que el acto por el cual fue agredido es de discriminación, pero en realidad solo fue un acto de resentimiento o de ira.

- La tipificación de delito de odio no provocan una eliminación o un freno a las conductas descritas en el tipo penal. En el caso del odio, este delito solo da un arma a los grupos minoritarios, provocando un rechazo entre ambos grupos. En el caso del terrorismo, de la forma transcrita en el COIP el único fin que tienen el mismo es que el Estado tenga un arma para poder procesar a cualquier persona bajo la excusa de que existió terror.

Recomendaciones

- La tipología de tipos penales pluriofensivos conectados por un elemento subjetivo como lo es el odio y terror solo afecta el carácter probatorio, descriptivo y procesal del tipo penal, por lo cual se debería o eliminar estos elementos subjetivos como el odio y el terror tratando de dar un elemento subjetivo un poco más descriptivo dentro del tipo penal o definirlo previamente en la norma.
- En último término, si es el caso, que por política criminal se desea crear un tipo penal ambiguo como el delito de odio, es recomendación del actor establecerlos específicamente como una agravante genérica del tipo penal, pero siempre que la misma sea previamente determinada.
- Toda interpretación realizada del delito de odio debe ser siempre encaminada a determinar de manera teleológica el bien jurídico protegido, teniendo en cuenta la sección en la que se encuentra el delito de odio, esto Sección V, Capítulo II delitos contra la igualdad.
- Del análisis de la jurisprudencia estudiada, es menester hacer una recomendación. Para poder entender la misma, se debe tener en cuenta, que muchos de los sujetos procesales, desconocen la definición de odio y en su defecto piensan, que el verbo rector del mismo es odiar, pero no es así, el verbo rector en este caso es discriminar aunque su elemento subjetivo de odio no lo sea.
- Tanto el delito de odio y terrorismo debido a su carácter inconstitucional debe ser objeto de una reforma legal en la cual exista una verdadera motivación jurídica por parte de la asamblea legislativa, corrigiendo la deficiencia de la misma dentro del proceso de formación del delito de odio y terrorismo.

Bibliografía

- America, C. d. (1994). *Ley de Control de la Violencia*. Washington.
- Araujo, P. (s.f.). El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales. Quito, Pichincha, Ecuador. Obtenido de Paulina Araujo Abogados: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/126-articulo-el-paradojico-proceso-de-descodificacion-del-coip-en-ecuador>
- Araujo, P. (s.f.). *Paulina Araujo Abogados*. Obtenido de Paulina Araujo Abogados: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/126-articulo-el-paradojico-proceso-de-descodificacion-del-coip-en-ecuador>
- ArcevsEncalada, 17124-2014-0585 (Corte Provincial de Pichincha Sala de lo Penal 24 de Julio de 2014).
- ArcevsEncalada, 17124-2014-0585 (Tribunal Septimo de Garantias Penales 27 de marzo de 2014).
- ArcevsEncalada, 17124-2014-0585 (Corte Provincial de Pichincha Sala de lo Penal 9 de Marzo de 2016).
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. New York.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1971). *CONVENCIÓN PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS ACTOS DE TERRORISMO CONFIGURADOS EN DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y LA EXTORSIÓN CONEXA CUANDO ESTOS TENGAN TRASCENDENCIA INTERNACIONAL*. Washington.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.
- Asamblea Nacional. (2014). *Ley de Seguridad Pública y del Estado*. Quito.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (4 de Octubre de 2012). Acta de la Asamblea Nacional, COIP 174-B. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Asúa, J. d. (1995). *Lecciones de Derecho Penal*. México D.F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- ASÚAI, J. D. (1950). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Baquerizo, J. Z. (1989). *El Proceso Penal*. Bogota: EDINO.
- Beccaria, C. (1998). *De los delitos y las penas*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- Beccaria, C. (1998). *De los Delitos y las Penas*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y las penas*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Economica.
- Beling, E. v. (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. Berlin.
- Berdugo Gomez de la torre, I. (1992). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: T.I. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal.
- Berdugo Gomez De La Torre, I. (1992). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: T.I. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal.
- Botero, J. (2017). *Código Penal*. Bogotá: Univesidad de Medellin.
- Branderburg vs. Ohio, 395 U.S. 444 (Corte Suprema de los EE. UU. 27 de febrero de 1969).
- Buenestado Barroso, J. L. (s.f.). *UNAM*. Obtenido de UNAM: http://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias/Guias_1471/Tercer%20Semestre/Delitos_Particular_3_Semestre.pdf

- Bustos Ramírez. (2004). *Bien jurídico Protegido en el Derecho Penal*. RFDUCM.
- Cancio Meliá, M. (2014). *Los delitos de Terrorismo su estructura típica y injusto*. Madrid: Reus.
- Cardosos, J. (1985). *Pruebas Judiciales*. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches.
- Castiblanco, A. (2014). *El Objeto de protección del derecho penal y el Bien Jurídico tutelado por el Derecho Penal en El Estado Social de Derecho*. Bogotá. *Código Organico Integral Penal*. (2014).
- Código Penal*. (2015). Madrid.
- Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional. (s.f.). Quito, Pichincha, Ecuador.
- Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional. (13 de Junio de 2012). Segundo Informe de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Constitucion de la Republica del Ecuador*. (2008).
- Correa Delgado, R. (s.f.). Quito, Pichincha, Ecuador.
- Correa Delgado, R. (2011 de Octubre de 2011). Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- de Asúa, J. (1950). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- De Asúa, J. (1950). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. New York.
- Devis Echandía, H. (1987). *Teoria General de la Prueba Judicial Tomo I*. Bogota: DIKE.
- Diputados, C. d. (2015). *Ley Orgánica 2/2015*. Madrid.
- Doctrina penal*. (1981). Depalma.
- Duarte de Fex, H. (s.f.). *Constitución Política e Instrucción Civica*. Bogota.
- Echandía, R. (1990). *Derecho Penal*. Bogota: Temis.
- Ecuador, A. N. (s.f.). Quito, Pichincha, Ecuador.
- Encalada, P. (2009). *Teoría Constitucional del Delito*. Quito.
- Etcheberry, A. (1990). *Derecho Penal*. Bogota: Nacional Gabriela Mistral.
- Etcheberry, A. (1999). *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Nacional Gabriela Mistral.
- Falconí, R. (2015). Informe sobre la aplicación del concepto de Terrorismo en el Ecuador. En *Terrorismo y Derecho Penal* (págs. 323-325). Colombia: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional.
- Fernández, J. (1989). *Derecho Penal Fundamental*. Bogota: Temis.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- García Falconí, R. (2015). Informe sobre la aplicación del Concepto de Terrorismo en el Ecuador. En G. L. Estudios, *Terrorismo* (págs. 319-329). Quito: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG.
- García Falconí, R. (s.f.). *El Universo*. Obtenido de El Universo: <https://www.eluniverso.com/opinion/2014/06/09/nota/3079436/teoria-error-nuevo-codigo-penal>
- García, E. (19 de Febrero de 2014). *Scribd*. Obtenido de Scribd: <https://es.scribd.com/document/207899023/La-Interpretacion>
- García, F. (25 de Mayo de 2010). *Fabian García Blogs*. Obtenido de Fabian García Blogs: <http://garciamiranda77.blogspot.com/2010/05/el-dolo.html>
- Gómez, N. (2004). *Analisis de los Principios del Derecho Penal*. Caracas.
- González Suárez, L. (3 de Marzo de 2015). La Doctrina de Santo Tomas de Aquino, sobre la Analogía sobre el Recursos para el Conocimiento Natural de Dios. Una Maditación Filosófica sobre sus límites y Alcances. Obtenido de La Doctrina de Santo Tomas de

- Aquino, sobre la Analogía sobre el Recursos para el Conocimiento Natural de Dios. Una Maditación Filosófica sobre sus límites y Alcances.
- Guardiola García, J. (2003). *La realización arbitraria del propio Derecho*. Valencia: Universitat de València.
- Gutiérrez, M. A. (25 de Septiembre de 2011). *MAG Jurídico*. Obtenido de MAG Jurídico: <http://magjuridico.blogspot.com/2011/09/elementos-para-el-estudio-dogmatico-de.html>
- Humanos, I. I. (2007). *Atención Integral a víctimas de tortura dentro de procesos de litigio*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Jiménez, D. A. (1950). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.
- Justicia, C. N. (2014). *Cuaderno de Jurisprudencia Penal*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Mariano Kierszenbaum. (2009). *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos.
- Matus, J. P. (2000). *LA TEORÍA DEL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES EN LA DOGMÁTICA ALEMANA, DESDE SUS ORÍGENES ESTA EL PRESENTE (PRIMERA PARTE)*. Santiago de Chile: Universidad de Talca.
- Mayer, M. E. (1915). *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*.
- Minav Fernández, 0148-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 17 de Septiembre de 2014).
- Montraveta, S. C. (2002). *El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos*. Barcelona. Barcelona.
- Ocles, M. (28 de Octubre de 2013). *Asamblea Nacional República del Ecuador*. Obtenido de Asamblea Nacional República del Ecuador: http://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/el_delito_de_odio_en_la_legislacion_ecuatoriana
- Organización Mundial de las Naciones Unidas. (21 de Diciembre de 1965). Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación. New York, Estados Unidos de Norteamérica.
- Parra Quijano, J. (1998). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogota: Librería del Profesional.
- Plascencia, R. (2000). *Teoría del Delito*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Real Academia de la Lengua Española. (2017). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=odio>
- Resolución No. 172 de 23-VIII-2002, R.O. 666, No. 172 de 23-VIII-2002 (Corte Suprema de Justicia 19 de Agosto de 2002).
- Reyes Echandía, A. (1990). *Derecho Penal*. Bogota: Temis.
- Rocco, U. (1957). *Trattato di diritto processuale civile*. Torino: Utet.
- Rodrigo Laborias, A. (2013). *Ambito Juridico*. Obtenido de Ambito Juridico: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12402%26revista_caderno%3D10?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13510&revista_caderno=16
- Rodrigo Laborias, A. (Agosto de 2013). *Ambito Juridico*. Obtenido de Ambito Juridico: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12402%26revista_caderno%3D10?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13510&revista_caderno=16
- Romo, M. P. (6 de Enero de 2009). Observaciones al Proyecto de Ley Reformativa del Código Penal. Quito, Pichincha, Ecuador.

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: CIVITAS.
- Sandoval, J. (1999). *Límites Materiales de los Tipos Penales en Blanco: Visión Garantista*. Bogotá: Nuevo Foro Penal .
- Schenck vs. Estados Unidos , 249 U.S. 47 (Corte Suprema de Justicia 1919).
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- STC. 34/2005, STC. 34/2005 (Tribunal Constitucional de España 17 de Febrero de 2005).
- Torre, I. B. (1992). *manual de Derecho Penal Parte General* . Barcelona: T.I. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal.
- Trujillo Márquez, I. (s.f.). UNAM. Obtenido de UNAM: http://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias/Guias_1471/Tercer%20Semestre/Delitos_Particular_3_Semestre.pdf
- Unidas, A. G. (2 de Febrero de 1971). Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional. Washington, Washington, Estados Unidos de Norteamérica.
- Vaca Andrade, R. (2000). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
- Zaffaroni, E. R. (1991). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zavala Baquerizo, J. (1989). *El proceso penal*. Bogota: EDINO.

ANEXOS

FISCALIA PROVINCIAL DE PICHINCHA
 DELITO DE ACTOS DE ODO/ART. 177
 CORTE: ENERO A DICIEMBRE DEL 2016

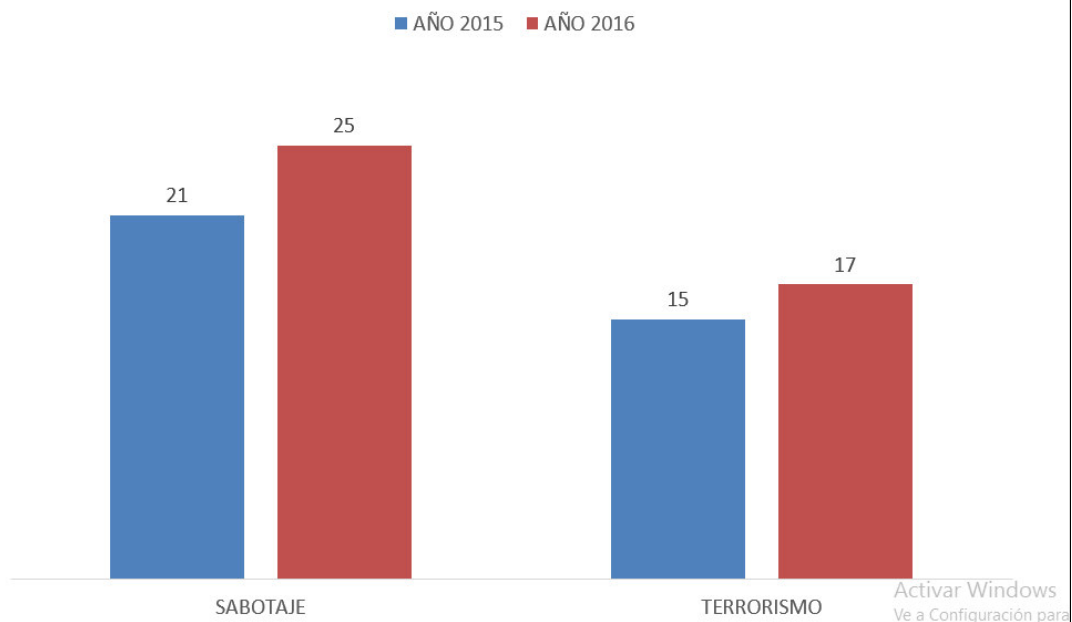
NOTICIAS DEL DELITO	INVESTIGACION PREVIA	INSTRUCCION FISCAL	DECLAMAR		SOBRESISENTO	LLAMAMIENTO AL JUICIO	CONDENATORIA	SENTENCIAS		ACERCAO	ACERCAO ACERTADO
			ACUSADO	ABSTENIDO				DEFINITIVA	REVISADA		
157	143	1	1	0	0	1	1	0	0	18	6

FUENTE: IBERO CDP

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESTADÍSTICAS DE DELITOS DE COMISIÓN DE LA VERDAD DIRECCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL DELITOSCOPIO

Activar Windows
Ver configuración para
ABRIL 2017

DELITOS TERRORISMO Y SABOTAJE



Fuente: Comisión de Estadísticas de Violencia, Fiscalía General del Estado
Elaborado por Dirección de Política Criminal

**SABOTAJE POR PROVINCIA
ENERO-DICIEMBRE 2016**

PROVINCIA	SABOTAJE	TERRORISMO
ORELLANA	7	1
GUAYAS	4	9
PICHINCHA	4	1
EL ORO	3	1
LOJA	2	0
SUCUMBIOS	2	1
AZUAY	1	1
ESMERALDAS	1	0
SANTO DOMINGO DE LOS TSACHILAS	1	1
BOLIVAR	0	0
CANAR	0	0
CHIMBORAZO	0	0
COTOPAXI	0	1
IMBABURA	0	0
MANABI	0	1
MORONA SANTIAGO	0	0
NAPO	0	0
ZAMORA CHINCHIPE	0	0
TOTAL	25	17

Fuente: Comisión de Estadísticas de Violencia, Fiscalía General del Estado
Elaborado por Dirección de Política Criminal

Activar Windows
Ve a Configuración para

Oficio No. FPP-GPP-2017-005867-O

Quito, 19 de abril de 2017

Asunto: DATOS ESTADISTICOS DE LOS DELITOS DE ODIO Y TERRORISMO

SEÑOR
Elhías De La Torre

En su Despacho

Reciba un atento y cordial saludo:

En referencia al Oficio S/N de fecha 17 de abril del 2017, mediante el cual solicita las estadísticas de los delitos de actos de odio y terrorismo, con corte de enero a diciembre del 2016, me permito indicar lo siguiente:

1. En el año del 2016, la fiscalía provincial de pichincha de acuerdo a los reportes remitidos por las Fiscalías Especializadas no reflejan noticias de delitos de terrorismo.
2. Adjunto los datos estadísticos del delito de Actos de Odio, que reflejan noticias del delito, flagrantes y no flagrantes, llamamiento a juicio, sentencias y archivo, del año 2016.

Cabe mencionar que dicho archivo, será remitido al correo elhiasdelatorre@gmail.com, de acuerdo a tu solicitud.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

SRTA. GLADYS GABRIELA GERMAN BERMUDEZ
ANALISTA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD 1
FISCALIA PROVINCIAL DE PICHINCHA



Con Copia:
Anexos: 1 ANEXO
Referencia: FPP-GD-2017-00547

Fecha de elaboración 2017-04-19	Elaborado por: GERMAN BERMUDEZ GLADYS GABRIELA	Revisado por: GLADYS GABRIELA GERMAN BERMUDEZ	Aprobado por: GLADYS GABRIELA GERMAN BERMUDEZ
------------------------------------	---	--	--

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **ELHÍAS DANIEL DE LA TORRE GÚZMAN C.I. 1718161548** autor del trabajo de graduación intitulado: **“El delito de odio y terrorismo a la luz de la dogmática penal en relación a su tipicidad”**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **Jurisprudencia**:

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 a la 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 de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 07 de marzo de 2018



Elhías De La Torre

C.I. 1718161548


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **171816154-8**
 APELLIDOS Y NOMBRES **DE LA TORRE GUZMAN ELHIAS DANIEL**
 LUGAR DE NACIMIENTO **PICHINCHA QUITO CHAUPICRUZ**
 FECHA DE NACIMIENTO **1995-02-19**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **M**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**





INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E1333V1222
 APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **DE LA TORRE PRADO JOSE JAVIER**
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **GUZMAN PEREZ MARIANA DE J**
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN **QUITO 2014-08-07**
 FECHA DE EXPIRACIÓN **2024-08-07**





DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
4 DE FEBRERO 2018



008 JUNTA No. **008 - 359** NÚMERO **1718161548** CEDULA
DE LA TORRE GUZMAN ELHIAS DANIEL
 APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA **QUITO** CANTÓN **IÑAQUITO** PARROQUIA
 CIRCUNSCRIPCIÓN: **ZONA: 1**





REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

CIUDADANA (O)

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS



PRESIDENTA DE LA JRV IMP. IGM.MJ