

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de octubre de 2014 - Sesión 223

I. Antecedentes

El concepto de incitación al 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 mismos.¹ Esta conducta se encuentra sancionada en muchas legislaciones comparadas, ya sea alternativa o copulativamente mediante la aplicación de normativa administrativa-civil y/o penal.

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.

La legislación comparada no es conteste en cuanto al modo de enfrentar las acciones de incitación al odio. Algunos países, especialmente de Europa², 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 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 prisión³. En el caso del Reino Unido, existen varias normas que

¹ 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.

² 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.

³ 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.

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 odio.⁴ 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 deseado.⁵

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. En la perspectiva del ex Relator de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Bertoni la utilización del instrumento penal, que por naturaleza debe ser siempre de *ultima ratio*, no se justificaría en América Latina, toda vez que la creación de estas figuras penales históricamente se vincula al devenir socio-cultural europeo y a la experiencia del nacionalsocialismo y el Holocausto.

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.)⁶ 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.

⁴ *Brandenburg v. Ohio* (1969), *Hess v. Indiana* (1973), *NAACP v. Clairbone Hardware* (1982) y *Snyder v. Phelps* (2011).

⁵ Bajo este criterio, la Corte Suprema norteamericana ha declarado constitucionalmente protegidos, inclusive manifestaciones de supremacía racial del Ku Klux Klan.

⁶ 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."

II. Estándares internacionales y marco legal nacional

Estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que se encuentra vigente y ratificado por Chile, establece en su Artículo 19 la protección de la libertad de expresión y opinión, garantizando además el derecho a buscar y recibir información. El Artículo 19.3 del Pacto establece los criterios que debe cumplir cualquier eventual limitación al derecho de la libertad de expresión. Estas restricciones deben: a) estar expresamente fijadas por la ley; b) deben estar destinadas a la protección y promoción de un objetivo legítimo (como lo es el respeto a los derechos o a la reputación de los demás), la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o moral públicas; y c) la restricción debe ser necesaria para la protección del objetivo legítimo señalado.

El Pacto estipula en su Artículo 20 que:

20.1 Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

20.2 Toda apología de odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga a los estados miembros a prohibir la conducta de incitación al odio pero no hace obligatoria su criminalización. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en cambio, si establece la obligación de generar una sanción penal respecto a la incitación al odio racial, si bien su Comité (CERD) ha establecido que los países tienen un margen de discrecionalidad respecto al uso de esta herramienta, pudiendo prevenir y sancionar la incitación a la discriminación sin necesidad de recurrir a la utilización del derecho criminal.

En efecto, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (también vigente y ratificada por Chile) señala en su Artículo 4 que:

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:

- 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.*

A ello cabe agregar que el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 34, señala en relación a la importancia de la libertad de expresión, que los actos prohibidos por el Artículo 20 del Pacto sólo deben ser aquellos de naturaleza extrema.

En el contexto regional, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en el numerando 5 de su Artículo 13, referido a la Libertad de Pensamiento y de Expresión, que:

13.5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Normativa Constitucional

El Artículo 1° de nuestra Constitución Política estipula que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común. Con tal objeto la Constitución mandata al Estado a contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que ella establece.

Son varios los derechos garantizados por la carta que se relacionan directa o indirectamente con una posible penalización del discurso del odio. Así el Artículo 19 N° 4 establece la garantía de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; a su vez, el Artículo 19 N° 6 estipula la libertad de conciencia y el derecho a la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a

las buenas costumbres o al orden público. En la misma línea, el Artículo 19 N° 12 consagra la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. El Artículo 19 N° 15 por su parte, estipula el derecho de asociarse sin permiso previo. En tal sentido, la Constitución garantiza el pluralismo político pero faculta al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Respecto de las personas individuales que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad, se les prohíbe participar en la formación de otros partidos políticos o movimientos políticos, y se les impide optar a cargos públicos por un plazo de cinco años, que puede duplicarse en caso de reincidencia.

En el contexto de la interacción de los artículos antes señalados, el año 2010, un grupo de parlamentarios y representantes de organizaciones de la sociedad civil solicitaron al Tribunal Constitucional, que declarase, en el ejercicio de las atribuciones del artículo 93 N° 10 de la Constitución, la inconstitucionalidad de un conjunto de organizaciones o movimientos políticos que, según los requirentes, profesaban explícita y públicamente las doctrinas nacionalsocialista y fascista y propugnaban por diversos medios, especialmente vía Internet, doctrinas que incitaban al odio y a la discriminación.

En sentencia Rol N° 567, el Tribunal Constitucional declaró improcedente aplicar las sanciones antes referidas del artículo 19 N° 15, inciso sexto, de la Constitución Política, por estimar que no existían antecedentes suficientes para acreditar la existencia de objetivos, actos o conductas, imputables a dichas organizaciones que fuesen contrarias a los principios básicos del régimen democrático y constitucional. El Tribunal estimó además que tampoco se acreditó que dichas organizaciones hiciesen uso de la violencia o propugnaran o incitaran la misma como método de acción política. El TC estimó por último, que la declaración de inconstitucionalidad de una organización política requiere que los objetivos, actos o conductas de la misma, sean examinados en conjunto y sean de una entidad suficiente para constituir una amenaza o riesgo plausible a la democracia, es decir, deben ser graves y proporcionales para producir el fin que se proponen.

Si bien en su considerando trigésimo séptimo, el Tribunal expresó en dicha sentencia con claridad que el “discurso o apología del odio” constituye un caso de ejercicio abusivo de la libertad de expresión, y por tanto, no se encuentra amparado por los principios de tolerancia y pluralismo político, cabe destacar que no hizo referencia alguna a que la represión de dicho disvalor requiriera del establecimiento de figuras penales específicas que contemplen penas privativas de libertad. Por el contrario, del análisis que hace el fallo y de la alta carga de la prueba que éste estipula para decretar la disolución de una organización a la que se le acusa de incitar al odio en infracción del Artículo 19 N° 15, podría deducirse que no sería lógico establecer sanciones penales privativas de libertad para las personas que sean

acusadas de conductas similares de incitación al odio, menos aún si lo hacen de forma inorgánica.

Además de estas normas constitucionales existen un conjunto de leyes en el ordenamiento jurídico que tienen por objeto superar formas específicas de discriminación. En efecto, la erradicación de toda forma de discriminación requiere de una perspectiva sistemática y gradual en su intensidad sancionatoria con el objetivo de por una parte promover la no discriminación y por otra garantizar que sus formas más extremas sean erradicadas de la convivencia democrática más inclusiva y tolerante. En este contexto, la aplicación de sanciones penales no debe ser sino un elemento más, y uno de *ultima ratio* en vistas a prevenir y castigar las vulneraciones de derechos a las minorías, meta hacia la cual también se debe avanzar mediante normas de promoción de los derechos humanos y políticas preventivas que antecedan al ejercicio punitivo del Estado.⁷

El ordenamiento jurídico chileno ha venido adoptando un conjunto de normas que apuntan hacia estos objetivos. Entre ellas la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación –y que contempla, entre otras acciones, un recurso judicial denominado Acción de No Discriminación Arbitraria y un nuevo numerando a las agravantes del Código Penal, La Ley sobre Violencia Escolar el Proyecto de Ley sobre Identidad de Género, y el Proyecto de Ley Contra la Homofobia y Transfobia, estos últimos actualmente en tramitación, son ejemplos de los esfuerzos que realiza el Estado en estas materias.

Así mismo, se encuentran vigentes y cumplen un rol preventivo similar al que busca el proyecto de ley: el Decreto Ley N° 1.094, de Extranjería, que establece en su Artículo 15° como impedimento para el ingreso al país, el que un extranjero propague o fomente doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno; la acción especial de la Ley N° 20.422 que sanciona con multas de 10 a 120 Unidades Tributarias mensuales y eventual clausura del establecimiento, a aquellos que cometan actos discriminatorios contra personas con discapacidad; la acción contenida en la Ley N° 19.253, artículo 8°, que sanciona con carácter de falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas en razón de su origen y su cultura; y el artículo 31° de la Ley 19.733, que sería modificado por el proyecto en discusión, y que actualmente contempla que “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”. Varias de las normas antes señaladas constituirían ley especial al referirse a una categoría sospechosa en particular, pudiendo eventualmente los mismos hechos ser sujetos de multas en juzgados de letras y de

⁷ Ejercicio que por sí mismo, debe también tener un carácter gradual y progresivo, incorporando sanciones como multas y trabajos comunitarios, reservando las penas privativas de libertad a los delitos de mayor entidad.

sanciones privativas de libertad ante la justicia criminal, si constituyen incitación al odio. Preocupa el INDH la eventual falta de armonización entre esa normativa y el proyecto de ley en estudio.

Se ha de tener en cuenta además que, en conjunto a la antes mencionada sanción que la propia Constitución establece respecto de los grupos políticos que ejerzan incitación al odio, el artículo 52 de la Ley N° 18.603 de Partidos Políticos establece sanciones de multa para las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades equiparables, entre otras conductas, a la incitación al odio.

III. Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley, que tiene por objeto tipificar como delito la incitación a la violencia contra personas o grupos, y también la incitación al odio racial y religioso, fue iniciado mediante moción parlamentaria (Boletín No. 7130-07) de los Senadores Sra. Pérez San Martín y Sres. Cantero, Girardi, Ruiz-Esquide y Chadwick. Inició su primer trámite el 16 de agosto de 2010 con el ingreso del Proyecto al Senado pasando a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Con fecha 18 de enero de 2011 se emitió el Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, pasando a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Con fecha 4 de junio de 2013 se da cuenta del Primer Informe de la Comisión de Constitución. Con fecha 16 de septiembre de 2013 se aprueba en general el Proyecto y se fija plazo para presentar indicaciones, el que se amplía sucesivamente hasta el 18 de noviembre de 2013. Siempre con urgencia simple, se da cuenta del mensaje en la sesión del 4 de diciembre de 2013, evacuándose el Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía el 18 de diciembre de 2013, pasando nuevamente a la Comisión de Constitución, en donde se ha mantenido con urgencia simple.

IV. Observaciones al Proyecto de Ley

El Proyecto contempla tres artículos:

a) El Artículo 1° del Proyecto modifica el Artículo 31 de la Ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. El texto original del Proyecto, incluyendo las observaciones del Senador Larraín, reemplazaba el antiguo Artículo 31 de dicha Ley, que establecía penas de multa de 25 a 100 UTM y hasta 200 en caso de reincidencia, por el siguiente texto:

“Artículo 31.- El que por cualquier medio de difusión pública de la palabra o de alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, para moverlos al odio expresado en la violencia en contra de colectivos vulnerables, 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 castigado con la pena de presidio menor en su grado medio. Se entenderá por colectivos vulnerables, los integrantes de un determinado grupo identificable por características tales como la raza, la religión, el credo, y otras semejantes”.

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía modificó dicho texto de la siguiente forma:

- i) Se elimina la expresión “colectivos vulnerables”, así como la definición que de dicho término se hacía al final del artículo propuesto, manteniéndose como sujeto pasivo del delito a “las personas o colectividades”.
- ii) En vistas a contar con una legislación concordante en esta materia, se acordó agregar a las categorías sospechosas que contempla la Ley 19.733 aquellas que establece el artículo 2 de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.
- iii) La redacción del artículo fue acordado en los siguientes términos:

“Artículo 31.- El que por cualquier medio de difusión pública de la palabra o de alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, para moverlos al odio expresado en la violencia en contra de personas o colectividades, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de dichas personas o colectividades, en razón de su raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.”

- b) El Proyecto original contemplaba como Artículo 2° la incorporación de la siguiente agravante al Artículo 12 del Código Penal:

“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.”

En la Comisión de Constitución, el Senador Hernán Larraín presentó una indicación al Artículo 2° del Proyecto en términos de su eliminación, en razón que la agravante propuesta ya fue incorporada en el artículo 12 n° 21 del Código Penal en virtud de la Ley N° 20.609.

- c) El Proyecto original planteaba la creación de un nuevo tipo penal, intercalándose en el Código Penal el Artículo 140 bis, con el siguiente texto:

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

En relación al Artículo 3° del Proyecto, se convino en la Comisión de Derechos Humanos, la necesidad de especificar un tipo penal general de incitación al odio, ya que el artículo 1 del proyecto sólo dice referencia a los medios de comunicación. En tal sentido se rechazó la indicación que pretendía eliminar este artículo, y se acogieron las observaciones del Ministerio de Justicia, que fue invitado a dicha sesión. En tal sentido:

- i. Se modificó la redacción del artículo propuesto en lo referente a la eliminación del verbo rector amenazar, pues dicha acción se encuentra descrita en los artículos 296 y 297 del Código Penal.
- ii. Se agregaron como categorías sospechosas aquellas establecidas en la Ley N° 20.609.
- iii. Se modificó la parte de la pena que se refiere a la multa, agregándose un monto superior para los casos de reincidencia.
- iv. La redacción del artículo fue acordado en los siguientes términos:

“Artículo 140 bis.- Aquel que promueva o incite, por cualquier medio, odio, desprecio, hostilidad o violencia, respecto de personas o colectividades en razón de su raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales.”

Por último se decidió modificar el nombre del Proyecto en razón de las modificaciones señaladas. El Proyecto se titulará “Ley que tipifica el delito de incitación al odio”. A su vez, se modifica el orden de los artículos, pasando el Artículo 3° recién mencionado a ser Artículo 1°; y pasando el Artículo 1° a ser Artículo 2°.

V. Conclusiones

1. El Instituto Nacional de Derechos Humanos apoya las iniciativas legales tendientes a combatir la discriminación, y entiende que, en los casos de mayor gravedad,

estas sanciones pueden ser incluso de tipo penal. En tal sentido parece correcto y conteste con los estándares internacionales antes citados, establecer sanciones que castiguen y desincentiven los discursos de odio. No obstante, y en vistas a las mismas normas internacionales citadas, en especial la Observación General No. 34 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas resulta imprescindible agotar todas las instancias de sanción anteriores al uso de la herramienta penal, restringiendo la utilización de penas privativas de libertad a los casos en que esta manifestación o incitación, efectivamente reúnan las condiciones suficientes de gravedad para poner en riesgo efectivo la integridad física, psíquica o moral de las personas o grupos objetos de ataque. El Instituto considera, como principio general, que una sociedad democrática tiene el derecho y deber de establecer y utilizar de las herramientas de prevención o sancionatorias de conductas contrarias a los derechos humanos, como lo es sin duda, el discurso que incita al odio y la discriminación, sin embargo, hay que tener presente que la lucha contra la discriminación requiere de un marco mucho más amplio de normas, políticas y programas y en las que las sanciones penales deben ser un elemento de *ultima ratio*. En tal sentido, el Instituto llama a tener presente la necesidad de generar un marco coherente y armónico de normas para la lucha contra la discriminación, teniéndose en cuenta las sanciones ya existentes en el conjunto de normas generales y especiales a las que se ha hecho referencia durante esta presentación. Aparece, por tanto, de especial relevancia estudiar cómo se coordinan las distintas normas sancionatorias entre sí, evitando que los mismos hechos puedan, eventualmente, devenir en sanciones diferentes según el tribunal y la acción que se interponga. Así mismo, una correcta jerarquización de sanciones, que asegure el uso racional de las mismas y contribuya en el largo plazo a evitar la banalización de la acción penal, hace recomendable limitar la amplia gama de situaciones que hoy día subsume el tipo penal propuesto en el proyecto de incitación al odio, restringiendo la vía criminal para situaciones que constituyan una amenaza inminente y cierta sobre grupos vulnerados.

2. El Proyecto actual ha sido perfeccionado progresivamente con respecto al texto original, en especial en cuanto dialoga con las categorías sospechosas establecidas en la Ley contra la Discriminación, y de manera correcta se elimina el primitivo artículo segundo, ya que dicha agravante estaría subsumida por aquella incorporada en la referida Ley N° 20.609. De aprobarse el proyecto, reiteramos sin embargo la necesidad de que se tenga presente que el artículo 19 N° 12 de la Constitución establece que los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, deben ser establecidos por ley de quórum calificado.

3. Bajo los principios de restricción de la aplicación del derecho penal que se han expuesto, la actual redacción del artículo 2° (primitivo artículo 3° del proyecto original) resulta demasiado amplia y otorga excesiva discrecionalidad al juez. Así por ejemplo, el hecho de promover o incitar, por cualquier medio el “desprecio” u “hostilidad” respecto de cualquier persona o grupo de personas en base por ejemplo, a su “apariencia personal”, sin requerirse un grado de seriedad específica o la convicción del juez respecto de la real capacidad de dicha incitación para generar efectos concretos, puede ser castigado con penas privativas de libertad, lo que en la práctica, significaría la criminalización de conductas, que si bien reprochables, no parece prudente criminalizar con presidio, sino sancionar

eventualmente con multa. En tal sentido se recomienda establecer en dicho artículo expresamente el requisito de que el acto de incitación al odio sea un acto que posea la capacidad real de movilizar a uno o más individuos a la comisión de acciones que puedan poner en riesgo la integridad física, psíquica o moral de las personas afectadas por el discurso de odio.

4. El INDH encuentra acertada la necesidad de establecer penas diferenciadas en el caso que la incitación al odio sea realizada por un funcionario público. En tal sentido parece razonable establecer, en el contexto del uso racional de la herramienta penal, la eventual aplicación de penas privativas de libertad sólo en razón de los casos más graves, y exclusivamente cuando el autor sea un funcionario público. Como norma general, por el contrario, creemos que debiese establecerse la sanción de multa. La ley, en todo caso, debiese clarificar el procedimiento aplicable, y es necesario que se establezca al respecto, que aún en el caso de arriesgarse pena de multa, se contemple la posibilidad de un contradictorio.

5. Compartimos así también la necesidad de clarificar en la ley el beneficiario de dichas multas, y establecer el delito en un título autónomo, independiente del título de “Los crímenes y simples delitos relativos al ejercicio de los cultos permitidos en la República”, por haberse ampliado las categorías sospechosas a todas aquellas incluidas en la Ley Contra la Discriminación.