



**UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ**



**CONFIGURACIÓN DE LA PENA DE LA LEY  
CONTRA EL ODIO, POR LA CONVIVENCIA  
PACÍFICA Y LA TOLERANCIA**

**Autores:**  
Eisami Melik  
Rodríguez Henry

Urb. Yuma II, calle N° 3. Municipio San Diego  
Teléfono: (0241) 8714240 (master) – Fax: (0241) 8712394



**República Bolivariana de Venezuela  
Ministerio del Poder Popular para la Educación  
Universidad José Antonio Páez  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Escuela de Derecho**

**CONFIGURACIÓN DE LA PENA DE LA LEY CONTRA EL ODIO, POR LA  
CONVIVENCIA PACÍFICA Y LA TOLERANCIA**

**Autores:**

Eisami Melik

C.I. V-24.302.271

Rodríguez Henry

C.I. V-14.359.421

**Tutora:**

Abog. Méndez Teresa

San Diego, Enero 2019



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**  
**UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**CONFIGURACIÓN DE LA PENA DE LA LEY CONTRA EL ODIO, POR LA  
CONVIVENCIA PACÍFICA Y LA TOLERANCIA**

**CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN**

---

**Abog. Teresa Méndez, C.I. V-:** \_\_\_\_\_

**Tutor Académico**

---

**Abg.** \_\_\_\_\_

**Jurado**

**Autores:**

Eisami Melik

C.I. V-24.302.271

Rodríguez Henry

C.I. V-14.359.421

San Diego, Enero 2019

## **DEDICATORIAS**

Dedicamos este trabajo de Grado a Dios y a nuestras familias

## **AGRADECIMIENTOS**

A nuestra Alma Mater, Universidad José Antonio Páez

A nuestra Tutora, Abog. Teresa Méndez

## ÍNDICE GENERAL

	<b>pp.</b>
RESUMEN INFORMATIVO.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
<b>CAPÍTULO</b>	
<b>I EL PROBLEMA</b>	
Planteamiento del Problema.....	2
Formulación del Problema.....	6
Objetivos de la Investigación.....	6
Objetivo General.....	6
Objetivos Específicos.....	7
Justificación de la Investigación.....	7
<b>II MARCO REFERENCIAL CONCEPTUAL</b>	
Antecedentes de la Investigación.....	9
Bases Teóricas.....	12
El odio como delito.....	13
Proporcionalidad de la Pena.....	19
Bases Legales.....	22
Definición de Términos Básicos.....	27
<b>III MARCO METODOLÓGICO</b>	
Tipo de Investigación.....	29
Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica.....	29
Fases de la Investigación.....	30

	<b>pp.</b>
IV      RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
Fase I.....	31
Fase II.....	36
Fase III.....	40
Conclusiones.....	43
Recomendaciones.....	44
REFERENCIAS.....	45



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
ESCUELA DE DERECHO**

**CONFIGURACIÓN DE LA PENA DE LA LEY CONTRA EL ODIOS, POR LA  
CONVIVENCIA PACÍFICA Y LA TOLERANCIA**

**Autores:** Melik Eisami y Henry Rodríguez

**Tutor Académico:** Abog. Teresa Méndez

**Fecha:** Noviembre 2018

**RESUMEN INFORMATIVO**

Es de todo punto razonable, que la lesión o peligro efectivo de bienes jurídicos, sean concretos o abstractos, debe ser bien definida por los núcleos típicos de estos delitos, pues conceptos o expresiones de contenido indeterminados, como es el odio, dan lugar a múltiples interpretaciones jurídicas que, eventualmente, pueden penalizar bagatelitas jurídicas. A propósito de tal premisa, se realizó una investigación jurídica dogmática de carácter histórico e interpretativo, utilizando como método y técnica la exégesis o significado lógico-deductivo, desarrollada en tres fases. A partir de los resultados obtenidos, se extrajeron como corolarios parciales los siguientes: establecer el odio como delito es difícil jurídicamente, al ser un concepto que no se encuentra delimitado de manera específica; la configuración de la pena establecida en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (LCCOCPT) no es proporcional a los hechos contenidos de manera tal en dicha ley; en los casos imputados por comisión de los delitos contemplados en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia desde su publicación, parecieran carecer de los elementos requeridos para ameritar la pena máxima de 20 años, según dispone el código penal venezolano. Se concluye, afirmando que de acuerdo a la redacción de la LCCOCPT, se desprenden dos lecturas concluyentes: por un lado, sería inminente un verdadero caos jurídico, inseguridad jurídica e incremento absurdo de causas con la misma identidad subjetiva y fáctica y por otro, la posibilidad de millones de casos de fomento, promoción o incitación al odio que, conforme a la sana crítica de los jueces, haría que el régimen penitenciario colapsara debido a la necesidad de albergar durante largos período de tiempo una inimaginable cantidad de reos.

**Palabras clave:** Derecho Penal; delito de odio; Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.

## INTRODUCCIÓN

Los problemas jurídicos y penales relacionados con los delitos de difusión de discursos de odio, se enmarcan dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto, donde la mera puesta en peligro es penalizada, siendo un elemento novedoso en Venezuela como consecuencia de la aprobación de la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.

Ahora bien, partiendo de la premisa según la cual el Derecho Penal es la última *ratio* para castigar las infracciones al ordenamiento jurídico y no su primera barrera sancionatoria, pues no es efectiva la afirmación que a mayor sanción mayor su efecto preventivo general o especial, surgió el propósito del presente trabajo de investigación, dirigido a analizar la configuración de la pena en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, desarrollado en acápites, como se describe seguidamente:

Capítulo I, en el que se efectúa el planteamiento del problema, formulación de los objetivos y justificación de la investigación.

Capítulo II, contenido del marco referencial o conceptual, integrado por los antecedentes, bases teóricas y legales, definición de términos básicos.

Capítulo III, correspondiente a los aspectos metodológicos de la investigación y sus etapas.

Capítulo IV, contenido de los resultados, conclusiones y recomendaciones consecuentes a la praxis investigativa.

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

*La oscuridad no puede expulsar a la oscuridad; sólo la luz puede hacer eso. El odio no puede expulsar al odio; sólo la luz puede hacerlo. Martin Luther King*

#### **Planteamiento del Problema**

La libertad de expresión, constituye uno de los derechos fundamentales del ser humano; de hecho, en la Declaración Universal elaborada en el año 1948 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), es consagrado en su artículo 19, donde se establece ninguna persona debe ser molestada a causa de sus opiniones y tiene derecho a "...investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión" (p. 6).

Sin embargo más adelante la Organización de Estados Americanos (OEA, 1969), mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, enmarca un sistema donde la regla es la libertad (todo se puede decir, por cualquier medio) y la excepción son las restricciones, mediante un sistema de reglas explícitas como son la prohibición de censura previa y ciertos regímenes: de responsabilidades ulteriores sometidas al criterio de proporcionalidad, de protección especial a la niñez y de prohibición de ciertos tipos de discurso.

Desde los argumentos anteriores, se desprende que la libertad de expresión es un elemento crítico para el diálogo, la democracia y el desarrollo de los países, aunque sujeta a límites expresamente fijados por ley a fin de asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el orden, salud y/o moral pública, contexto en donde la incitación al odio, la violencia o cualquier acción contra una persona o grupo de personas ocupa un importante lugar.

En este particular, es importante destacar que en el país, como país miembro de la ONU, la OEA y signatario de múltiples tratados, convenios y acuerdos vinculados a los derechos humanos, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 2009), recoge además de los principios sobre los derechos humanos, garantías y deberes (Título III, y artículo 350), los de libertad de expresión (artículos 48, 57, 59, 61), de información (artículos 58, 60, 101, 108) y acceso a la información pública (artículos 28, 51, 66, 141, 143), advirtiéndose de tal forma el rango constitucional que posee la libertad para expresarse e informarse, así como sus limitaciones, en todas sus formas y manifestaciones, como derechos inviolables de toda persona, esenciales para su propio desarrollo, así como para el debate de ideas y opiniones, el flujo comunicativo e informativo, el escrutinio social del desempeño de los gobernantes y demás funcionarios de la Administración Pública y la protección de los derechos humanos en una sociedad libre y democrática.

Cabe destacar en este momento discursivo, que los preceptos de igualdad y no discriminación constituyen ejes claves en el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo reconocidos transversalmente tanto en la normativa interna como en la foránea: se podría decir que los cuerpos normativos que se ocupan de dicha materia son tantos como países existen en el mundo, y su mirada se produce desde las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

De hecho, algunas naciones han instrumentado leyes expresamente dirigidas a garantizar la igualdad, esto es, el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas, premisa que en la Carta Magna Nacional (*eiusdem*), se encuentra contemplada en el ordinal 1 de su artículo 21:

No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. (p. 7)

Desde la cita, se advierte que el derecho a la igualdad se proyecta en dos niveles diferentes: ante la ley y en la aplicación de la ley; en el primero, es implícito que todos los ciudadanos están en idéntica posición frente a los efectos y alcance de la ley, y en el segundo, que ante iguales circunstancias, la ley se aplicará por igual a todas las personas, independientemente de sus circunstancias personales. Así pues, teniendo presente lo anterior, la discriminación se configura en el primer caso de igualdad ante la ley, cuando se dispensa un trato diferente a personas en la misma situación o se confiere relevancia jurídica a circunstancias que no pueden tenerla. Asimismo, existirá discriminación en la aplicación de la ley cuando no se otorgue a las personas el trato que legalmente les corresponde. En consecuencia, las leyes han de ser aplicadas a todos por igual.

A propósito de lo hasta ahora expuesto, en algunos países se han implementado instrumentos legales específicamente redactados para delinear políticas y arbitrar acciones para garantizar que las personas no sean discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario ejercicio y goce de sus derechos fundamentales; tales son los casos de Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Bélgica, Colombia, Chile, México y Bolivia, mientras en Venezuela se encuentra la novísima Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (LCCOCPT, 2017), sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente (en lo sucesivo, ANC), en cuyo artículo 1 se establece como finalidad "...asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos, favorecer el desarrollo individual y colectivo de la persona, preservar la paz y la tranquilidad pública y proteger a la Nación" (p. 1).

No obstante, incluso antes de su aprobación, dicha ley ha venido suscitando notable controversia en el escenario socio-jurídico nacional e internacional; por un lado, se encuentran quienes defienden su pertinencia: pese a que su objetivo legítimo es promover la diversidad, la tolerancia y erradicar toda forma de odio, discriminación y violencia por motivos discriminatorios, así como preservar la paz y la tranquilidad pública y proteger a la Nación, el Presidente Nicolás Maduro (2017), al consignar en la ANC el proyecto de ley, declaró que su objeto era "contrarrestar la campaña de odio, terror y violencia que ha sido promovida por los sectores

extremistas de la oposición" (p. 1), mientras la constituyente Díaz (2017), argumenta: "...el crimen de odio es producto de una discriminación que opera como valor en las creencias morales y prejuicios del atacante, perpetrador, promovente, propagandista, instigador y las demás formas de coautoría previstas en el Código Penal" (pp. 2-3).

En paralelo, se encuentran los detractores: por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA (2017), señala que por el hecho de establecer figuras extremadamente amplias, vagas y ambiguas como la promoción o fomento de toda clase de discriminación, dicha ley prohíbe una amplia gama de expresiones públicas protegidas por el derecho internacional, siendo además preocupante que las mismas "...sean sancionables con penas de prisión exorbitantes (de diez a veinte años de prisión), lo cual producirá un efecto intimidatorio sistémico en el espacio público y en las redes sociales de Venezuela" (p. 1)

Por otra parte, el destacado jurista Badell (2018), además de cuestionar las competencias de la ANC para legislar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 347 de la CRBV (*eiusdem*), observa que esta denominada ley constitucional es, paradójicamente, inconstitucional, pues:

...viola expresamente los preceptos constitucionales (artículos 2, 3 y 7), las garantías a los derechos humanos (artículos 19, 20, 49, 57, 58, 62, 67 y 68 de la Constitución) y fue dictada en flagrante usurpación de funciones legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional (artículos 187, numeral 1, y 202 de la Constitución). (p. 6)

Ahora bien, independientemente de la controversia descrita, lo cierto es que desde la sanción y publicación de la LCCOCPT (*eiusdem*), algunos ciudadanos han sido privados de libertad por incurrir, en el criterio de representantes de las fuerzas del orden público y el sistema judicial, en el delito de incitación al odio.

En tal sentido, es propicio recurrir a la opinión emitida por la Asociación Civil Venezuela Igualitaria (2018): "Existe una tendencia generalizada a considerar opuestas las definiciones crimen y delito, incluso enfatizando que todo crimen es un delito, pero no todo delito es un crimen" (p. 5); desde tal analogía, delito es un acto

ilegal que perjudica a otros y contraviene una ley, ya sea en forma intencional o involuntaria, aunque no siempre constituya un ataque violento, que en todo caso tiene una carga punible, mas sin embargo, cuando se categoriza una acción como crimen, se acentúa el carácter consciente, voluntario e intencional del acto delictivo.

Sin embargo, el Código Penal (2005), no establece diferenciaciones al respecto y solo clasifica, en su Artículo 1, dos formas punibles: delitos y faltas, acogiendo dentro de la primera categoría toda violación a las leyes, violenta o no, que vulnere derechos a otros de forma consciente o inconsciente, mientras la segunda la integran violaciones a la ley, conscientes o negligentes, que aunque no hayan causado daños a terceras personas pudieran ocasionarlas.

En todo caso, los delitos o crímenes como conductas punibles y sus sanciones, deben responder a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, encontrándose de tal forma la cuestión de forma y fondo en lo que respecta a la LCCOCPT (eiusdem) y la configuración de las sanciones en ella previstas.

### **Formulación del Problema**

Atendiendo a la problemática anteriormente descrita, surgió la interrogante que dio lugar a los objetivos del presente trabajo de investigación: ¿Cómo es la configuración de la pena en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia?

### **Objetivos de la Investigación**

#### **Objetivo General**

Analizar la configuración de la pena en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.

## **Objetivos Específicos**

1. Establecer si el odio puede ser tipificado como delito.
2. Determinar la proporcionalidad de la configuración de la pena establecida en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.
3. Revisar los casos imputados por comisión de los delitos contemplados en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.

## **Justificación de la Investigación**

Como consecuencia de la aprobación de la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, se han desencadenado en los ámbitos comunicacionales, sociales y jurídicos posturas encontradas; sin embargo, no parece haber entrado en debate con respecto a si el odio, en tanto sentimiento, puede o no ser un delito y amerita sanciones penales, pues en realidad no parece existir un criterio científico-jurídico claro al respecto

Así pues, la presente investigación refleja inicialmente su importancia desde el ámbito social, pues analizar las sanciones penales en los denominados *delitos de odio* de la novísima ley, se presentará un ejercicio reflexivo que contribuirá a la comprensión del colectivo sobre el tema en el marco de los derechos humanos y, entre ellos, el de la libre expresión, conforme a los principios de respeto, equidad, igualdad y democracia participativa y protagónica establecida en la Carta Magna Venezolana.

Asimismo, se destaca la contribución disciplinaria del estudio, al proporcionar a abogados litigantes y a las partes en conflicto un análisis original de la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia,

instrumento legal que ha suscitado notable polémica en el sistema de administración de justicia nacional.

Por otro lado, se conforma un interesante aporte institucional, teórico y metodológico, pues además de ser una aportación inédita para las líneas de investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad José Antonio Páez, podrá ser útil como material de consulta y referencia en la realización de investigaciones similar que se realicen en el futuro.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **Antecedentes de la Investigación**

En los últimos años, se han realizado diversos estudios enfocados en el tema del odio desde la perspectiva jurídica; seguidamente, se describen y comentan algunos de especial interés para la presente investigación, ejercicio intelectual que permite conocer hallazgos de interés tanto teórico como metodológico.

Para iniciar, se encuentra De La Torre (2018), quien defendiera ante la Pontificia Universidad del Ecuador para la obtención del título de Abogado un estudio documental cuyo propósito fue analizar el delito de odio y terrorismo en relación con su característica constitutiva de tipicidad, para lo cual elabora una exhaustiva revisión y análisis hermenéutico a la luz de la Dogmática Penal y la jurisprudencia española, norteamericana y colombiana, tras lo cual se enfatiza, como principal conclusión, que toda interpretación realizada del delito de odio debe ser siempre encaminada a determinar de manera teleológica el bien jurídico protegido.

La investigación in comento es relevante para la que aquí se desarrolla, pues además de encontrar semejanza temática, aporta dos ideas valiosas: la primera, que la tipología de tipos penales pluriofensivos conectados por un elemento subjetivo como lo es el odio sólo afecta el carácter probatorio, descriptivo y procesal del tipo penal, por lo cual se debería definir claramente; la segunda, que de ser el caso que por política criminal se desea crear un tipo penal ambiguo como el delito de odio, es menester establecerlo específicamente como una agravante genérica del tipo penal, pero siempre que la misma sea previamente determinada.

Para continuar, a nivel nacional se encuentran Martínez y González (2017), quienes defendieron ante la Universidad Rafael Urdaneta de Maracaibo optando al grado de Abogado un estudio documental destinado a analizar la constitucionalidad

de normas de desacato respecto de la libertad de expresión establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así, tras el análisis hermenéutico jurídico y la hermenéutica jurídica.

Entre los resultados obtenidos destacamos que las opiniones negativas que pueda expresar determinado ciudadano al exteriorizar su descontento acerca de la gestión de alguna institución, órgano o funcionario, lejos de generar desestabilización en el Estado, promueven y fomentan pluralismo político, permitiendo así un debate donde se discutan estrategias y lineamientos que impulsen la nación a mejor rumbo.

A la vista del relato anterior se verifica la vinculación de dicha investigación, pues si bien es cierto que el delito de odio no es contemplado como una variable de estudio, aporta argumentos sólidos en torno a las sanciones penales implícitas a los variados tipos de desacato que no se legitiman al estudiar los bienes jurídicos tutelados que se pretende proteger y, en última instancia, bajo la premisa del garantismo penal, las penas serían desproporcionadas por cuanto la aplicación de sanciones de índole administrativa sería más congruente al supuesto daño generado.

Prosiguiendo, Ochsenius (2016), para la obtención del grado académico como Abogado postuló ante la Universidad de Valparaíso, Chile, realizó una investigación documental destinada a analizar las diversas problemáticas políticas y jurídicas del proyecto de ley que pretende tipificar como delito la incitación al odio, agregando al Código Penal chileno un artículo 140 bis, además de otras disposiciones a la conocida ley anti discriminación o ley Zamudio.

Con tal propósito, se efectuó primeramente un análisis político de ponderación de la libertad de expresión como derecho fundamental y, posteriormente, razonamientos sobre la determinación del bien jurídico protegido y otros elementos de tipo penal, para concluir asegurando que si bien es cierto se hace necesario defender a las minorías o colectivos vulnerables, se hace indispensable que en la legislación se definan claramente los conceptos promoción, provocación e incitación al odio para restringir interpretaciones amplias como resultado de las valoraciones morales de los tribunales sobre el contenido del discurso.

Como se puede apreciar, la investigación previamente comentada se vincula temática y contextualmente, aportando además reflexiones valiosas sobre la necesidad de sustituir la pena de presidio por penas de multa y/o trabajos comunitarios aplicando el principio general de que el Derecho Penal es de *Última ratio* y sobre la medida en que se puede o debe limitar la libertad de expresión para proteger a ciertos colectivos vulnerables del discurso de odio, sin caer en una especie de Derecho Penal de autor, más aun cuando la tipificación de dicho delito es ambigua.

Seguidamente, se ubica Upegui (2010), quien publicó un artículo sin finalidad académica teniendo como objetivo realizar una lectura sobre la libertad de expresión en la Internet a partir del análisis de un caso: la persecución penal de un usuario de la red social Facebook que participa en un grupo que busca asesinar al hijo del presidente de la República de Colombia, partiendo de la premisa según la cual, al amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), ese tipo de discursos está prohibido, pero el régimen de responsabilidad aplicable no puede ser de tipo penal.

Así, en la búsqueda de los límites al ejercicio de la libertad de expresión, el autor perfila un marco conceptual desde las prácticas, tipo de discurso, subjetividades y valores de la red Internet, analizando la jurisprudencia local e internacional y la posición asumida en diversos casos por la CADH, para concluir afirmando que en la judicialización del caso de marras, existen indicios de la aplicación de la doctrina del Derecho Penal del enemigo: aplicación selectiva de la ley penal, irregularidades procesales, ampliación de la tipicidad, conducta esta incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano contenidas en la CADH, que podrían fundamentar una eventual declaración de responsabilidad internacional del Estado.

En vista del relato previo, se verifica la relación y utilidad de dicho estudio con el aquí expuesto, convalidando asimismo cómo el empleo efectivo de la acción penal frente a la conducta de opinar en contra de personajes poderosos mediante la

participación en las redes sociales tiene el efecto neto de promover la autocensura, proscrita por la CADH.

Finalmente, se encuentra Soto M. (2008), con su artículo “Los límites de la libertad de expresión en el debate político”, a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Otegi contra Reino de España, teniendo como propósito valorar críticamente los hechos, el proceso y la decisión en la apelación del ciudadano por el fallo condenatorio a un año de prisión sentenciado por el Tribunal Supremo español por el delito de injuria grave contra el Jefe de Estado español.

En su análisis, el autor señala que la resolución a favor del apelante se centró en el contenido del ejercicio de la libertad de expresión en el debate político y en la interpretación restrictiva de sus límites cuando se trata de la crítica para con las autoridades estatales, donde el TEDH despliega una consolidada jurisprudencia que otorga preferencia al derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor, por ser aquél inherente a la propia democracia.

Como se desprende del relato *profectus et supra*, el artículo es pertinente al poner en evidencia la incompatibilidad de los derechos humanos con algunas normativas internas que dotan de sobreprotección a las autoridades y funcionarios del Estado frente a las ofensas de los ciudadanos, siendo asimismo desproporcionada la pena de prisión para estos supuestos, a no ser que estén en juego otros derechos fundamentales, como sería el caso de manifestaciones que inciten a la violencia o se inscriban en el denominado discurso de odio, que deben estar claramente definidos y expresados en las declaraciones litigiosas.

### **Bases Teóricas**

Al consultar a Méndez (2009), se advierte que las bases teóricas tienen como objeto abordar los distintos principios, conceptos e ideas que enmarcan la temática de investigación; para el presente estudio, se desarrollan en torno a sus aspectos clave: el odio como delito y proporcionalidad de la pena.

### ***El odio como delito***

Al consultar el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE, 2018), se verifica que el odio, del latín *odium*, es conceptualizado como antipatía y aversión hacia algo o alguien cuyo mal se desea; ahora bien, desde el punto de vista de Gómez (2005), un delito de odio "...es una conducta violenta motivada por prejuicios, y su producción y reproducción parecen propias de las sociedades humanas a lo largo de la historia" (p. 18).

Así, interpretando las ideas de la autora in comento, si bien los crímenes motivados por el odio han sido característicos de múltiples épocas y sociedades, adquieren connotaciones particulares de acuerdo con el contexto en el que se producen, es decir, de la sociedad o grupos sociales y del momento histórico en los cuales se han presentado. Explica Gómez (*eiusdem*) que tales variaciones derivarían de la distinción entre las nociones de odio y prejuicio, pues el primero es un sentimiento de profundo disgusto hacia algo o alguien y puede estar presente o no en una acción violenta, mientras el segundo, más que una emoción, es una opinión sin sustento que generalmente, "...resulta del miedo o la desconfianza frente a ideas diferentes de las propias" (p. 20).

Ciertamente, haciendo eco a los criterios expuestos por Albán (2017), las formas más extremas del odio han conducido históricamente a procesos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, pero en otras manifestaciones no dejan de ser graves, pues aunque no pueden ser considerados como crímenes, por lo general atentan contra la integridad personal, la honra, la dignidad y otros bienes jurídicos identificados en los textos constitucionales y en tratados internacionales como derechos humanos. Así pues, las víctimas del odio serían intencionalmente seleccionadas a causa de una característica específica para infligirles daño físico y/u emocional, así como una forma de amenazar el bienestar de todos los ciudadanos.

En este punto discursivo, es conveniente señalar que la expresión delito de odio, fue acuñada por la prensa estadounidense a mediados de la década de los 80 del pasado siglo para describir una oleada de crímenes basados en prejuicios raciales, nacionalistas, religiosos y/o sexuales, dando surgimiento a la investigación académica y más adelante al desarrollo de legislaciones sobre dichos casos criminales con base a una característica que identifica a la víctima o víctimas como miembros de un grupo, hacia el cual el sujeto activo del hecho ilícito siente aversión.

Bajo tal visión, el delito de odio busca transmitir un mensaje de intolerancia a un segmento de la población o a toda ella, que se materializa en actos de violencia moral, psicológica y física contra aquel que pertenezca, o el delincuente suponga que pertenece, a un determinado grupo de la sociedad, conformándose igualmente una advertencia de mayor violencia futura para el resto de miembros de dicho grupo; tal sería el caso de las manifestaciones hostiles, intimidación, persecución, ataques físicos e incluso la perpetración de homicidios en razón de, por ejemplo, de la raza, credo, estrato social, nacionalidad u orientación sexual de la(s) víctima(s).

En este orden de ideas, a la par de la complejidad y avances de la revolución tecnológica, los medios electrónicos poseen dos vertientes, pues a la par de haberse convertido en una potente herramienta para facilitar información y comunicación, también son empleados para emitir discursos de odio; tan es así que el organismo internacional Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR, 2014), elaboró una guía práctica de monitorización, en donde se reconoce el profundo impacto de las redes como canal idóneo para las expresiones de odio, tanto de carácter individual como grupal.

De hecho, también la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, citada en ODIHR, *eiusdem*), ha informado el crecimiento del discurso intolerante en Internet y redes sociales contra diferentes minorías, y la necesidad de encontrar estrategias eficaces para combatirlo; así, este problema en los medios virtuales ha adquirido una dimensión nada despreciable.

Tan es así, que se ha acuñado la expresión de *ciberodio*, que para Cabo y García (2016), posee una serie de particularidades que lo convierten en un fenómeno

descontrolado con un potencial de daño aún mayor, pues por intermedio de Internet y las redes sociales la comunicación de mensajes que antes estaban limitados al ámbito privado se ha convertido en pública de manera absolutamente masiva, en tanto la descentralización comunicacional, democratiza a la comunicación en el sentido de que cualquiera puede emitir un mensaje con un enorme potencial de audiencia:

El efecto multiplicador de las redes sociales permite convertir un determinado mensaje en un fenómeno de transmisión exponencial, dando lugar a lo que se denomina metafóricamente como “viralizaciones”. La permanencia de los contenidos, la itinerancia entre diferentes plataformas, el uso de pseudónimos, el anonimato y la transnacionalidad, son otras particularidades del espacio online que añaden desafíos en relación con el discurso del odio e, incluso, pueden alentarlos. (Castells, 2012, p 24)

Sin embargo en algunos casos, ajenos al daño que pueden llegar a ocasionar, muchos usuarios de las redes se dedican a burlarse o a agredir verbalmente a otros individuos o a colectivos minoritarios para divertirse con las reacciones que producen en los demás, bajo la coartada de un pretendido sentido del humor; he aquí, pues, que diferenciar entre los que intentan provocar para divertirse de los que están expresando sus verdaderas opiniones lesivas no siempre es fácil y, por ello, para abordar el fenómeno del discurso del odio en redes sociales, es preciso tener en cuenta la diversidad y heterogeneidad de los agresores no sólo para dimensionar correctamente la problemática sino también a efecto de trazar estrategias adecuadas para los diferentes orígenes del discurso extremo,

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, Internet y las redes sociales plantean un dilema consustancial al carácter sin fronteras de la red: la delimitación de la cuestión jurisdiccional; esta extraterritorialidad supone un desafío pues en cada nación se conciben la cibercriminalidad y/o los delitos de odio de manera diferente. Según datos aportados por la organización no gubernamental Red58 (2017), a continuación se condensan los conceptos y/o penalización del delito de odio en distintos países:

Alemania: El Código Penal considera delito incitar odio contra segmentos de la población o invocar acciones violentas o arbitrarias contra ellos; también, considera un crimen insultar y difamar segmentos de la población y prohíbe expresamente negar el holocausto y glorificar al régimen nazi.

Australia: Está prohibido a escala federal, por el Acta de Discriminación Racial, ofender, insultar, humillar o intimidar a otra persona o grupo de personas, si la acción es por razones de raza, color u origen nacional de la otra persona, sea de algunas o todas las personas de un grupo.

Bélgica: La Ley Antirracismo establece como ilegal toda forma de racismo y xenofobia, mientras la ley de negación del holocausto también establece el delito de negar dicho hecho.

Brasil: La prohibición explícita de discursos de odio está garantizada por la Ley contra el Prejuicio, en la cual se prohíbe practicar, inducir o incitar, por los medios de comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o el prejuicio de raza, por religión, etnia o procedencia nacional.

Canadá: Abogar genocidio o incitar odio contra cualquier grupo identificable es un crimen de acuerdo con el Código Penal, con una pena de dos a catorce años de prisión.

Chile: La Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo establece una alta pena de multa para quienes por cualquier medio de comunicación social realice publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad.

Croacia: La constitución prohíbe y castiga a quien, basándose en diferencias de raza, religión, lengua, creencia política o de otra naturaleza, riqueza, nacimiento, educación, estatus social u otras propiedades, género, color de piel, nacionalidad o etnia, viola derechos humanos básicos y libertades reconocidas por la comunidad internacional.

Dinamarca: Prohíbe cualquier discurso de odio, que según el Derecho danés consiste en hacer declaraciones que deshacen o ridiculizan a un grupo por motivos de raza, color de piel, nacionalidad, fe u orientación sexual.

Ecuador: Según el Código Orgánico Integral Penal, 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

España: El Código Penal tipifica conductas relacionadas con el discurso de odio: contra la Constitución y el genocidio.

Estados Unidos: La Corte Suprema de Estados Unidos ha adoptado frente al discurso del odio, lo que sectores de la doctrina denominan enfoque liberal, conforme al cual el valor otorgado a la libertad de expresión como pilar de toda sociedad democrática debe conducir a una mayor tolerancia de las autoridades gubernamentales frente a este tipo de manifestaciones. Sin embargo, amenazar al Presidente de los Estados Unidos es un delito grave.

Finlandia: El discurso de odio se define como hacer declaraciones que amenazan o insultan a un grupo nacional, étnico, religioso u otro similar.

Francia: Es ilegal cualquier comunicación pública o privada de carácter difamatorio, ofensivo o que insulte, incite a la discriminación, el odio, la violencia contra una persona o grupo de personas por su origen, nacionalidad, raza, religión, sexo y orientación sexual. La ley también castiga declaraciones justificando o negando crímenes contra la humanidad, como el Holocausto.

Holanda (Países Bajos): El Código Penal prohíbe insultar a un grupo e incitar el odio, la discriminación o la violencia.

Islandia: Promover y expresar odio públicamente contra segmentos de la población constituyen un crimen, penado con hasta dos años de cárcel.

Irlanda: Se prohíbe la incitación al odio y se criminalizan discursos que puedan ser amenazantes, abusivos u ofensivos y que tengan la intención de incitar odio contra

un grupo de personas, en el Estado o en otro lugar, por motivos de raza, color, nacionalidad, religión, origen étnico o nacional u orientación sexual.

Israel: De acuerdo con el Código Penal israelí, si una persona comete un crimen por razones racistas o contra un grupo en razón de su religión, orden religioso, inclinación sexual o por ser trabajadores extranjeros, la pena puede ser de hasta 10 años de prisión.

Jordania: La Ley N° 76 considera infracción la publicidad de material que atente contra sentimientos o convicciones nacionales o religiosas, la moral pública o que sea perjudicial para el mantenimiento del orden público, siendo delitos punibles la publicidad de ideas basadas en la superioridad, el odio y la instigación de la discriminación racial contra cualquier persona o grupo.

Lituania: La legislación prohíbe hablar de odio y discriminación.

Nueva Zelanda: Se prohíbe y castiga toda forma de discriminación basada en raza, color de piel, género, orientación sexual, nacionalidad y otras características.

Noruega: Condena todo discurso de odio, definiendo éste como hacer declaraciones públicas que amenacen o ridiculicen a alguien, o que inciten odio, persecución o desprecio contra alguien por su color de piel, origen étnico, orientación sexual, estilo de vida, religión o filosofía de vida.

Polonia: Tiene leyes de discurso de odio que sancionan declaraciones ofensivas dirigidas a una religión o a grupos de personas identificadas por raza, nación, etnia.

Portugal: Según el Código Penal, cualquier forma de discriminación es un crimen, y se criminalizan grupos u organizaciones que se dediquen a la discriminación, así como a las personas que inciten a la misma en documentos impresos o en Internet, definiéndose asimismo como circunstancia agravante el homicidio calificado por motivo de odio.

Reino Unido: Posee varias leyes que prohíben los discursos de odio.

Rusia: Según el Código Penal, las acciones dirigidas a la incitación al odio o a la enemistad, así como a la humillación de una persona o de un grupo de personas por motivos de sexo, raza, nacionalidad, idioma, origen, actitud hacia la religión o afiliación a cualquier grupo social, cometido públicamente o con el uso de medios o

redes de información y telecomunicaciones incluida la red Internet, son castigadas con multa de 300.000 a 500.000 rublos, o el salario u otros ingresos por dos a tres años, servicio comunitario por uno a cuatro años, inhabilitación para ocupar ciertos cargos o realizar ciertas actividades hasta 3 años, hasta pena de prisión de dos a cinco años.

Serbia: Debido a los conflictos étnicos del siglo XX, las autoridades serbias son muy estrictas acerca de los discursos de odio.

Singapur: El Código Penal penaliza la promoción deliberada de enemistad, odio o mala voluntad entre diferentes grupos raciales y religiosos por motivos de raza o religión, constituyendo un delito herir deliberadamente los sentimientos religiosos o raciales de cualquier persona.

Sudáfrica: El discurso de odio, junto con la incitación a la violencia y la propaganda pro-guerra, está específicamente excluido de la protección de la libertad de expresión en la Constitución, mientras la Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Desleal contiene una cláusula específica para la comisión de este delito en las redes sociales virtuales.

Suecia: Se condena el discurso de odio, definido como cualquier declaración que considere inferior o ridiculice a un grupo por motivos de etnia, color de piel, nacionalidad, creencia religiosa u orientación sexual.

Suiza: La discriminación pública o la invocación de rencor contra personas o un grupo de personas debido a su raza u origen étnico, se penaliza con multa o prisión hasta por tres años.

La revisión anterior, permite apreciar puntos de convergencia especialísimos: el primero, que el discurso de odio, en la mayoría de los países, se describe generalmente como la agresión verbal y/o física hacia una o más personas en razón de su raza, religión y orientación sexual, mientras la segunda se remite al hecho de que el período máximo de la pena por delitos inspirados en el odio alcanza un promedio máximo de seis años, proporcionando un marco de referencia para analizar el odio como delito, desde la perspectiva de la LCCOCPT (eiusdem)

### ***Proporcionalidad de la Pena***

Como principio general del Derecho, la proporcionalidad tiene una larga tradición: se encuentra consagrada en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; su elaboración como categoría jurídica, ha sido particularmente desarrollada por la justicia constitucional. Ciertamente, en la Carta Magna nacional se establece una concepción de estado de Derecho y se establece la obligación del Estado de proteger ciertos bienes jurídicos que resultan indispensables y necesarios para una vida armónica en sociedad, como por ejemplo la vida, la libertad, la salud y la propiedad, utilizando incluso el medio más extremo de control formal como es el Derecho Penal.

De allí, lo paradójico del estado de Derecho, en donde para proteger ciertos bienes jurídicos se deben establecer prohibiciones y limitaciones a estos derechos fundamentales; entonces, precisamente para equilibrar tales intereses, ambos legítimos pero contradictorios, resulta indispensable el principio de proporcionalidad, o como era conocida, la prohibición de excesos por parte del Estado, completamente válida en el Derecho Penal y que debe reflejarse especialmente en las prohibiciones y en las penas para la protección de ciertos bienes jurídicos.

De hecho, como sostiene el jurista patrio Arteaga Sánchez (2012), entre los principios que rigen el Derecho Penal venezolano se encuentra el del bien jurídico, esto es, la protección de los bienes o valores jurídicos, donde la determinación de éstos, "...ilumina y constituye la razón de ser de las normas incriminadoras, exigiéndose como requisito esencial para que una conducta pueda ser considerada como delito, carácter que condicional la materialidad misma del hecho" (p. 39). Tal axioma, conduce hacia otro principio fundamental: el de la pena humanitaria, en donde según el mismo autor, la penalización "...debe guardar relación con la gravedad del hecho cometido y servir a los fines de la prevención general y a los de la recuperación personal y social de quien ha delinquido" (p. 40),

Así pues, volviendo a la idea principal, el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la

República Bolivariana de Venezuela (*eiusdem*), exige que el poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, sea sometido a una serie de límites que se derivan de los valores axiológicos que dicho modelo de Estado propugna, como lo es, en efecto, el principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva, asociado estrechamente con otros principios: de legalidad, ya que a través de este último se diseña el abanico de conductas prohibidas y las penas que les corresponden con base en el grado de afectación del bien jurídico; el de culpabilidad, ya que la graduación de la pena se efectúa según haya sido el aporte subjetivo en el injusto y, finalmente, con el Derecho penal del acto, ya que como expresa Núñez Sánchez (2010), “La medida de la pena depende de la intensidad de la contribución fáctica en la realización del injusto típico” (p. 167). Por ende, la medida de la respuesta punitiva dependerá del grado del aporte objetivo y subjetivo del sujeto en el injusto, debiendo existir entre ambos un nexo de correspondencia proporcional.

De tal forma, el principio de proporcionalidad, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la intervención mínima del Estado y, como expresa Rojas (2016), “En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas” (p. 86); es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas.

Desde tal perspectiva, se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer. Entonces, entendido en sentido amplio, el principio de proporcionalidad exige que las medidas restrictivas de derechos se encuentren previstas en la ley y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática.

Por ello, se dice que el principio de proporcionalidad tiene dos clases de exigencias: unas extrínsecas, vale decir, externas al contenido de las medidas, donde sólo los órganos judiciales (requisito subjetivo de judicialidad) son los llamados a

garantizar de forma inmediata la eficacia de los derechos, y a su juicio queda la decisión en torno a la proporcionalidad de las medidas limitativas de los mismos, junto a la motivación de la medida, requisito formal en virtud del cual las resoluciones deben estar debidamente razonadas y fundamentadas. Por otro lado, las exigencias intrínsecas atienden al contenido de la actuación estatal en el caso concreto, y están constituidas por tres criterios distintos que actúan de forma escalonada en el ámbito del Derecho Penal: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Ante lo hasta ahora expuesto, se advierte la relevancia socio-jurídica de la proporcionalidad de la pena como respuesta a la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad y de cómo el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico, argumento este de radical valor a los efectos del presente trabajo investigativo y sus propósitos.

### **Bases Legales**

En base a los postulados de Balestrini (2003), se advierte que las bases legales fundamentan el tema bajo estudio de acuerdo al ordenamiento jurídico de un país; en este caso, atendiendo el orden establecido por la pirámide keysiana, el estudio encuentra su principal soporte jurídico en la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** (*eiusdem*):

- Un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, en el cual se propugnan como valores superiores de su ordenamiento jurídico la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (artículo 2);

- Igualdad para todas las personas, no discriminación; las leyes han de garantizar las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva (ordinales 1 y 2, artículo 21);

- La enunciación de los derechos humanos no niegan otros que no figuren expresamente en ellos, ni menoscaba su ejercicio la falta de una ley reglamentaria (artículo 22)

- Jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (artículo 23);

- Efecto retroactivo de las disposiciones legislativas solamente y solo si imponen una pena menor (artículo 24);

- Nulidad de todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole los derechos constitucionalmente garantizados (artículo 25);

- Justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26);

- Derecho al goce y ejercicio de los derechos y garantías y el amparo de los mismos por parte de los tribunales, aún de aquellos no figuren expresamente en la Carta Magna o en instrumentos internacionales sobre derechos humanos (artículo 27);

- Obligación del Estado de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos (artículo 29);

- Obligación del Estado de indemnizar a las víctimas de violación de los derechos humanos que le sean imputables (artículo 30);

- Derecho de las personas a dirigir peticiones o quejas ante instancias internacionales a fin de solicitar amparo a sus derechos humanos, y obligación del Estado de cumplir las decisiones emanadas por dichas instancias (artículo 31);

- Prohibición expresa de sanción por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas u omisiones en leyes preexistentes (ordinal 6, artículo 49);

- Derecho a reunión pública o privada, con fines lícitos y sin armas (artículo 53);

- Derecho a la libre expresión de pensamientos, ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura (artículo 57).

Como se puede apreciar desde los preceptos comentados, la Carta Magna patria consagra derechos fundamentales desde la perspectiva de la presente investigación, pues en su espíritu y letra responde a los criterios de una carta sustantiva moderna, adecuada a los preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Prosiguiendo, siendo el principal objeto de estudio, se consideran algunas de las disposiciones contenidas en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (LCCOCPT, *eiusdem*):

- Objeto: contribuir a generar las condiciones necesarias para promover y garantizar el reconocimiento de la diversidad, la tolerancia y el respeto recíproco, así como para prevenir y erradicar toda forma de odio, desprecio, hostigamiento, discriminación y violencia para asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos, favorecer el desarrollo individual y colectivo, preservar la paz y la tranquilidad pública y proteger a la Nación (artículo 1);

- Corresponsabilidad en la promoción y defensa de la paz: se establece que los diferentes actores, esto es, el Estado, las familias y la sociedad en su conjunto tienen tanto el derecho como el deber de promover una cultura pacífica fundamentada en la práctica de valores como tolerancia, igualdad, respeto y convivencia a fin de erradicar expresiones de violencia política, odio, intolerancia y discriminación, así como garantizar la vigencia de los derechos humanos (artículo 4);

- Prohibición de difusión a través de las redes sociales y medios electrónicos de mensajes que promuevan la guerra o inciten al odio nacional, racial, étnico, religioso, político, social, ideológico, de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género y de cualquier otra naturaleza que constituya incitación a la discriminación, la intolerancia o la violencia (artículo 14);

- Medidas específicas de protección: hace referencia a los medios y medidas para prevenir las expresiones de odio, discriminación y violencia, tales como formación-capacitación educativa, difusión de mensajes sobre valores a través de los medios de comunicación, implementación de programas de asistencia jurídico-social e incluso, de atención y tratamiento terapéutico (artículo 8);

- Responsabilidad en las Redes Sociales: se prohíbe la difusión de mensajes, tanto en las redes sociales como en otros medios electrónicos, que promuevan o inciten odio, violencia, discriminación o intolerancia, estableciendo asimismo la obligación que en tal sentido corresponde a las personas jurídicas administradoras de dichos canales de comunicación (artículo 14);

- Delito de promoción o incitación al odio; se establece que quien de manera pública o mediante cualquier medio de difusión fomente, promueva o incite al odio, en cualquier forma, será sancionado con 10 a 20 años de prisión (artículo 20); asimismo, se establece el límite máximo de la pena establecida para hechos punibles con agravante (artículo 21);

- Derogación de cualquier norma que colide con lo establecido en esta ley (Disposición transitoria Primera).

Desde los artículos precedentes, se perciben vacíos y ambigüedades en la redacción de dicha ley, que incluso lesionan principios y conquistas que el propio texto constitucional consagra en lo que se refiere a la libertad de expresión y demás derechos fundamentales para la vida democrática.

Finalmente, es de obligatoria citación a tenor de los propósitos del presente trabajo investigativo, algunas disposiciones del Código Penal venezolano (CP, *eiusdem*), encontrándose en primer lugar su artículo 1, donde se prohíbe expresamente el castigo por hechos no previstos expresamente como punibles por la ley, ni con penas que ella no establezca, conjuntamente con la tipificación de hechos punibles como delitos y faltas.

Asimismo, en su artículo 61 establece que ninguna persona puede ser castigada como reo de delito no habiendo tenido la intención de ejecutar el hecho que lo

constituye, a excepción de cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de una acción u omisión, que se presumirá involuntaria hasta que se demuestre lo contrario. En este sentido, es pertinente acotar que en el sentido penal, el primer elemento del delito es el acto, es decir, la manifestación de voluntad, la conducta exterior positiva (acción) o negativa (omisión).

Dicho lo anterior, es relevante mencionar que según el CP (*eiusdem*), se definen diversos tipos de delito; como soporte jurídico en relación al tema de estudio, son de especial relevancia los tipificados en el Libro Segundo, Capítulo II; así pues, se establece pena de prisión de seis a treinta meses a todo aquel que emita ofensa grave, oral o escrita, o que de alguna forma irrespete a quien ostente la Presidencia de la República, siendo de la mitad de dicho tiempo si fuese leve, pero incrementada en una tercera parte si el agravio se hace públicamente (artículo 147).

Asimismo, la pena en cuestión se reduce a la mitad e incluso a la tercera parte, en caso de estar dirigida la ofensa al titular de los cargos Vicepresidente Ejecutivo, Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, Ministro, Gobernador de estado, diputado, Alcalde Metropolitano, rector del Consejo Nacional Electoral, Defensor del Pueblo, Procurador General, Fiscal General, Contralor General de la República, y Alcalde, respectivamente (artículo 148)

Asimismo, según se prevé en el Título II, Capítulo I, será sujeto a arresto en fortaleza o cárcel política por un período de quince días a quince meses, el ciudadano que impida u obstaculice total o parcialmente el ejercicio de los derechos políticos (artículo 166), mientras que en el Capítulo IV, en el artículo 203, se prevé prisión de quince días a un año a todo funcionario que, en abuso de sus funciones, ordene o ejecute cualquier acto no previsto como delito o falta por disposición legal.

Complementariamente, se verifica en su Título V, Capítulo II, que en el artículo 285 establece pena de prisión de tres a seis años para la instigación a desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes, o hacer apología de hechos que la ley prevé como delitos, mientras que en el Título IX, Capítulo VII, artículo 442, se establece prisión de uno a tres años y multa de 100 unidades tributarias (UT) a 1.500 UT a quien exponga al desprecio, al odio público u ofenda el honor y reputación a algún

individuo; de dos a cuatro años de prisión y multa de 200 a 2.000 UT a quien cometa delito de difamación e injuria en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad.

Desde el contenido expuesto, se advierte al analizar los criterios de aplicación de las penas contempladas en el CP (*eiusdem*), que se sigue el criterio clásico de aplicar la pena básicamente en función del hecho punible y de su gravedad, imponiendo medidas que permiten establecer variaciones de acuerdo al menor o mayor daño social.

### **Definición de Términos Básicos**

**Acción penal:** Aquella que se origina a partir de un delito y supone la imposición de un castigo al responsable, de acuerdo a lo establecido en la ley.

**Antijuricidad:** Oposición de una conducta a las normas jurídicas establecidas por el Estado

**Convivencia pacífica:** Proceso dinámico y de construcción colectiva, que permite entablar relaciones inclusivas, democráticas y pacíficas entre los integrantes de la sociedad

**Delito:** Acción que se opone a lo que la ley prohíbe, bajo la amenaza de una pena.

**Derechos Humanos:** Compendio de los derechos inherentes a todas las personas sin distinción alguna, los cuales son interrelacionados, interdependientes, indivisibles, inalienables e imprescriptibles.

**Difamación:** Delito que atenta contra la reputación de una persona, propalando un hecho falso, con el fin de perjudicar su fama, dañar su honor o desacreditar sus antecedentes ante los demás.

**Falta:** Conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegible, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito.

**Garantías individuales:** Todas aquellas cuestiones de Derecho que un individuo disfrutará y que tienen como objetivo la consecución de la paz, la armonía y el orden en la sociedad, asegurar la convivencia pacífica, obtener justicia y bienestar social y alcanzar el bien común.

**Hecho punible:** Acción o conducta delictiva sancionada por el Derecho con una pena.

**Ley:** En el ámbito del Derecho, precepto dictado por la autoridad competente, cuyo texto ordena o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de la sociedad en su conjunto.

**Libertad de Expresión:** Derecho humano y principio que apoya la libertad de un individuo o una comunidad para articular y expresar sus opiniones e ideas sin temor a represalias, censura o sanción.

**Odio:** Sentimiento profundo e intenso de repulsa hacia alguien que provoca el deseo de producirle un daño o de que le ocurra alguna desgracia

**Ordenamiento jurídico:** Conjunto de normas y leyes que en determinado momento histórico rigen en una nación.

**Proporcionalidad:** Principio que responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la pena, a fin de proteger bienes jurídicos valiosos.

**Tolerancia:** Respeto a las opiniones, ideas o actitudes de las demás personas, aunque no coincidan con las propias.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

Atendiendo a las definiciones aportadas por diversos expertos (Tamayo, 2009; Arias, 2012) el marco metodológico es la definición de las estrategias utilizadas para lograr los objetivos de una investigación, con la consecuente descripción de su tipología, técnicas y métodos pertinentes.

#### **Tipo de Investigación**

El presente estudio, se inserta en la tipología de investigación jurídica dogmática, la cual según Witker (1995), “Es aquella que concibe el problema Jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma Jurídica o estructural legal” (p 59), definición que aplica pues su propósito primario es analizar la configuración de la pena en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia; igualmente se inscribe en la modalidad histórico-interpretativa, que el mismo autor define como la que hace “...una evolución de una institución jurídica a la luz exclusivamente de cambios legislativos (...) interpretativas: cuando investigan el sentido de las expresiones del legislador (exegéticas, sistemáticas, etc.)” (p. 65)

#### **Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica**

Según Witker (1995), los métodos y técnicas en investigación jurídica, se refieren a las aplicaciones del Derecho mediante la exégesis o significado lógico-deductivo, puesto que “Buscan demostrar problemas y, por tanto, su hipótesis se plantea al interior de leyes, códigos, etc.” (p. 6); ciertamente, dicha definición

metodológica es aplicable, pues se efectúa un análisis hermenéutico mediante la técnica de revisión documental.

### **Fases de la Investigación**

Según Sabino (2007), la fase metodológica de la investigación documental es el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, apoyándose fundamentalmente en los trabajos previos desarrollados sobre la problemática planteada o relacionados directamente con ella, así como en la fundamentación teórico-legal de rigor. En el presente estudio, se consideran las siguientes etapas:

Fase I: Establecer si el odio puede ser tipificado como delito. Esta fase, busca establecer argumentos claros y explícitos sobre el tema mediante la revisión de fuentes documentales varias.

Fase II: Determinar la proporcionalidad de la configuración de la pena establecida en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia. En esta etapa, se analiza la configuración de las penas establecidas por la mencionada ley a la luz del ordenamiento jurídico nacional.

Fase III: Revisar los casos imputados por comisión de los delitos contemplados en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia. La finalidad de esta fase, es exponer y analizar los hechos en las imputaciones de delitos de odio a raíz de la publicación de la ley en cuestión.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### **Fase I: Establecer si el odio puede ser tipificado como delito**

Conforme a lo que hoy plantea la Dogmática Penal, el delito es una conducta tipificada de acción u omisión, antijurídica, imputable con mayor o menor grado de culpabilidad que, además, es punible; en términos sencillos, se trata de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal, la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico y el reproche que se hace al sujeto al no actuar conforme a las exigencias de dicho ordenamiento.

Partiendo de dichos elementos dogmáticos, como paso previo a establecer si el odio puede o no ser tipificado como delito, considérese que en el ordenamiento jurídico nacional los delitos ofenden bienes jurídicos primarios y son clasificados como comunes, políticos, sociales y militares; en efecto, acudiendo al Libro Segundo del Código Penal venezolano (CP, 2005), en lo que atañe al presente trabajo investigativo se constata que los delitos comunes atentan contra bienes jurídicos individuales, mientras los sociales son aquellos cometidos contra el régimen socioeconómico.

Dicho lo anterior, considérense los siguientes extractos textuales de dicho código: “Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al **odio**...” (Artículo 285); “Quien comunicándose con varias personas, reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al **odio** público...” (Artículo 244); como se advierte desde los resaltados realizados por los investigadores, la expresión *odio* es tipificada exclusivamente como instigación a delinquir, en el primer caso, y en el segundo, a la difamación y la injuria.

Por otro lado, esta vez recurriendo a los aportes del autor patrio Grisanti Aveledo (2017; es necesario precisar que los delitos de acción, son aquellos donde se comete algo “...que está prohibido implícitamente en la Ley Penal” (p. 85); así pues, en los delitos de acción, el resultado antijurídico es producido a expensas de una conducta positiva, en tanto el correspondiente a la conducta negativa se produce como consecuencia de una abstención u omisión. Cabría entonces poner en discusión si el odio, vagamente definido en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (LCCOCPT, 2017), sería un delito de acción o de omisión.

En tal sentido, son propicias las observaciones realizadas por la organización no gubernamental PROVEA (2017<sup>a</sup>), la LCCOCPT (*eiusdem*), no establece lo que se entiende por odio, aunque regula y castiga su expresión, así como tampoco diferencia niveles para que a cada mensaje evaluado le corresponda una respuesta específica, ni contiene criterios orientadores como la intención, contexto y relación de causalidad para catalogar el odio como delito; de hecho, dicha organización acota: “La vaguedad junto a la intención de sancionar con penas desproporcionadas revela que parte del objetivo es criminalizar y hacer una construcción social del miedo frente a cualquier expresión incómoda para el poder” (p. 2).

Luego entonces, ¿qué es un delito de odio y qué no lo es? ¿Cómo se diferencia un pensamiento odioso de un delito de odio? Algunas respuestas que pueden dilucidar tales interrogantes, se encuentran en el discurso del jurista español Dopico (2004), para quien la formulación correcta debe ser *delitos de incitación al odio*, ya que lo que busca esta tipificación penal es proteger a grupos y minorías discriminadas, que se encuentran en una situación en la que sus derechos están siendo objeto de discriminación, agresión y/o violencia, por lo que la expresión de ideas dirigidas a incitar a continuar o expandir esa discriminación, violencia u odio debe ser reprimida y penalizada.

En consecuencia, para que se pueda hablar del odio como delito, lo primero a tener en cuenta es si un mensaje o discurso fomenta el odio contra una persona o grupo vulnerable y discriminado por alguna razón; el autor en cuestión, menciona el

artículo 510 del Código Penal ibérico, en el cual se establece como ataques de odio aquellos motivados por razones de tipo racista, antisemita u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, nada de lo cual se estipula taxativamente en el código venezolano pero sí en el artículo 13 de LCCOCPT (*eiusdem*), donde se prohíbe toda expresión o apología al odio “...nacional, racial, étnico, religioso, político, social, ideológico, de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género y de cualquier otra naturaleza que constituya incitación a la discriminación, la intolerancia o la violencia” (p. 3).

En tal contexto, es de interés resaltar que en Venezuela el derecho a la no discriminación se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna, ya sea fundada en la raza, género, credo, condición social “...o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona” (p. 6), más sin embargo, el vocablo *odio* no aparece en el texto constitucional.

Ante tal disyuntiva, es oportuno recurrir nuevamente a la obra de Grisanti Aveledo (*eiusdem*), para quien en sentido penal, el acto es una conducta exterior, que se manifiesta como acción o como omisión, mas sin embargo, “...las intenciones o deseos criminales, por intensos que sean, no constituyen delitos, mientras permanezcan en el fuero interno” (p. 93). Entonces, siendo el odio un sentimiento, se torna la pregunta inicial ¿califica como delito?

A dicho efecto, es importante distinguir que si un mensaje o discurso de odio es emitido a título personal, desde el punto de vista legal se estaría hablando del delito de difamación e injuria, donde en todo caso no se concibe el odio como delito *per se*, sino más bien las acciones positivas incitadas por el odio; en tal sentido, como bien señala Dopico (*eiusdem*), el delito de incitación al odio, o los denominados delitos de odio, tienen que ver con la incitación masiva a la comisión de uno o unos delitos: “No se atenta contra una sola persona, sino a todo un colectivo” (p. 145).

En otras palabras, un mensaje de odio, violencia o discriminación dirigido a un individuo en razón de su pertenencia a un grupo específico, sea por su color de piel, preferencia sexual o filiación política, por poner sólo algunos ejemplos, trasciende del ámbito personal hacia el colectivo al cual pertenece, que por extensión también se convierte en objeto de violencia o discriminación, lo cual obviamente no se consideraría difamación o injuria considerando el texto del artículo 244 del CP (*eiusdem*), cuyo resaltado en negrita así lo demuestra: “Quien comunicándose con varias personas, reunidas o separadas, hubiere imputado **a algún individuo** un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación...” (p. 60). Más aún, según el autor Arteaga Sánchez (2012), el Derecho Penal Venezolano se rige, entre otros, por el principio de legalidad, el cual exige:

“...que el delito se encuentre expresamente previsto en una ley formal previa, descrito con contornos precisos, de manera de garantizar la seguridad del ciudadano, quien debe saber exactamente cuál es la conducta prohibida y asimismo, cuáles son las consecuencias de la transgresión o las penalidades que siguen a su conducta lesiva a los bienes protegidos por la norma penal” (p. 38).

No obstante, el odio no se encuentra tipificado como delito en ninguna de las leyes penales especiales del ordenamiento jurídico vigente, a excepción de la imprecisa definición de la LCCOCP (*eiusdem*), donde según la postura de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (2017), se establecen figuras amplias, vagas y ambiguas, en tanto Rivero (2017), argumenta:

...no delimita con precisión el supuesto de hecho para que proceda su aplicación, por lo que la misma dependerá de valoraciones subjetivas que corresponderán al Fiscal, al Juez o la autoridad administrativa, según el caso, sobre lo que significa o puede significar «instigación al odio» (p. 3).

Complementariamente, cabe señalar dentro de este análisis el verbo rector; siendo como ya se ha mencionado reiteradamente que el delito es una acción u omisión determinada, expresada gramaticalmente por un verbo en cualquiera de sus

formas, la fórmula legal generalmente sitúa al verbo rector dentro de un cúmulo de circunstancias (tiempo, medios, modalidades, móviles, etc.), el artículo 20 de la prenombrada ley presenta como verbos rectores o acciones nucleares *fomentar*, *promover* e *incitar* al odio, públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, pero no propiamente el delito de odio.

Por ejemplo, en la tipificación del hurto se constata claramente el verbo rector y el contexto del delito en el artículo 451 del CP (*eiusdem*): “Todo el que se apodere de algún objeto mueble, perteneciente a otro para aprovecharse de él, quitándolo, sin el consentimiento de su dueño, del lugar donde se hallaba...” (p. 62).

Así pues, a la vista de la letra de los artículos 20 y 21 de la LCCOCP (eiusdem), cabría preguntar: ¿cuáles son los actos de odio que acompañan a la acción nuclear o verbo rector del delito? En este caso, a juicio de los investigadores, el tipo penal es tan vago que pone en tela de duda la misma existencia del delito.

Por tanto, cualquier acto que considere el Juez de la causa podría ser calificado como violencia, discriminación y/o intolerancia causada por el odio, y la persona perderá su libertad. Cabe agregar, que la delimitación, reconocimiento y prueba del motivo que fundamenta la creación de estos delitos es imposible, pues ¿cómo podrá probarse la existencia de odio?

De manera pues, la conducta punible dentro de los indefinidos delitos de odio, resulta ciertamente vaga y difícil de distinguir, pues incitar al odio no se delimita y, evidentemente, se tipifica como delito más la motivación que la acción. lo cual es contrario a la Teoría del Delito, fundamento del Derecho Penal en cualquier Estado de Derecho.

Por otro lado, dicha norma podría resultar un arma de doble filo en la medida en que la prueba del fomento, promoción o incitación al odio por medios públicos resulta una tarea muy complicada, que se deberá anclar en la subjetividad del juez. En consecuencia, la fórmula establecida en la ley limitaría el derecho a la libertad de expresión y el de discrepar con las creencias y convicciones de otras personas pues, como la prueba es tan subjetiva, cualquier manifestación discordante a otros grupos

de personas podría eventualmente ser considerada prueba suficiente de odio, teniendo como resultado la encarcelación injusta de una persona inocente.

Así pues, tal como se encuentra redactada la LCCOCPT (*eiusdem*), interpretando el pensamiento de Rafalli (2017), la misma sería un absurdo jurídico que vulnera derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la no privación de la libertad sin causas justas y reales, en consonancia con lo establecido en los artículos constitucionales 24 al 30 y 57.

En razón de lo hasta ahora expuesto, dando respuesta al objetivo específico correspondiente a la Fase I, es posible admitir que la tipificación del odio como delito es difícil jurídicamente, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado que no se encuentra delimitado de manera específica.

## **Fase II: Determinar la proporcionalidad de la configuración de la pena establecida en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.**

En líneas generales, el CP (*eiusdem*), sigue el criterio de aplicar la pena en función del hecho y su gravedad, estableciendo variaciones de acuerdo con el mayor o menos grado de daño social, así como a las circunstancias que pueden contribuir a la agravación o atenuación del hecho. No obstante, al revisar el texto de la LCCOCPT (*eiusdem*), se advierte que si bien es cierto no está taxativa y claramente definido el delito de odio, por el contrario, se estipulan sanciones que abarcan entre diez y veinte años de prisión, "...sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados" (artículo 20, p. 6). De manera pues, amén de la privación de libertad, el inculpado debe responder de acuerdo a las sanciones *ex delicto* previstas en el CP (*eiusdem*) en su artículo 120, en el cual se establece la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios.

A tenor de dicha disposición, se estipula la restitución de la misma cosa, siempre que sea posible, con pago de los deterioros o menoscabos a regulación del

Tribunal (artículo 121); ahora bien, en caso del procesado por un delito de odio, evidentemente no cabría la restitución. Por otro lado, según se plasma en el mismo artículo, la reparación debe basarse en la valoración del grado del daño, atendiendo “...al precio natural de la cosa” (p. 18) o de no ser posible, al de afección al agraviado, cuando no haya lugar a la restitución, en cualquiera de los casos bajo regulación del Tribunal. Aquí, nuevamente, queda al arbitrio del Juez hacer una valoración subjetiva de la cuantía reparatoria a cancelar, que podría ser o no proporcional al daño causado, misma interpretación que cabe en la indemnización de perjuicios establecida en el artículo 122 del código patrio.

Paralelamente, en el artículo 21 de la LCCOCP (*eiusdem*), se puntualiza que en casos de agravante por motivo de odio o intolerancia, “...la sanción aplicable será el límite máximo de la pena establecida para el hecho punible correspondiente” (p. 6); entiéndase, entonces, que siendo veinte años la máxima pena de presidio para quien delinque fomentando, promoviendo o incitando al odio, en dichos casos siempre será por dicho período la sanción.

Empero, al no definirse taxativamente el delito de odio en la ley de marras, cabe la posibilidad cierta de desproporcionalidad de la pena, percepción convalidada en el pronunciamiento emitido por Badell (2018), quien argumenta que la LCCOCP (*eiusdem*), viola las máximas garantías a los derechos humanos, “...abusando de los tipos penales en blanco para infligir sanciones desproporcionadas” (p. 10), en tanto Betancourt (2018), coordinador del Foro Penal Venezolano, señala que las medidas sancionatorias contenidas en dicha ley:

...van en contra de las 22 recomendaciones que aceptó Venezuela en materia de libertad de expresión, en el marco del Examen Periódico Universal que presentó el país en su segundo ciclo, ante Naciones Unidas en marzo de 2017 (...) el Estado Venezolano se comprometió en tomar medidas para asegurar que nadie sea penalizado por ejercer sus derechos de reunión pacífica y libertad de expresión. (p. 1).

En este orden de ideas, cabe señalar que el artículo 37 del CP (*eiusdem*), especifica cómo se debe hacer el cálculo o cómputo de la pena: “Cuando la ley

castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites; se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad” (p. 6); asimismo, se establece que se ha de tener presente la limitación establecida en el artículo 94: “En ningún caso excederá del límite máximo de treinta años la pena restrictiva de libertad que se imponga conforme a la ley” (p. 14), esto es, la pena máxima.

Ahora bien, al comparar las sanciones previstas en la LCCOCPT (*eiusdem*), respecto a las estipuladas en el código patrio, en este último es dado comprobar que la privación de libertad entre 10 y 20 años se reserva a los siguientes delitos: violación (quince a veinte años, artículo 374), homicidio (quince a veinte años, artículo 406) y secuestro (por causar alarma, artículo 460), siendo evidente a juicio de los investigadores la notoria desproporcionalidad de la pena en la ley de marras, tanto más cuando no existe una tipificación clara del delito de odio, lo que es ratificado por PROVEA (2017<sup>b</sup>), al afirmar que dicha ley “...no cumple con el test tripartito (legalidad, proporcionalidad y necesidad) debido a su ambigüedad y discrecionalidad, sanciones exorbitantes y pretensión de regular materias cuya discusión compete a la sociedad” (p. 1), acotando, además,

...el empeoramiento de las condiciones para el ejercicio de la libertad de expresión mediante una pretendida legalización de prácticas restrictivas ya en desarrollo: bloqueos de sitios informativos, detenciones arbitrarias, amenazas orientadas a inhibir el debate, la denuncia, el cuestionamiento abierto del gobierno, a sus funcionarios y prácticas (p. 2).

Adicional a lo expuesto, al observar los instrumentos legales en materia de no violencia y discriminación de otras naciones, se recuerda la gran diferencia en lo sancionatorio, donde a nivel mundial la privación de libertad por acciones dirigidas a incitar el odio se sitúa en un promedio de seis años, con límites aproximados de dos a catorce años. Así por ejemplo, según aporta el experto y catedrático Christians (2011), en Europa se regulado la materia sin coartar la libertad de expresión, tomando en cuenta ciertos parámetros:

La posibilidad de limitar las garantías correspondientes a la libertad de expresión en relación con los discursos de odio menos explícitos, se la hace tras un análisis detallado de los seis elementos siguientes: el contenido, la forma, el tipo de autor, la intención de este, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción. (p. 3)

He allí, que la asunción del principio de proporcionalidad de la pena supone que todo cuanto influya jurídicamente en la calidad y cantidad de pena imponible, guarda relación directa con la entidad del delito cometido, tanto en abstracto (nivel legislativo) como en concreto (aplicación judicial), apreciación coincidente con lo defendido por el autor patrio Arteaga Sánchez (2012): "...la pena ha de guardar relación con la gravedad del hecho cometido" (p. 40).

En este momento discursivo, es propicio recordar que en el Derecho Penal, la única forma de destruir la presunción de inocencia dentro del sistema penal acusatorio es la prueba; de acuerdo a la mayoría de sistemas jurídicos vigentes, los únicos hechos que se podrán tomar en cuenta para las decisiones judiciales son aquellos que se los ha podido constatar mediante pruebas objetivas, lo que restringe a todos aquellos hechos que se fundamentan en elementos meramente subjetivos. Al decir del jurista argentino Cafferata Nores (2008),

"la prueba es la única herramienta dada por los sistemas constitucionales que da a determinada persona un estado de inocencia; la prueba tiene tanta relevancia sustancial, porque es la única forma legalmente autorizada para destruir el principio de inocencia, y no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad. (p. 6)

Desde la cita, se constata cómo la importancia de la prueba es tal que su objetividad y veracidad son fundamentales en la sentencia que podría llegar a dictar el juez que conozca un *delito de odio*; no obstante, en estos últimos, como ya se ha venido insistiendo, la dificultad se podría presentar al momento de la práctica de la prueba, ya que siendo el odio, como ya se ha señalado previamente, un sentimiento o emoción, se trata de algo intangible y, además, las emociones son pasajeras y

dependen del medio en que se encuentre la persona, por lo que las pruebas se centrarían en demostrar un sentimiento puramente subjetivo como lo es el odio.

En este punto, cabría considerar la postura del jurisconsulto argentino Zaffaroni (2007), para quien el odio no debería ser tomado como un elemento constitutivo de delito sino más bien como un atenuante, tomando en cuenta que las personas dominadas por la ira y el odio pueden actuar fuera de la razón en un estado similar, de alguna forma, al de la locura. Por otro lado, recurriendo a Orias (2010), es posible apreciar que en la determinación de los delitos de odio en los Estados que han incluido este tipo penal en sus legislaciones, se apela evidentemente a la subjetividad de los juzgadores más que a la existencia real de pruebas, por la dificultad de probar sentimientos y la motivación de un hecho que pudiera encajar en las conductas tipificadas para este delito, lo que naturalmente va a repercutir sobre la proporcionalidad o desproporcionalidad de la pena que las sanciona.

En definitiva, en cumplimiento de la Fase II, atendiendo a las evidencias y comparaciones analizadas, podría asegurarse que la configuración de la pena establecida en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia asume características de desproporcionalidad.

### **Fase III: Revisar los casos imputados por comisión de los delitos contemplados en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia**

Desde la publicación de la LCCOCPT (*eiusdem*), han venido siendo indiciados diversos ciudadanos, a raíz de su comisión o participación en *delitos de odio*; corresponde en este momento, de conformidad con los objetivos pautados, proceder a resolver la tercera y última fase de la investigación, para lo cual se realiza una revisión de los casos imputados conocidos gracias a los medios de comunicación nacionales y locales, en atención a su orden cronológico.

### **Caso Roberti, Ledezma, Párraga, Essa y Silva (2017)**

A solicitud del Ministerio Público (2018), el Tribunal 4° de Control del estado Carabobo impuso a tres hombres y dos mujeres llevar un mensaje de tolerancia a escuelas y universidades, mediante charlas sobre la LCCOCPT (*eiusdem*), luego de que admitieran haber agredido a Pedro Carvajalino, conductor del programa de Venezolana de Televisión (VTV), Zurda Konducta, el día 24 de septiembre de 2017 en las instalaciones de un hotel ubicado en la ciudad de Valencia.

En la audiencia preliminar, se ratificó la acusación contra Luis Alexander González Roberti, José Elías Ledezma Armas, Frank Párraga García y María Verónica Essa López por los delitos de instigación al odio, lesiones leves y agavillamiento, mientras que para Astrid Nataly Silva Caraballo fue por el delito de instigación al odio.

### **Caso Palacios y Sevilla**

Según un comunicado del Tribunal Supremo de Justicia (citado en Ypys Venezuela, 2018), fueron privados de libertad y posteriormente condenados (sin especificarse la pena recibida), por el Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo los ciudadanos Erika Palacios y Ronald Sevilla, por detentación de sustancias incendiarias, obstaculización de la vía pública e instigación pública al odio, procediendo su detención en medio de protesta realizada en la mañana del miércoles 3 de enero de 2018 en la avenida Universidad del municipio Naguanagua.

### **Caso Lobo y Labrador**

De acuerdo con la organización no gubernamental Espacio Público (2018), los ciudadanos Jhohann Adolfo Lobo Goyo y Michael Efrén Labrador Ramírez,

resultaron detenidos y puestos a la orden del Tribunal de Control N° 3 de la ciudad de Mérida el 5 de marzo de 2018, luego de su participación en un programa transmitido por la Televisora Andina de Mérida, en el cual los jóvenes hicieron un llamado a las autoridades a resolver el problema de transporte en la localidad y a una concentración en la Plaza Bolívar de la capital estatal, a fin de protestar contra la crisis humanitaria del país, siendo acusados de los delitos de incitación al odio agravado, resistencia a la autoridad y porte ilícito de arma de fuego.

Seis meses después, según se reseña en informe elaborado por el Foro Penal Venezolano (2018), ambos ciudadanos fueron excarcelados el día 11 de junio, aunque con medidas restrictivas: prohibición de salida del país, de hablar ante medios de comunicación y de participar en manifestaciones públicas, con presentación periódica ante tribunales y procesos judiciales pendientes.

### **Caso Prieto y Varón**

De acuerdo a lo informado por Cermeño (2028), abogado y vocero del Foro Penal Venezolano en Mérida, los funcionarios bomberiles Ricardo Prieto y Carlos Varón fueron puestos a la orden del Tribunal 3° de Control del estado Mérida el 12 de septiembre de 2018, acusados por incitación al odio agravada como consecuencia de su participación en un video satírico que se hizo viral en las redes sociales electrónicas, en el que se utilizó un burro para recrear una visita presidencial a las instalaciones del Cuartel de Bomberos N° 8 de Apartaderos; en la parodia, los acusados pasean al animal mostrándole el deterioro de dicha estación, así como las graves fallas en los equipos e insumos.

### **Conclusiones**

1. Establecer el odio como delito es difícil jurídicamente, al ser un concepto que no se encuentra delimitado de manera específica.

2. La configuración de la pena establecida en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia no es proporcional a los hechos contenidos de manera lata en dicha ley.

3. En los casos imputados por comisión de los delitos contemplados en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia desde su publicación, parecieran carecer de los elementos requeridos para ameritar la pena máxima de 20 años, según dispone el código penal venezolano.

De conformidad con los argumentos precedentes, al analizar la configuración de la pena en la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, existe violación del principio de proporcionalidad de la pena y de los criterios de necesidad y razonabilidad, y falta de claridad en la tipificación del delito de fomento, promoción o incitación al odio, así como limitación de los derechos a la libertad de expresión y la manifestación pacífica, consagrados constitucionalmente.

En consecuencia el delito de odio, vagamente definido en la precitada ley, pareciera inaplicable y realmente difícil de probar, pues ¿cómo decide el Juez sobre la vida y libertad de un ciudadano, basado simplemente en el ejercicio de su derecho a expresar una opinión basada en tal sentimiento?, interrogante que conduce a reflexionar sobre la ineficiencia de un tipo penal abstracto, donde la dificultad de la prueba en cuanto a la demostración de un sentimiento propio del fuero interno de un ser humano, dota al juzgador de una posición superior que le otorga el poder de decidir sobre la existencia o no del odio y sobre la vida y libertad de la persona, sin mayores limitaciones que su valoración.

Consecuentemente, de acuerdo a la redacción de la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, se desprenden dos lecturas concluyentes: por un lado, sería inminente un verdadero caos jurídico, inseguridad jurídica y un incremento absurdo de causas con la misma identidad subjetiva y fáctica; por otro, la posibilidad de millones de casos de fomento, promoción o

incitación al odio que, de acuerdo a la sana crítica de los jueces, haría que el régimen penitenciario colapsara debido a la necesidad de albergar durante largos períodos de tiempo una inimaginable cantidad de reos.

## **Recomendaciones**

1. Sustituir la pena de presidio por las de multa y de trabajos comunitarios a favor de la misma comunidad amenazada por discurso de odio, aplicando el principio general de que el Derecho Penal es de última *ratio*.

2. Redactar en forma taxativa la tipificación de los delitos de fomento, promoción e incitación al odio, delimitando claramente los medios, modalidades y demás características del o de los hechos punibles., a fin de restringir interpretaciones amplias como resultado de las valoraciones morales de los tribunales sobre el contenido del mensaje de odio.

3. Siempre, antes de incluir un nuevo tipo penal, se deben analizar los principios generales del Derecho y la Teoría del Delito, ya que tipificar acciones que no cumplan con estos postulados dogmáticos estarían creando un Estado represivo.

4. Realizar nuevos estudios dirigidos a establecer las penas que cumplen los ciudadanos imputados por fomentar, promover e incitar al odio en el territorio nacional.

*Cuídate de que nadie te odie con razón. Marco Poncio Catón*

*El odio es un componente normal de la vida, porque el binomio amor-odio es más o menos constante en la historia de la vida personal (...) La emoción violenta no es un tipo penal, sino un atenuante frente a la menor culpabilidad. Frente a la falta de fórmula general de imputabilidad, de culpabilidad disminuida, es una atenuante por culpabilidad disminuida específica. E. Zaffaroni*

## REFERENCIAS

- Albán, P. (2017). Delito de odio, delito contra los derechos humanos. Disponible: <https://prohomine.wordpress.com/2017/11/16/delito-de-odio-delito-contra-los-derechos-humanos/>
- Arias, F. (2012). El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica. 6ª edición. Caracas: Editorial Episteme.
- Arteaga Sánchez, A. (2012). Derecho Penal Venezolano. 12ª edición. Caracas: Líber.
- Asociación Civil Venezuela Igualitaria (2018). Sobre la ley contra el odio y la intolerancia. Disponible: <https://www.venezuelaigualitaria.org/2017/11/sobre-una-ley-contra-crimenes-de-odio.html>
- Badell R. (2018). Comentarios sobre la “Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia”. XLIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar: La ausencia de juricidad en el sistema legal venezolano. Disponible: <http://www.badellgrau.com/?pag=230&ct=2355>.
- Balestrini, M. (2003). EL proceso de investigación. Caracas: Oriol.
- Betancourt, L.A. (2018). Imputados por la norma contra el odio. Disponible: <https://ipysvenezuela.org/alerta/carabobo-imputados-la-norma-odio/>
- Cafferata Nores, J.I. (2008). La Prueba en el Proceso Penal. 6ª edición. , Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- Christians, L.L. (2011). Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Disponible: [http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920\\_iccpr/docs/ViennaWorkshop\\_BackgroundStudy\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf)
- Código Penal (2005). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.786 Extraordinario. 13 de abril de 2005.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009). Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario. 19 de febrero de 2009.
- De La Torre, E. (2018). El delito de odio y terrorismo a la luz de la Dogmática Penal en relación con su tipicidad. Trabajo de Grado no publicado. Ecuador: Pontificia Universidad del Ecuador. Disponible: <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/14704>

- Díaz, M.A. (2017). Crímenes de odio. Disponible: <https://red58.org/cr%C3%ADmenes-de-odio-1471ade50a2>.
- Dopico, J. (2004). Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; 57(1):143-175.
- Gómez, M.M. (2005). Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia. En Cabal, L., Motta, C. (comps): *Más allá del Derecho: Justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Espacio Público (2018). Estudiantes de la ULA fueron imputados por delitos de la “ley” contra el odio. Disponible: [http://espaciopublico.org/estudiantes-de-la-ula-fueron-imputados-por-delitos-de-la-ley-contra-el-odio/#.W\\_rI\\_4tKjcc](http://espaciopublico.org/estudiantes-de-la-ula-fueron-imputados-por-delitos-de-la-ley-contra-el-odio/#.W_rI_4tKjcc)
- Foro Penal Venezolano (2018). Reporte sobre la represión en Venezuela. Disponible: <https://foropenal.com/2018/08/24/reporte-sobre-la-represion-en-venezuela-mayo-junio-y-julio-de-2018/>
- Grisanti Aveledo, H. (2017), *Lecciones de Derecho Penal*. 28ª edición. Valencia, Venezuela: Vadell Hermanos Editores.
- Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (2017). *Gaceta Oficial* N° 41.274. 8 de noviembre de 2017.
- Maduro, N. (2017). La ANC recibió el proyecto de ley contra el Odio, la Intolerancia y la Violencia. Disponible: <https://www.aporrea.org/ddhh/n312881.html>.
- Martínez, L., González, S. (2017). Constitucionalidad de normas de desacato respecto a la libertad de expresión establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Trabajo de Grado no publicado. Venezuela: Universidad Rafael Urdaneta. Disponible: <http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-17-11321.pdf>
- Ministerio Público (2018). Responsables de ataques a conductor de VTV dictarán charlas de Ley contra el Odio en escuelas y universidades. Disponible: [http://www.mp.gob.ve/web/guest/noticias?p\\_p\\_id=101\\_INSTANCE\\_j3O6&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-2&p\\_p\\_col\\_pos=1&p\\_p\\_col\\_count=2&\\_101\\_INSTANCE\\_j3O6\\_struts\\_action=/asset\\_publisher/view\\_content&\\_101\\_INSTANCE\\_j3O6\\_urlTitle=responsables-de-ataques-a-conductor-de-vtv-dictaran-charlas-de-ley-contra-el-odio-en-escuelas&\\_101\\_INSTANCE\\_j3O6\\_type=content&redirect=/web/guest/noticias](http://www.mp.gob.ve/web/guest/noticias?p_p_id=101_INSTANCE_j3O6&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_j3O6_struts_action=/asset_publisher/view_content&_101_INSTANCE_j3O6_urlTitle=responsables-de-ataques-a-conductor-de-vtv-dictaran-charlas-de-ley-contra-el-odio-en-escuelas&_101_INSTANCE_j3O6_type=content&redirect=/web/guest/noticias)
- Núñez Sánchez, J. (2010). Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena. *Revista CENIPEC*; 29: 163-187.

- Ochsenius, W. (2016). Análisis político y jurídico penal del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio en Chile. Trabajo de Grado no publicado. Chile: Universidad de Valparaíso. Disponible: [https://www.researchgate.net/profile/Alexander\\_Ochsenius/publication/317640006\\_Analisis\\_politico\\_y\\_juridico\\_penal\\_del\\_proyecto\\_de\\_ley\\_que\\_tipifica\\_el\\_delito\\_de\\_incitacion\\_al\\_odio\\_en\\_Chile/links/59454fafa6fdccb93abbbbff/Analisis-politico-y-juridico-penal-del-proyecto-de-ley-que-tipifica-el-delito-de-incitacion-al-odio-en-Chile.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Alexander_Ochsenius/publication/317640006_Analisis_politico_y_juridico_penal_del_proyecto_de_ley_que_tipifica_el_delito_de_incitacion_al_odio_en_Chile/links/59454fafa6fdccb93abbbbff/Analisis-politico-y-juridico-penal-del-proyecto-de-ley-que-tipifica-el-delito-de-incitacion-al-odio-en-Chile.pdf?origin=publication_detail)
- Office for Democratic Institutions and Human Rights (2014). Hate Crime Data-Collection and Monitoring Mechanisms. A Practical Guide. Disponible: <https://www.osce.org/odihr/datacollectionguide?download=true>
- Organización de Estados Americanos (1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Organización de Estados Americanos (2017) Relatoría especial para la libertad de expresión manifiesta su grave preocupación por la aprobación de "la ley contra el odio" en Venezuela y sus efectos en la libertad de expresión y de prensa. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comunicado de Prensa R179-17. Disponible: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Orias, R. (2010). Ley contra el racismo y libertad de expresión: Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la CIDH. Disponible: <http://www.democraciaactiva.org/wp-content/uploads/2010/12/Ley-contra-elracismo-y-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf>
- PROVEA (2017<sup>a</sup>). El presunto odio como excusa para censurar. Disponible: <https://www.derechos.org.ve/sin-categoria/espacio-publico-el-presunto-odio-como-excusa-para-censurar>
- PROVEA (2017<sup>b</sup>). Ley contra el Odio, la Intolerancia y por la Convivencia Pacífica: el monopolio estatal de la ética. Disponible: <https://www.derechos.org.ve/actualidad/espacio-publico-ley-contra-el-odio-la-intolerancia-y-por-la-convivencia-pacifica-el-monopolio-estatal-de-la-etica>
- Rafalli, J.M. (2017). Todo sobre la "ley" contra el odio. Disponible: <http://prodavinci.com/2017/11/11/actualidad/todo-sobre-la-ley-contra-el-odio-por-juanmanuel-rafalli/>

- Real Academia de la Lengua Española (2018). Definición de odio. Disponible: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=odio>.
- Rivero, J.A. (2017). Algunos apuntes sobre la ley contra el odio. Disponible: <http://iurisucv.com.ve/2017/11/24/algunos-apuntes-sobre-la-ley-contra-el-odio/?i=1>.
- Rojas, Y. (2016). La proporcionalidad en las penas. *Revista Ciencias Penales*; 11(7): 85-99.
- Sabino, C. (2007). *El proyecto de investigación*. 5ª edición. Caracas: Panapo.
- Soto, M. (2008). Los límites de la libertad de expresión en el debate político. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*; 42: 575-791.
- Tamayo, M. (2009). *El proceso de la investigación científica*. 5ª edición. México: Limusa.
- Upegui, J.C. (2010). Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal. Estudio del caso Nicolás Castro. *Revista Derecho del Estado*; 25: 159-192. Disponible: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630235006>
- Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México: McGraw-Hill Serie Jurídica.
- Ypys Venezuela (2018). Imputados por la “norma contra el odio”. Disponible: <https://ipysvenezuela.org/alerta/carabobo-imputados-la-norma-odio/>
- Zaffaroni, E. (2007). Los Delitos de Odio. *La Gaceta Argentina*, martes 21 de agosto de 1997. Disponible: [http://www.lagaceta.com.ar/vernota.asp?id\\_seccion=120&id\\_notas=231632](http://www.lagaceta.com.ar/vernota.asp?id_seccion=120&id_notas=231632)