

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señora Pérez San Martín y señores Cantero, Chadwick, Girardi y Ruiz-Esquide, que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso.

#### Antecedentes

Chile, en tanto país democrático, ha suscrito diversos tratados internacionales que lo obligan a establecer medidas tendientes a garantizar el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana, y, consecuentemente, el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas. Uno de esos derechos es el de la no discriminación.

En efecto, este principio se recoge y se consagra en: la “Convención Americana de los Derechos Humanos” de la OEA (ratificada en 1990); la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, de la ONU (ratificada en 1971); el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales”, de la ONU (ratificado en 1972); la “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”, de la ONU (ratificada en 1988); la “Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, de la ONU (ratificada en 1989); y la “Convención Sobre los Derechos del Niño”, de la ONU (ratificada en 1990). En virtud de tales convenios, la obligación del Estado de Chile de velar porque el principio de la no discriminación se respete en nuestro país, emana del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, al señalar que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El principio de la no discriminación puede verse afectado en diversos grados, y por distintas circunstancias. Una de ellas es que se cometa un atentado discriminatorio que revista a su vez el carácter de delito. Es así como podemos mencionar como formas de discriminación que caerían dentro de esta categoría atentados físicos contra la vida, la integridad física y la salud, y de otros bienes personales por motivos discriminatorios, tales como el “genocidio”, o bien, la agravante de la “motivación discriminatoria en la comisión de delitos comunes”. No obstante, de una forma más directa, encontramos los delitos discriminatorios en sentido estricto, dentro de los que se ubican “la incitación al odio y a la hostilidad discriminatoria”, “los actos directos de ofensas o injurias discriminatorias a grupos de personas”, entre otros.

Ahora bien, una de las aristas que subyace a la consagración del derecho a la no discriminación en nuestro ordenamiento jurídico, es el establecimiento de una institucionalidad que proteja los atentados discriminatorios del que sean objeto las personas que habitan el territorio nacional. No basta con una consagración a nivel constitucional meramente literal, sino que es deber del Estado crear mecanismos legales que promuevan la protección de tal derecho de una manera expedita y eficaz. Sin embargo, en el ámbito penal, el atentado discriminatorio de la incitación al odio no encuentra, en nuestro derecho, una protección penal acorde con los convenios internacionales de los cuales el Estado de Chile es Parte, situación muy distinta a la de otras legislaciones comparadas que sí sancionan y protegen penalmente a las víctimas de dicho delito.

La incitación al odio y su regulación actual en la Legislación Internacional.

Para Sergio Politoff, La incitación al odio y a la hostilidad discriminatoria se construye, generalmente, como hipótesis de incitación a un grupo indeterminado de personas, ya sea a

un conglomerado de personas presentes o a través de medios de difusión pública, para moverlos al odio o a la violencia contra los integrantes de un determinado grupo racial, religioso, étnico, etc. Además, se señala que el ilícito en comento, se podría cometer a través de la palabra o alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, que revelen hostilidad o menosprecio, hacia personas o grupos de personas, para mover a quien recibe el mensaje a la violencia, al odio, o a la discriminación arbitraria en contra de los que pertenezcan a un determinado segmento de la población, identificables por características tales como la raza, la religión, el credo, etc. Se trataría, en consecuencia, “del prelude de la violencia”, o, “de hacer nacer el odio”.

Es así como de entre las diversas legislaciones que tratan la incitación al odio como delito, encontramos las que siguen:

El artículo 137 d) del Código Penal Holandés castiga con prisión y multa al que “en público, verbalmente o por escritos o imágenes, incita al odio o discriminación contra personas, o a la ejecución de actos violentos contra personas o bienes de personas, debido a su raza, su religión o sus creencias, o por su orientación hetero u homosexual”.

El artículo 510.1 del Código Penal Español, señala que “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

El Código Penal Alemán, en su apartado § 130 sobre Amotinamiento del pueblo, castiga la incitación al odio de dos formas:

En primer lugar, en su N° 1 señala que quien de una manera que sea apropiada para perturbar el orden público:

1. Incite al odio contra partes de la población o exhorte a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ellas, o
2. Agreda la dignidad humana de otros insultando, despreciando malévolamente o calumniando parte de la población, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años.

Y, en segundo lugar, en su N° 2, con pena de privación de la libertad hasta tres años o con multa será castigado quien:

a. divulgue

b. exponga públicamente, fije, exhiba o de otra manera haga accesible

c. ofrezca a una persona menor de 18 años, o haga accesible,

d. produzca, suscriba, suministre, tenga disponible, ofrezca, anuncie, elogie, trate de importar o exportar:

1. publicaciones (§11 inciso 3) que incitan al odio contra partes de la población o contra un grupo nacional, racista, religioso o determinado por su etnia, que exhorten a medidas de violencia o arbitrariedad contra ellos o agredan la dignidad humana insultándolos, despreciándolos malévolamente o calumniándolos, a todos o parte de ellos, en el sentido de las letras a hasta c, o para facilitar a otro una utilización de esa índole, o

2. divulgue por radiodifusión un programa con el contenido de lo señalado en el numeral 1.

Así también, el Código Penal uruguayo, Título III sobre los Delitos Contra La Paz Pública, Capítulo I, en su Artículo 149 bis relativo a la Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas, prescribe que “el que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de

violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión u origen nacional o étnico, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión”.

Por último, la Ley brasileña 8.81, del 21 de septiembre de 1990, incrimina las acciones de inducción o incitación discriminatorias, con pena de reclusión de dos a cinco años, siendo punible esta hipótesis cuando se realice por los medios de comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza.

De la normativa descrita precedentemente, podemos desprender la siguiente conclusión:

La conducta punible no está limitada a la difusión de las acciones hostiles o de odio o menosprecio a algún medio de publicidad en particular y, además, todas estas legislaciones sancionan la incitación al odio con pena de prisión.

Historia de la regulación legal de la incitación al odio en Chile.

En nuestro país, el tratamiento de la figura delictiva de la incitación al odio, a nivel legal, ha sido casi nulo, y además, muy diferente en comparación a legislación comparada.

En efecto, en una primera etapa, la Ley 16.643 Sobre Abusos de Publicidad, derogada por el artículo 48 de la Ley 19.733 Sobre Libertades De Opinión e Información y Ejercicio Del Periodismo, prescribía en su artículo 18 que “Los que por cualquiera de los medios señalados en el Art. 16 realizaren publicaciones o transmisiones que conciten el odio, la hostilidad o el menosprecio respecto de personas o colectividades en razón de su raza o religión serán penados con multa de seis a doce ingresos mínimos”. El artículo 16 señalaba que “Para los efectos de la presente ley se considerarán los medios de difusión los diarios, revistas o escritos periódicos; los impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes o emblemas que se vendan, distribuyan o expongan en lugares o reuniones públicas y la radio, la televisión, cinematografía, los altoparlantes, la fonografía y en general cualquier artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes”.

Luego, con la dictación de la Ley 19.733, la incitación al odio quedó contemplada exclusivamente en su artículo 31, el cual sostiene 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”.

En virtud de lo anterior, fuerza es concluir que el tratamiento que se le ha dado a la incitación al odio en nuestra legislación, descrito precedentemente, ha sido pobre y deficiente.

Pobre, porque ha sido recogida en solo dos legislaciones, una de las cuales actualmente se encuentra derogada.

Y, deficiente, porque, en primer término, no castiga la comisión de la incitación al odio con una pena privativa de libertad, y, en segundo lugar, porque limita la concurrencia de la incitación al odio al hecho de que la conducta punible haya sido emitida solo por alguno de los medios de comunicación que tales legislaciones describen.

Un intento por revertir esta situación, lo constituye el Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra La Discriminación, del 14 de marzo de 2005, el cual contempla una “Norma Penal Especial” en virtud de la cual se propone que se incorpore a la enumeración que hace el artículo 12 del Código Penal de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, una nueva agravante consistente en “cometer el delito por una motivación discriminatoria fundada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual”.

Sin embargo, el tratamiento que hace este Proyecto de Ley de la incitación al odio, es indirecto y accesorio, puesto que, se refiere a la discriminación en sentido amplio, no haciéndose referencia a la incitación al odio propiamente tal, y además, sujeta el castigo de la discriminación a la concurrencia de otro delito, cualquiera que éste sea.

En consecuencia, el mencionado Proyecto de Ley no satisface el propósito de dotar a la Incitación al odio del carácter de delito propiamente tal, es decir, único y particular.

Fundamentos de una protección penal frente a la incitación al odio.

Toda persona afectada por un acto discriminatorio, puede hoy en Chile dirigirse por la vía civil para resarcirse de los perjuicios provocados por dicho atentado. Sin perjuicio de esto, existen diversas razones muy poderosas que vuelven desincentivante la protección civil, tornándose necesaria, en consecuencia, la opción de las víctimas de contar con una vía penal para perseguir a quienes las atenten en su dignidad a través de la figura de la incitación al odio.

El primer fundamento de tal protección penal radica en que normalmente, los atentados discriminatorios, como el de la incitación al odio, son cometidos por autores difícilmente identificables por la víctima, razón por la cual el aparato persecutor penal aparece como el medio idóneo para conseguir dicho objetivo, en virtud de los medios de los que éste dispone.

Un segundo fundamento del establecimiento de una opción de carácter penal para las víctimas de este tipo de discriminación, lo constituye la estructura del proceso civil, su lentitud y sus costos, puesto que tales características de la vía indemnizatoria la transforman en un mecanismo prácticamente ineficaz para una protección efectiva del discriminado.

No obstante a lo anterior, a nuestro juicio el principal motivo por el cual resulta necesario e indispensable que se sancione penalmente el atentado discriminatorio de la incitación al odio, en palabras de Sergio Politoff, es el significado simbólico de la represión penal, que eleva al rango de bien jurídico esencial la dignidad, la igualdad de las personas y su derecho a no ser discriminado, el cual va acompañado de un innegable valor instrumental preventivo contra la violencia, de la que la discriminación es a menudo la necesaria antesala y supuesto.

Contenido del Proyecto.

Hoy, las víctimas de un atentado discriminatorio que detente el carácter de incitación al odio están amparadas únicamente por el artículo 31 de la Ley 19.733 Sobre Libertades De Opinión e Información y Ejercicio Del Periodismo. El problema de dicha protección radica en 2 aspectos de la mayor importancia:

En primer lugar, el acto discriminatorio debe realizarse por cualquier medio de comunicación social, entendiéndose por tales, en virtud del artículo 2° del citado cuerpo legal “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”. Es decir, el problema subyacente a tal disposición es que restringe la sanción del atentado discriminatorio solo a aquellos actos discriminatorios que se hayan emitido por algunos de estos medios, dejando sin sanción aquellas acciones discriminatorias realizadas por medios distintos de aquellos que se identifican como de comunicación social.

Y, en segundo lugar, la sanción que se establece en el artículo en comento es solo de multa, y no se contempla, en consecuencia, una pena privativa de libertad para castigar a los discriminadores, imposibilitando con ello la utilización del aparato persecutor penal del Estado para perseguir este tipo de atentados.

Es por todas estas consideraciones que resulta del todo conveniente la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un artículo que venga a subsanar las inconsistencias y deficiencias de nuestra actual legislación en materia de discriminación, transformando en delictiva la figura de la incitación al odio, lo que representa una elevación al rango de bien

jurídico esencial la dignidad, la igualdad de las personas y su derecho a no ser discriminado:

Proyecto de ley.

Para reemplazar el artículo 31 de la ley 19.733, por el siguiente:

“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”.

Para incorporar al Artículo 12 Código Penal el siguiente numeral:

“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.”

Para incorporar al Código Penal el siguiente artículo nuevo bajo el número 140 bis:

“El que efectuae 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.

LILY PÉREZ SAN MARTÍN  
SENADORA