Boletín N° 11.967-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señoras Muñoz y Órdenes, y señores Harboe y Quintana, que sanciona a asociaciones, movimientos u organizaciones que realicen actos que inciten al odio o a la violencia.

Antecedentes e ideas matrices

Sostener que Chile corresponde a un Estado Constitucional de Derecho presupone la convicción que la dignidad de la persona y sus derechos constitucionalmente reconocidos 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 garantía 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.[i]

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 importa adquirir y observar la experiencia comparada, para adoptarla y evitar así que en cualquier 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 encuentra vigente y ratificado por Chile, 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 éste artículo en el Pacto no es aleatoria pues se ubica justamente después del articulo 19 dónde se establece 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 asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la y c) la restricción debe ser necesaria para la protección 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 solo 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 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.[ii]

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, desestimo 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 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 el que hubiesen sido sancionados conforme a la legislación por haber incurrido en actos u incitación al odio y la violencia.

En nuestra legislación 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 20.609 la denominada "ley Zamudio", sobre medidas contra la discriminación, 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 Titulo 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 el 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 y los boletines que se encuentran actualmente en tramitación (Boletín 7130-07[iii], Boletín N° 11331-07[iv] y Boletín 11424-17[v], avanzan nuevamente en regulación sobre la materia, tipificando el delito y modificando otros cuerpos legales. Ninguno de ellos proscribe a grupos que se vinculen o participen con este tipo de delitos, en ese sentido se propone que se presente una reforma constitucional, la que debe necesariamente ir acompañada de una reforma legal que verse en sanciones penales pero que no se baste en ellas.

POR TANTO,

Por ello es que proponemos a este H. Senado el siguiente.

---

[i] 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>

[ii] 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/Informe.pdf?sequence=1>

[iii] Senadores Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Guido Girardi, Lily Pérez y Mariano Ruiz-Esquide.

[iv] Diputados Juan Luis Castro, Daniella Cicardini, Maya Fernández, Daniel Melo, Manuel Monsalve, Clemira Pacheco, Roberto Poblete, Luis Rocafulli, Raúl Saldívar y Leonardo Soto.

[v] Iniciado por mensaje presidencial.

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO ÚNICO

Modificase la Constitución Política de la República, de la siguiente forma:

1. En el artículo 19 N° 15.

a) En su inciso cuarto. Agregase tras el punto a parte que pasa a ser punto seguido la siguiente frase. "Se considerarán contrarias al orden público las asociaciones que participen en conductas que inciten al odio en los términos que establece la ley".

b) En su inciso sexto reemplazase la frase "inciten a ella" por la de "inciten al odio, en los términos que establece la ley,"

2. Reemplazase en el inciso primero del artículo 23 la frase "interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley." Por la siguiente "serán sancionadas conforme a la ley. Se entenderá que se hace mal uso de la autonomía constitucional aquellos grupos intermedio que participen en delitos de incitación al odio, como también cuando intervenga indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos."