

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 11 de junio de 2018
– sesión ordinaria N° 428

1. Antecedentes

La tipificación de la incitación a la violencia, así como otras cuestiones relacionadas, pero que pueden distinguirse, como la difusión de mensajes de odio en contra de determinados grupos sociales o personas en particular, requiere de discusiones profundas en las que lo fundamental sea poner en relieve los axiomas que permiten una convivencia social pacífica, sin que ello importe anular la diferencia. Este mismo debate amplio, también debe extenderse hacia la necesidad de generar medidas para prevenir la discriminación y la estigmatización de ciertas categorías de personas que históricamente han debido enfrentar prejuicios, y no restringir la acción del Estado sólo a la tipificación penal de determinadas conductas o crear nuevas acciones judiciales para imponer sanciones¹.

No todos los mensajes de odio o que inciten a la violencia dan lugar a la comisión de delitos comunes motivados por prejuicios, pero esta clase de delitos rara vez se cometerán sin una deshumanización y estigmatización previas de los grupos que resulten afectados por estas situaciones². Tanto la prohibición de la discriminación arbitraria como la prohibición de la manifestación de discursos de odio hacia ciertos grupos de la sociedad es una cuestión que puede ser abordada desde múltiples aristas por el Estado como: la formulación de políticas públicas orientadas a prevenir la discriminación; el establecimiento de sanciones civiles o administrativas en caso de que se produzcan discriminaciones -sin una justificación objetiva y orientadas hacia un fin legítimo- en atención a determinadas características de una persona; el establecimiento de sanciones penales que se reservan para manifestaciones intencionales que promuevan de tal modo la violencia hacia ciertos grupos o personas específicas, que terminen atentando contra los principios básicos que aseguran una convivencia pacífica.

¹ Materias relacionadas con las tratadas en este documento, han sido abordadas en las siguientes minutas legislativas del INDH: *Minuta legislativa sobre negacionismo*. Disponible en: http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/71/minuta_negacionismo.pdf?sequence=1 [Último acceso: 11 de junio de 2018.]; *Informe sobre el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso*, Boletín N° 7130-07. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/668/Informe.pdf?sequence=1> [Último acceso: 11 de junio de 2018.]

² Izsák, Rita. Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías. 5 de enero de 2015. pp. 6-7.

Más allá del contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico mediante la norma de remisión dispuesta en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República— donde existe una prolífera prohibición de la discriminación, especialmente cuando ésta se basa en ciertas categorías personales (las denominadas categorías prohibidas de discriminación), en el ámbito doméstico se han aprobado normas y modificado otras de data más antigua, a fin de asegurar en distintas esferas el derecho a la no discriminación, en complemento del derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas un trato igualitario ante la ley.

En el sentido manifestado, destaca la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación (D.O. 24.7.12) que, a pesar de su rótulo, luego de la tramitación legislativa, quedó reducida a la instauración de una acción judicial y de una agravante penal, sin que se estableciera para los órganos de la Administración del Estado la obligación de adoptar políticas, programas y acciones concretas para prevenir la comisión de acciones u omisiones discriminatorias tanto por actores públicos como particulares³.

En otras leyes, de aplicación más específica, también se incorporan disposiciones contra la discriminación. En este sentido, la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (D.O. 7.3.97), dispone en su artículo 3º, letra c), que es un derecho básico del consumidor “*el no ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores de bienes y servicios*”.

La Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad (D.O. 10.2.10), en su artículo 7º dispone que “*se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social*”. A su vez, el artículo 57 de esta ley crea una acción especial, que es conocida por los juzgados de policía local, para los casos de discriminación en razón de la discapacidad.

El artículo 2º, inciso tercero, del Código del trabajo dispone que “*son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación*”. Acto seguido, en el inciso cuarto del mismo artículo, modificado por la Ley N° 20.940 (D.O. 8.9.16), se establece que “*los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación,*

³ Cfr. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. *Ley Antidiscriminación*, p. 109 y ss. El año 2012, época en que fue publicada esta ley, el INDH la valoró como una normativa relevante. Sin embargo, también se manifestó que esta legislación presenta desafíos evidentes y ausencias que serán necesarios subsanar en el futuro. Una de las problemáticas más relevante de esta ley es que considera a priori razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. Ya en el debate legislativo el INDH había advertido que ante la colisión de derechos debe corresponder al juez realizar un examen concreto de la situación, no siendo adecuado que el legislador resuelva la situación en abstracto. El INDH también ha manifestado que esta ley es débil en materia de prevención de hechos que importen discriminación. A la fecha, el Ejecutivo no ha patrocinado ningún proyecto de ley para modificar la ley antidiscriminación y resolver las problemáticas que la afectan.

religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

La Ley N° 20.968 que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes (D.O. 22.11.16), modificó el Código Penal al incorporar estos nuevos delitos, incluyendo la protección de grupos históricamente desaventajados, que son más propensos a sufrir violencia por su condición, tales como *“la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad”.*

La Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, establece en el artículo 17 —modificado por la Ley N° 21.015 (D.O. 15.6.17)— que está prohibido *“todo acto de discriminación arbitraria que se traduzca en exclusiones o restricciones, tales como aquellas basadas en motivos de raza o etnia, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, discapacidad, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal o enfermedad, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo”.*

Como puede advertirse, el tratamiento de la discriminación reconoce múltiples y variados abordajes, que en un futuro podrían ser unificados y uniformados, a fin de dar coherencia a estas manifestaciones normativas que proscriben la discriminación⁴. En este sentido, la prohibición y sanción de la incitación a la violencia hacia grupos y personas determinadas es una materia que debe ser discutida en el foro democrático correspondiente, a fin de determinar la necesidad de ser introducida en la legislación nacional.

La pretendida tipificación de la incitación a la violencia del proyecto de ley en análisis (Boletín N° 11424-17) se relaciona con dos proyectos anteriores que fungen de antecedente directo de la actual iniciativa que se discute: [a.] proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso (Boletín N° 7130-07) y [b.] proyecto de ley que modifica el Código Penal para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica (Boletín N° 11331-07). Desde ya resulta conveniente distinguir ciertos aspectos que diferencian los alcances de cada proyecto.

[a.] El proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso (Boletín N° 7130-07) pretende incorporar un nuevo artículo 140 bis al Código Penal para que *“el que efectuar amenazas por cualquier medio o realizare manifestaciones o expresiones destinadas a promover odio, desprecio, hostilidad o amedrentamiento, respecto de personas o colectividades en razón de que profieren un culto permitido en la República, o que con acciones, palabras o amenazas ultrajare a los miembros de culto permitido*

⁴ Un ejemplo de esta materia es la *Equality Act* de 2010 del Reino Unido, cuyo propósito fue codificar una gran cantidad de leyes y regulaciones sobre igualdad y sentar las bases de un derecho antidiscriminatorio propiamente dicho. Legislation UK. Equality Act. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents> [Último acceso: 4 de mayo de 2018.]

en la República será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”.

[b.] El proyecto de ley que modifica el Código Penal para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica (Boletín N° 11331-07) pretende incorporar un nuevo artículo 147 bis en el Código Penal para que *“el que públicamente incitaré al odio o al empleo de violencia contra personas por su raza, etnia o grupo social, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias, nacionalidad, filiación política o deportiva, o la enfermedad o discapacidad que padezca, será castigado con presidio menor en su grado medio”.*

Ambos tipos penales de los proyectos indicados son más amplios que el del proyecto que se analiza en la presente minuta, puesto que este último se limita a sancionar con presidio menor en su grado mínimo (de sesenta y uno a quinientos cuarenta días) y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales al *“que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo”.* Es decir, mientras los otros dos proyectos se extienden hacia la penalización de la difusión de mensajes que promuevan el odio, el proyecto en análisis se limita a sancionar solamente la exhortación directa de la violencia física en contra de ciertos grupo o personas determinadas.

2. Breve concepto de *discurso de odio* y experiencias comparadas

La idea que está detrás del proyecto en análisis se relaciona con el concepto de *discurso de odio*, aunque al ser su objeto limitado a las sanciones de la incitación directa a la violencia física (como fue explicado más arriba) los elementos que son propios de la prohibición de los discursos de odio no necesariamente serán aplicables en toda su extensión al contenido del presente proyecto.

La noción de *discurso de odio* no posee una definición universalmente aceptada, si bien en su denominación anglófona de *hate speech*, puede definirse en términos generales como cualquier expresión abusiva, insultante, intimidante, de acoso, o que incite violencia, odio o discriminación en contra de individuos o grupos, en base a una condición específica de los mismos⁵. Esta conducta se encuentra sancionada en muchas legislaciones comparadas, ya sea alternativa o copulativamente mediante la aplicación de normativa administrativa-civil y/o penal.

⁵ El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado que el término incluye: *“todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan, o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y hostilidad hacia las minorías, migrantes o personas de origen inmigrante”*(Committee of Ministers Recommendation, October 30, 1997) en referencia al caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, Gunduz v. Turquía, petición No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2004, para. 43 y para. 22.

La prohibición y sanción de la incitación al odio deviene de un principio fundante del derecho internacional de los derechos humanos, como lo es el igual goce y protección de los derechos sin discriminación, y se relaciona a su vez, a modo de límite con el derecho a la libertad de expresión, el cual es *ex post*, no pudiendo constituir censura.

La legislación comparada no es conteste en cuanto al modo de enfrentar las acciones de incitación al odio. Algunos países, especialmente de Europa⁶, han optado no sólo por prohibir dichas conductas, sino que también por sancionarlas tanto civil como penalmente, tipificando no sólo la incitación al odio, sino que también los delitos conexos o similares, como el negacionismo, la apología al nacionalsocialismo y la incitación al genocidio. Alemania y Austria son ejemplos de esta tendencia, consagrando en el caso germano, el *Volksverhetzung* o incitación al odio popular, como un delito punible bajo el parágrafo 130 del Código Penal Alemán, titulado, “Del Amotinamiento del Pueblo” con una pena máxima de cinco años de prisión.⁷ En el caso del Reino Unido, existen varias normas que criminalizan las expresiones de odio, amenaza o insulto dirigidas a personas en razón del color de su piel, etnia, discapacidad, nacionalidad, origen étnico o nacional, religión u orientación sexual. Las penas por estos delitos pueden incluir privación de libertad o multas según su gravedad.

En las antípodas del modelo alemán, se encuentran los Estados Unidos. La Corte Suprema de dicho país ha interpretado de manera consistente que la Primera y Decimocuarta Enmiendas protegen la libertad de expresión, e incluso los discursos de incitación al odio⁸. La limitación del derecho de libertad de expresión requiere, para ser considerada constitucional, superar un criterio de escrutinio estricto (*strict scrutiny*). Así, se podrá prohibir un discurso, incluso si éste llama al uso de la fuerza o el incumplimiento de la ley, sólo cuando esta incitación esté dirigida a una acción inminente y tenga copulativamente la capacidad real de producir el efecto deseado⁹.

En el caso latinoamericano son relativamente escasas las legislaciones que poseen tipos penales específicos sancionando la incitación al odio, destacando el caso peruano en la reciente reforma a su Código Penal (otros países que poseen el tipo penal respectivo son Brasil, Bolivia y Uruguay), pero son aún mucho más escasas las aplicaciones jurisprudenciales de dichos tipos penales.

⁶ En 16 Estados Miembro de la UE (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Irlanda, Letonia, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Suecia, Reino Unido, Austria, Bulgaria, Italia y Malta) la incitación al odio se encuentra tipificada como un delito penal.

⁷ Para que un discurso de *Volksverhetzung* sea punible, la ley exige que este sea capaz de afectar de forma preocupante la paz pública, ya sea por provocar el odio contra sectores de la población, llamando a actos de violencia o despotismo contra ellos, o por atacar la dignidad humana de los demás mediante injurias, que maliciosamente desprecian o calumnian a partes de la población.

⁸ *Brandenburg v. Ohio* (1969), *Hess v. Indiana* (1973), *NAACP v. Clairbone Hardware* (1982) y *Snyder v. Phelps* (2011).

⁹ Bajo este criterio, la Corte Suprema norteamericana ha declarado constitucionalmente protegidos, inclusive manifestaciones de supremacía racial del Ku Klux Klan.

En América se presentan dos modelos o patrones normativos para hacer frente a la incitación al odio. Un primer modelo es el sancionatorio, que a su vez contempla tres niveles de respuesta, el primero es la sanción penal directa de la incitación al odio; un segundo nivel es su sanción penal accesoria (sin constituirse tipos penales autónomos, pero pudiendo configurarse como agravantes de la responsabilidad penal, etc.)¹⁰ y el tercer nivel de respuesta es la aplicación de multas y sanciones administrativas. El segundo modelo es aquel que no establece sanciones, sino que se limita a prohibir las conductas de incitación al odio, estableciendo medidas educativas y reparatorias tendientes a la erradicación de estas prácticas en la sociedad.

Más recientemente, mediante la Ley Orgánica 1/2015, se introdujo en el ordenamiento español una nueva regulación de los discursos de odio y de las diversas formas de manifestación que puede adoptar. Mediante el nuevo artículo 510 del Código Penal se castiga con una pena de uno a cuatro años y multa a “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”. A las mismas sanciones se exponen quienes produzcan y distribuyan escritos o cualquier clase de material que fomente o promueva el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia en contra de las personas o grupos ya indicados. Por último, con las mismas penas pueden ser sancionados quienes “públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.¹¹

Tal como puede advertirse, en la legislación comparada existen diversos modelos para prohibir y sancionar la incitación al odio y a la violencia. El elemento común a todas estas formas de regulación es la limitación de la libertad de expresión, cuestión que necesariamente deriva en el análisis de las obligaciones y estándares internacionales que existen sobre esta materia.

¹⁰ El Artículo 17 de la Ley 20.609 (que establece medidas contra la discriminación) modifica el Artículo 12 del Código Penal justamente para agregarle el siguiente agravante: "21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca."

¹¹ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439> [Último acceso: 4 de mayo de 2018.]

3. Obligaciones y estándares internacionales sobre libertad de expresiones y sus límites

El reconocimiento de la libertad de expresión como un derecho es una cuestión fundamental dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ha sido conceptualizada como un elemento de primer orden para el desarrollo de la persona y *“constituye la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas”*¹².

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que *“todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*. Un contenido análogo se consagra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En determinadas convenciones de derechos humanos de aplicación más específica, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 13) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 21), también se reconoce la libertad de opinión y expresión y la obligación del Estado de asegurarla y protegerla en relación a los grupos especialmente tratados por dichos instrumentos.

En el ámbito interamericano, la libertad de expresión también ha sido reconocida ampliamente. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre se expresa que *“toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”* (artículo IV). Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

Sin desconocer la robusta protección de la libertad de opinión y expresión en el ámbito internacional, los mismos instrumentos citados reconocen que bajo ciertas condiciones es posible limitar los alcances y manifestaciones de este derecho, a fin de asegurar que siempre sea ejercido lícitamente y sin alterar el goce de los derechos por parte de terceros. En este orden de ideas, el mismo artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión entraña deberes y responsabilidades y que puede verse sujeto a determinadas restricciones, las que siempre deben estar establecidas legalmente, para asegurar el respeto a los derechos y reputación de los demás, y para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone estándares similares a los del artículo 19 del Pacto a fin de establecer limitaciones al derecho a la libertad de opinión y expresión.

¹² Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 34 sobre el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, libertad de opinión y libertad de expresión. Párrafo N° 2.

De modo más específico, el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos establece que el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión “no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En interpretación de la jurisprudencia interamericana, esta norma exige el cumplimiento de tres condiciones para que una limitación a la libertad de expresión sea admisible:¹³

- (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material,
- (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y
- (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.

Más estrictamente, el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que es posible prohibir por ley, lo que es distinto a penalizar, la manifestación de determinadas ideas, como la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Un contenido análogo puede encontrarse en el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El instrumento internacional donde puede encontrarse un mayor contenido sobre la prohibición y sanción de los discursos de odio que incitan a la violencia es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD). Este instrumento dispone en su artículo 4:

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. p. 24. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICAN%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> [Último acceso: 15 de mayo de 2018.]

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

La amplitud con que la CERD autoriza a los Estados a sancionar los discursos de odio, siempre dentro de su dominio, conforme al artículo 4 previamente citado, guarda relación con la gravedad con que la comunidad internacional califica la proliferación de estas conductas, entendiéndolas *“como una forma de discurso dirigido a los demás que rechaza los principios fundamentales de derechos humanos relativos a la dignidad humana y la igualdad y pretende rebajar el lugar que ocupan determinados individuos y grupos en la estima de la sociedad”*.¹⁴

4. Análisis del proyecto de ley

El proyecto de ley en análisis se compone de tres artículos en virtud de los cuales se introducen modificaciones al Código Penal, se deroga un artículo específico de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, e introduce modificaciones a la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

Artículo del proyecto de ley	Contenido del artículo del proyecto de ley	Norma existente con la modificación propuesta
Artículo 1. Introduce la siguiente modificación al Código Penal.	Artículo 161-C.- El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio	***

¹⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° 35, la lucha contra el discurso de odio racista. Párrafo N° 10.

	<p>menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales.</p> <p>La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo.</p>	
<p>Artículo 2. Deroga el artículo 31 de la ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.¹⁵</p>	***	***
<p>Artículo 3. Modificaciones a la Ley N° 20.393.</p>	<p>Intercálese, en el artículo 1, después de la frase “y en los artículos” y antes de “250, 251 bis y 456 bis A”, la expresión “161-C,”.</p>	<p>Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 161-C, 250, 251 bis y 456 bis A del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.</p>
<p>Artículo 3. Modificaciones a la Ley N° 20.393.</p>	<p>Intercálese, en el artículo 15, entre las frases “sancionados en los artículos” y “250 y 251 bis del Código Penal”, la expresión “161-C,”.</p>	<p>Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 161-C, 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior.</p>

En lo que respecta al establecimiento de un nuevo tipo penal para sancionar la incitación a la violencia, conforme a los términos del artículo 1° del proyecto, debe tenerse en cuenta lo que ya se ha mencionado en el sentido de que no se trata de la criminalización de los simples discursos con contenido odioso, ya que el nuevo artículo 161-C que se propone introducir al Código Penal exige que se incite directamente a la violencia física, cuestión que es integrante del *iter criminis*, es decir, de las fases que son reconocidas en el Derecho Penal y a las cuales

¹⁵ Ley 19.733, artículo 31: El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales.

podría atribuirse una sanción determinada. En este sentido, el tipo penal del nuevo artículo 161-C, que se busca introducir a nuestra legislación, pretende sancionar la provocación para delinquir, aun cuando las conductas violentas a las cuales se exhorta no lleguen a ejecutarse (en caso contrario, quien incita a la violencia física, como manifiesta el proyecto, y en caso de que el delito se cometa, podría ser condenado como autor de dicho delito conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, al disponer que se consideran autores los que inducen directamente a otro a ejecutar un delito)¹⁶.

El establecimiento del tipo penal del artículo 161-C ni siquiera debe ser entendido como una limitación o restricción al derecho a la libertad de opinión y expresión —ampliamente reconocida en las normas internacionales y también en el dominio interno—, puesto que ésta no se extiende hasta la protección de las manifestaciones que dolosamente llamen a cometer crímenes o delitos en contra de un grupo o de una persona determinada.

Respecto del mismo artículo, cabe precisar la conveniencia de incorporar otros motivos como las “ideas políticas” o el “color de la piel” o “apariencia física”, a fin de establecer mayor protección a grupos que, en atención a la coyuntura social, podrían verse afectados por hechos de violencia.

En virtud del artículo 2° del proyecto de ley se deroga la sanción que al día de hoy existe en nuestro derecho, dispuesta en el artículo 31 de la Ley N° 19.733, para castigar a las personas que por cualquier medio de comunicación social difunda contenido que promueva el odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad. Conforme al artículo 2° de la Ley N° 19.733 se entiende por medio de comunicación social *“aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”*.

Ya que el contenido del tipo penal del nuevo artículo 161-C es más estricto que lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 19.733, no parece lógico que éste sea derogado, pues ambas sanciones, a pesar de ser diferentes en su intensidad ya que la primera corresponde a una pena corporal y la segunda se refiere únicamente a la imposición de una multa, responden a hipótesis de hecho que son diferentes entre sí.

La sanción del artículo 31 de la Ley N° 19.733 es compatible con el margen que los instrumentos internacionales otorgan al Estado para establecer restricciones a la libertad de expresión, tal como se expresa en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone, según se ha visto más arriba, que toda incitación a la discriminación, hostilidad o violencia será prohibida por ley.

¹⁶ Artículo 15 del Código Penal: Se consideran autores: 1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite. 2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. 3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

A su turno, las modificaciones a la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducidas por el artículo 3° del proyecto de ley, tienen por objeto que las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado respondan penalmente cuando ciertos delitos fueran cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión de tales delitos fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión, aspecto que se traduce en la obligación de establecer procedimientos para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

5. Conclusiones

En general, el INDH valora el proyecto en análisis, aun cuando también advierte pertinencia de enmarcar su discusión en un contexto más amplio que aborde la necesidad de contar con una adecuada regulación de la prohibición y sanción de la incitación a la violencia, entendida como un continuo de la discriminación, estigmatización y deshumanización que ha afectado a ciertos grupos de personas. En este sentido, el INDH precisa lo siguiente:

- a. Mediante el nuevo tipo que se pretende introducir en el Código Penal, se sanciona la incitación directa de la violencia física en contra de un grupo o una persona determinada, regulación concordante con la gravedad de las conductas que se pretende prohibir.
- b. Se advierte la necesidad de incorporar otros motivos como las “ideas políticas” o el “color de la piel” o “apariencia física”.
- c. Es necesario modificar la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, a fin de establecer la obligación de los órganos de la Administración del Estado de crear políticas, programas y acciones orientadas a prevenir la discriminación y la violencia hacia determinados grupos, de manera que la legislación no quede reducida simplemente a acciones judiciales y sanciones (ya sean administrativas, civiles o penales) por la ocurrencia de hechos u omisiones de dicha naturaleza, sino que se avance gradualmente en el establecimiento de un modelo preventivo orientado hacia la valoración de la diversidad social.
- d. Debe discutirse la posibilidad de establecer sanciones a quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas, o enaltezcan a sus autores.