Boletín N° 11.969-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señoras Muñoz y Órdenes, y señores Harboe y Quintana, que tipifica el delito de incitación a la violencia y reforma diversos cuerpos legales.

Antecedentes e ideas matrices

Sostener que Chile corresponde a un Estado Constitucional de Derecho presupone la convicción a la dignidad de la persona y sus derechos constitucionalmente reconocidos, estos son el eje y límite del ejercicio de la soberanía estatal. El deber positivo del Estado de garantizar el pleno goce de los mismos, importa la necesidad de implementar medidas que eviten el quebrantamiento de los derechos y garantías reconocidas a las personas. Esta cuestión no es un punto de fácil lectura pues, en búsqueda de esta finalidad el Estado habrá de afectar o restringir derechos reconocidos, cuando estos se ejerzan por personas o grupos con el objeto de impedir el pleno goce de los mismos derechos a otros grupos, basado en criterios discriminatorios.

De manera que la regulación sobre incitación al odio, se sitúa en un espacio de ponderación de derechos en el que precisamente por la necesidad de proteger la democracia y el Estado de Derechos -conceptos esenciales a la conformación moderna del Estado- se restringen libertades y derechos constitucionalmente también protegidos.

Las regulaciones e instrumentos para alcanzar el cometido antes expuesto no son uniforme en los países que las han adoptado. He incluso se ha sostenido por el ex Relator de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Bertoni, que en el caso latinoamericano 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.[1]

Es aquí relevante observar, que no puede en este caso la regulación actuar de manera reactiva, todo lo contrario, los valores que están en juego importan adquirir y observar la experiencia comparada, para adoptarla y evitar así que en cualquier

[1] Biblioteca del Congreso Nacional (2018), Delito de incitación al odio o violencia. Legislación nacional, internacional y extranjera. Disponible en Línea < https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25343/2/Delito_de_incitacion_al_odio_o_violencia_final.pdf>

momento de la historia se escale a situaciones que permitan relativizar cuestiones tan esenciales para convivir pacíficamente en sociedad, como lo es el respeto intrínseco que debe existir en las relaciones humanas a la dignidad de la persona humana.

Marco jurídico de los organismos internacionales

Eje en esta materia es lo establecido en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que se encuentra vigente y ratificado por Chile, el cual prescribe que:

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

La ubicación de este artículo en el Pacto no es aleatoria pues se ubica justamente después del artículo 19 dónde se establece la protección de la libertad de expresión y opinión, garantizando además el derecho a buscar y recibir información. El Artículo 193 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 asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la y c) la restricción debe ser necesaria para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Además, se establece en dicho cuerpo normativo en su artículo 22 el derecho de asociarse libremente con otras, agregando en el número dos de su articulado que el ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Las obligaciones que para el Estado emanan de otras Convenciones Internacionales más específicas se yerguen en el mismo sentido, instando al Estado a adoptar las medidas legislativas y sanciones que correspondan conforme a derecho con el objeto de evitar la discriminación. Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 4 exige que los Estados condenen la propaganda y los grupos que se fundan 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".

A su vez, el artículo 2, literales b), c), f) y el artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, obliga a los Estados Partes a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer y establecer la protección jurídica de sus derechos sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar.

En la misma línea de protección de la no discriminación se levanta la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su Artículo 7, compromete a los Estados Partes "a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición".

De manera que la regulación sobre incitación al odio, tiene un fundamento normativo explícito en el principio de la no discriminación, y su protección se contempla con un título habilitante para la restricción de derechos como los de la libertad de expresión y el derecho a reunirse.

Regulación en Chile

La Constitución Política se estructura sobre la base de la dignidad humana, y establece al Estado el mandato de proteger y garantizar los derechos y libertades que emanan de dicha dignidad. Al observar el articulado de la Constitución Política en relación a lo relacionado a la proscripción de la incitación al odio, podemos encontrar preceptos que se relacionan directa o indirectamente con este objeto, así el en el artículo 19 N° 2 al consagrar la igualdad ante la ley; el 19 N° 4 establece la garantía de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; 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; 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; y el artículo 19 N° 15 por su parte, estipula el derecho de asociarse sin permiso previo.

Además, la Constitución Política consagra entre las bases de la institucionalidad, específicamente en su artículo 4, que Chile es una república democrática. Lo que es protegido específicamente con razón de la regulación del antes mencionado derecho de asociación, donde se 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, quedando inhabilitados para optar a cargos públicos por un plazo de cinco años, que puede duplicarse en caso de reincidencia.[2]

Respecto a la normativa antes aludida es un antecedente de relevancia el que el año 2010 el senador Girardi, con los diputados Tucapel Jiménez, Gabriel Silber y Álvaro Escobar; y diputadas Karla Rubilar y Denisse Pascal, más el alcalde de la Granja Claudio Arriagada en conjunto con representantes de organizaciones de la sociedad civil instaron al Tribunal Constitucional a que declarase, 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 medios electrónicos doctrinas que incitaban al odio y a la discriminación. El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 567, desestimó la aplicación de las sanciones establecidas en el inciso sexto del artículo 19 N° 15 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, ni que dichas organizaciones hiciesen uso de la violencia o propugnaran o incitaran la misma como método de acción política.

Es decir, el Tribunal desestimó el requerimiento pues los actos y conductas no eran de una entidad suficiente para configurar los requisitos establecidos en la norma. No obstante ello, expresó con claridad que el "discurso o apología del odio" constituye

[2] Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). Informe Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso Boletín N° 7130-07. Disponible en Línea <http://bibliotecadigital. indh.cl/bitstream/handle/123456789/668/lnforme.pdf?sequence=1>

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.

De esta manera, consideramos necesario establecer como criterio para declarar la inconstitucionalidad de grupos intermedios que hubiesen sido sancionados conforme a la legislación por haber incurrido en actos u incitación al odio y la violencia. Requiriendo para ello de una legislación uniforme respecto de esta materia. Lo cierto es que en nuestro ordenamiento no existe una tipificación que permita disolver a agrupaciones que inciten la violencia, ni penar a las mismas por conductas que den cuenta de las mismas. En la ley N° 20.609 la denominada "ley Zamudio", sobre medidas contra la discriminación, se incorporó como deber de los órganos de la Administración del Estado el de elaborar políticas y arbitrar las acciones necesarias "para garantizar que las personas no sean discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario ejercicio y goce de sus derechos fundamentales". Y tiene como principal objetivo y bien jurídico protegido la igualdad y la no discriminación estableciendo en sus artículos primeros que el objeto de la ley es "instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria." (Artículo 2°). Así el Título II de la ley establece una acción de no discriminación y el Título II establece reformas a otros cuerpos legales, allí se establece la modificación al Código Penal donde se agrega como agravante el 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.

Esta normativa si bien es un avance aún mantiene varios vacíos. En boletines respecto a esta materia se han presentado: en el año 2010 el Boletín 7130-07 moción presentada por los Senadores Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Guido Girardi, Lily Pérez y Mariano Ruiz-Esquide. En la Cámara de Diputados el año 2017 el Boletín N 11331-07 de los diputados Juan Luis Castro, Daniella Cicardini, Maya Fernández, Daniel Melo, Manuel Monsalve, Clemira Pacheco, Roberto Poblete, Luis Rocafulli, Raúl Saldívar y Leonardo Soto.

Además, se encuentra el proyecto iniciado por mensaje presidencial que tipifica el delito de incitación a la violencia firmado el 04 de septiembre del año 2017 (boletín 11424-17) y que fue objeto de una indicación sustitutiva el 04 de julio de 2018, la que va dirigida en el sentido de tipificar el delito pero minimizar las sanciones aplicables de penas de prisión y multa a la de realizar servicios comunitarios, cuestión que va precisamente en dirección contraria a la gravedad de los actos que involucra una regulación dirigida a proscribir los delitos de odio.

Si bien todos ellos avanzan en regulación sobre la materia, tipificando el delito y modificando otros cuerpos legales, ninguno de ellos proscribe de manera categórica a los grupos que participen en este tipo de acciones. Es por ello que tomando en consideración el articulado de los boletines antes aludidos, sumado a la presentación de la reforma constitucional y demás modificaciones introducidas a otros cuerpos legales, se presenta a la discusión este proyecto, que entendemos, más completo en los objetivos que se propone.

Por ello es que sometemos a discusión al H. Senado el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo primero: Modifíquese el Código Penal de la siguiente manera:

1) Incorpórese el Libro II, Título III "De los Crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución", un nuevo Párrafo § 6 del siguiente tenor:

"§ 6. De la incitación a la violencia".

2) Agrégase un nuevo artículo 161-C del siguiente tenor:

"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 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, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales.

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.".

Artículo segundo: Modifíquese 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 que indica de la siguiente manera:

1) Intercálase, 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,".

2) Intercálase, en el artículo 15, entre las frases "sancionados en los artículos" y "250 y 251 bis del Código Penal", la expresión "161-C,".

3) Intercálase, en el numeral 1) del artículo 8 un párrafo segundo del siguiente tenor. Esta pena deberá aplicarse siempre en aquellas personas jurídicas que hubiesen sido condenadas en virtud del artículo 161-C del Código Penal.

Artículo tercero: Modifíquese la ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo de la siguiente manera:

1) Derógase el artículo 31.

Artículo cuarto: Modifíquese la ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena de la siguiente manera:

1) Sustitúyase el artículo 8 por el siguiente: "La discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura será sancionada conforme al artículo 161-C del Código Penal".

Artículo quinto: Modifíquese la ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública de la siguiente manera:

1) Incorpórese en el inciso tercero del artículo 1° a continuación del punto final que pasa a ser seguido la frase: "Se considerarán contrarias al orden público las asociaciones que participen en conductas que inciten al odio en los términos que establece la ley".

Artículo sexto: Modifíquese el Código Civil de la siguiente manera:

1) Para incorporar en el inciso segundo del artículo 551 del Código Civil a continuación del punto aparte, que pasa a ser seguido, la siguiente frase "Tampoco podrán integrar el directorio personas que hubiesen sido condenadas por el artículo 161-C del Código penal."