

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO PENAL: BREVE REFERENCIA A LA TIPIFICACIÓN DE DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO EN EL DERECHO CHILENO

FREEDOM OF EXPRESSION AND CRIMINAL LAW: BRIEF REFERENCE TO THE TYPIFICATION OF HATE CRIMES IN CHILEAN LAW

*Ximena Marcazzolo Awad**

RESUMEN: El presente trabajo analiza la limitación a la libertad de expresión que se fundamenta en la existencia de “discursos ilícitos”, que en algunos ordenamientos jurídicos se sancionan penalmente. Dentro de dichos discursos se encuentran el *hate speech*. Estos tensionan la libertad de expresión, por lo que resulta relevante determinar los límites que pueden afectarle. Finalmente se revisa el sistema chileno y algunos proyectos de ley en relación con estas figuras penales.

PALABRAS CLAVES: Libertad de expresión, discursos del odio, delitos de incitación al odio.

ABSTRACT: This paper analyzes the limitation to freedom of expression that is based on the existence of “illicit speeches”, which in some legal systems are criminally sanctioned. Within these speeches are the hate speech. This type of speech affect freedom of expression, so it is relevant to determine the limits that can affect it. Finally, the Chilean system and some projects of law in relation to these criminal figures are reviewed.

KEYWORDS: Freedom of expression, hate speech, hate crimes.

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Penal y Ciencias de la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra, Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: xmarcazzolo@udd.cl

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión garantiza el derecho de manifestar de cualquier manera y medio, sin censura previa, el pensamiento moral, cognitivo y simbólico, lo cual se expresa a través de ideas y juicios de valor¹. La relevancia de este derecho emana de la necesidad de preservar la exposición de ideas y creencias, el debate, la investigación, la libertad de cátedra, la ciencia, la revisión de los fenómenos históricos, entre muchas otras actividades que resultan fundamentales para el desarrollo de la persona y de la sociedad. De ello deriva la consagración de esta prerrogativa en Constituciones de diversos países. Al mismo tiempo, la libertad de expresión se relaciona con el derecho a la información y la libertad en general de adscribir de una determinada idea o posición, lo que resulta esencial como actividad inherente al desarrollo de las personas.

El presente trabajo analiza la limitación a la libertad de expresión que se fundamenta en la existencia de “discursos ilícitos”, los que, además, en algunos ordenamientos jurídicos dan lugar a sanciones de diversa índole. Una de las manifestaciones del discurso ilícito, que podría justificar limitar la libertad de expresión, corresponde a lo que se ha denominado como “discurso del odio” o *hate speech*, el que, a su turno, ha da lugar a los delitos que llevan el mismo nombre.

La restricción del derecho a expresarse libremente resulta de la máxima complejidad toda vez que el pensamiento y la consecuente expresión de las ideas son elementales para la existencia de la sociedad pacífica y democrática². Por este motivo el establecimiento de límites, particularmente a través de en una disciplina que es de *ultima ratio*, como el derecho penal, solo puede justificarse siempre que el resto del ordenamiento jurídico resulte insuficiente para preservar los bienes jurídicos que se pretenden cautelar. Esto explica, en parte, la suerte que han experimentado en Chile algunos proyectos de ley que han querido tipificar conductas que pueden incardinarse dentro de la clasificación de delito de odio. A ello se hará referencia en lo sucesivo del este trabajo.

En lo que sigue, primero, se procurará consignar una explicación relativa a lo que se entiende por discurso de odio y a las implicancias de este desde la perspectiva de la libertad de expresión. Posteriormente, se revisará la tipificación de los delitos de odio en Chile y, junto con ello, dos proyectos de ley que han presentado con el objetivo de mejorar la regulación positiva de este delito.

¹ Definición de NOGUEIRA (2004), p. 41.

² Sobre la relación entre libertad de expresión véase PAUNER (2011), pp. 113-119. En el trabajo cita una sentencia STEDH, caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, apartado 49. En la que el tribunal reconoce que la libertad de expresión es fundamental para una sociedad democrática, el progreso individual y social.

II. ¿QUÉ ES EL DISCURSO DEL ODIO O *HATE SPEECH*?

No existe una sola definición sobre este tema. Esto explica por qué algunos autores³ prefieren utilizar la noción proporcionada por el Consejo de Europa, que lo define como:

“[...] formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, xenofobia, antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo o etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”.

Dentro de los aspectos centrales de esta definición, se encuentra la existencia de expresiones o manifestaciones que generen odio basado en la intolerancia, la discriminación y/o la hostilidad.

Otras convenciones internacionales que se refieren a dicho discurso coinciden en términos generales con la definición aquí entregada. En este sentido se puede citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 7 proclama la proscripción contra la discriminación, la igualdad de todos los hombres ante la ley y el derecho a ser protegidos frente a los actos de discriminación; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, cuyo artículo II define el genocidio entendiendo por tal los actos de matanza, lesión, sometimiento, los que impidan el nacimiento o el traslado forzoso de niños, cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso y en su artículo III consigna que los actos que se reprimen son el genocidio y la asociación para cometerlo, además de los actos preparatorios, su autoría y participación. También el Pacto de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 20 hace referencia a la apología al odio nacional, racial o religioso. La Declaración sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la religión o las Convicciones de 1981, garantiza la libertad de pensamiento, conciencia y religión y en sus disposiciones segunda y tercera prohíbe toda forma de discriminación. En el ámbito más local, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 13 se refiere a la libertad de expresión, declarando expresamente que esta garantía debe ejercerse sin censura previa salvo aquellas que se establezcan por ley. El mismo artículo en su numeral quinto prohíbe la propaganda a favor de la guerra y apología o incitación al odio nacional, racial o religioso. De las con-

³ WEBER (2009), p. 3 y ALCÁ CER (2012), p. 4.

venciones citadas, esta es la que con mayor claridad se refiere a la incitación al odio, pues las referencias de las anteriores decían relación más bien con la discriminación, la libertad de expresión y el genocidio⁴.

Junto con esta definición, la doctrina ha identificado algunos elementos estructurantes. En este sentido, se ha señalado que, en primer término, debe referirse a un individuo o grupo que tienen características en común. No existe discurso del odio cuando se dirige contra toda la humanidad o un grupo no identificable de esta. En segundo lugar, el discurso persigue estigmatizar a dicho individuo o grupo mediante la atribución de características que son negativas y que tienden a caracterizar a dicha colectividad. En tercer lugar, se tiende a atribuir a esa colectividad un comportamiento que está fuera de los rangos sociales normales⁵.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO DEL ODIOS

En el caso nacional este derecho fundamental se encuentra plasmado en el artículo 19 n.º 12 de la CPE⁶. Su cometido es asegurar la libertad de opinar e informar sin censura previa, sin perjuicio de los delitos y abusos que se pueden cometer en el ejercicio de este derecho. Del tenor literal del precepto surge la pregunta sobre, ¿cuál es el ámbito de regulación que ofrece? De manera ostensible, comprende tanto el derecho de opinión relativo a la expresión de juicios subjetivos, ideas y creencias, y, en lo relativo a la información, la transferencia de ideas objetivas o conocimiento, por ello se lo asocia en gran medida con la prensa⁷. También el derecho a la información comprende estar informado, es decir, ser destinatario y transmisor, sin previa censura, de hechos, fenómenos o circunstancias que se manifiestan en la sociedad⁸.

Respecto de la posibilidad de establecer límites al derecho a expresarse existe consenso, sobre algunas de las razones que lo justifican. Así, por ejemplo, se aceptan ampliamente los fundamentos que derivan de la protección de la dignidad humana y del honor⁹. En esta línea, la Constitución reconoce que la libertad de expresión se encuentra reconocida sin perjuicio de res-

⁴ Convenciones citadas por PÉREZ-MADRID (2009), p. 4 y ss.

⁵ *Op. cit.*, p. 7 y ss.

⁶ También ha sido reconocida en instrumentos internacionales, por ejemplo, en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

⁷ GONZÁLEZ (2012), p. 21 y ss.

⁸ NOGUEIRA (2004), p. 142.

⁹ PAÚL (2011), p. 574.

ponderarse por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de dicha libertad, siempre de acuerdo con la ley, la cual deberá ser de quórum calificado¹⁰. En el mismo sentido, Humberto Nogueira señala que, respecto de la libre expresión de las opiniones, el límite está dado por las expresiones vejatorias o insultantes, lo que el *Código Penal* castiga a través de los tipos penales de injuria y calumnia. Agregando que la garantía aludida asegura la expresión de ideas, juicios, la investigación, indagación, transmisión, comunicación, emisión, publicación o difusión de ideas e informaciones de toda clase y que esto debe quedar al margen de cualquier tipo de censura previa¹¹.

En materia de discursos es sabido que existe una tensión entre estos y la libertad de expresión. Lo anterior es sin perjuicio que para valorar la licitud o ilicitud de los mismos, como sería el caso del denominado discurso del odio, se debe realizar un análisis a la luz de la libertad y, además, adherir a una determinada concepción de esta. Adicionalmente, para la criminalización de conductas que atenten contra la libertad de expresión debe estarse ante los casos más graves en los que la protección de un bien jurídico justifique la intervención punitiva del Estado.

En relación con el discurso del odio, Álvaro Paúl explica que la prohibición de los discursos, particularmente el que fomenta el odio, dependerá de la posición más o menos liberal que adopte cada Estado en relación con la libertad de expresión. Haciendo presente que la sanción con que se castiga este tipo de manifestaciones puede ser de naturaleza penal, civil o administrativa. Al respecto expone que, de acuerdo con la concepción liberal, esta especie de discurso admite protección desde la perspectiva de la libertad de expresión, aunque no en términos absolutos porque se reconocen ciertas limitaciones. En este caso el fundamento de la restricción obedecería al bien común. Según la posición inversa, denominada restrictiva, se trataría de un discurso ilícito que no admite protección. El autor hace presente que ambas posiciones coinciden en no compartir el contenido del discurso hostil u odioso, y, además, en ambos casos, sus diferencias y coincidencias se vinculan con el concepto que respectivamente le atribuyen a la garantía de expresarse libremente. De este modo, lo que diferencia a ambos puntos de vista se vincula con la posición del Estado en la forma como regula la incitación al odio y más concretamente la procedencia o improcedencia de sancionarlo penalmente¹². A mayor abundamiento, el autor aclara que, al utilizar la nomenclatura liberal, se refiere a los partidarios de la libertad del individuo y de la sociedad, no como sinónimo de demócrata. Agrega que esta corriente participa de la idea de que el discurso debe garan-

¹⁰ Artículo 19, n.º 12 de la CPR.

¹¹ NOGUEIRA (2012), pp. 416-424.

¹² PAÚL (2011), pp. 575- 576.

tizarse porque su vigencia permite buscar la verdad de mejor manera, oponiéndose a la existencia de versiones impuestas por la autoridad. Esto se funda en la teoría del libre mercado de las ideas según la cual los conceptos verdaderos en definitiva priman. También hace presente que estas afirmaciones no significan que el enfoque liberal considere que no existen límites a la libertad de expresión, sino, más bien, que dada la importancia de la libertad de expresión, esta no debe ser restringida sino en aquellos casos graves y quien tendrá el deber de probar dicho daño será el que lo invoque. En este sentido, se reconocen, como bienes jurídicos que admiten protección y, por ende, limitan a esta garantía, el honor y la conservación de la paz social, pero de acuerdo con este enfoque la restricción se justifica solo para los casos más graves y siempre que se acredite que existe maldad. Además, expone que la posición restrictiva considera que el discurso del odio o *hate speech* debe censurarse ya que afecta la dignidad de las personas, por lo que debe ser reprimido. El fundamento para restringir el discurso emana de las propias finalidades de la libertad de expresión, esto es, garantizar la autorrealización del que se expresa, permitir la democracia, defender la dignidad del hombre, dar lugar a un espacio desde el cual se pueda alcanzar la verdad, por lo que censurar el discurso del odio se justificaría, ya que este no permite obtener estas finalidades. A su juicio, el daño que causa el discurso del odio no es un elemento fundante para su proscripción, por cuanto también la posición liberal estima que en caso de existir un perjuicio debe restringirse, eso sí, exigiendo que se pruebe la magnitud y su existencia. Consecuente con lo expuesto, la posición restrictiva es partidaria de restringir los discursos del odio más allá de si producen o no un daño¹³.

Un partidario de la posición liberal o amplia es Owen Fiss de la Universidad de Yale, quien considera que el discurso del odio genera un efecto silenciador en la libertad de expresión. A este respecto expone que durante los últimos treinta o cuarenta años en Estados Unidos, las leyes de antidiscriminación se han extendido a múltiples actividades del quehacer público, lo cual lo lleva a sostener que en la actualidad prácticamente toda la actividad pública de su país está amparada por esta normativa. Ante ello, concluye que la libertad de expresión, que siempre en su país ha tenido un papel fundamental, hoy se encuentra en entredicho por un objetivo distinto al liberalismo, esto es, la igualdad. A continuación, manifiesta que existe una colisión entre la libertad y la igualdad, la cual no puede resolverse con la mera referencia a la primera enmienda, sino que obliga a enfrentarla derechamente. Así, señala que durante el curso del tiempo la libertad de expresión ha sido defendida en ocasiones por el Estado, fundándose en la propia libertad, citando como ejemplo la proscrip-

¹³ PAÛL (2011), pp. 576-582.

ción del comunismo durante la Guerra Fría para evitar la llegada de un gobierno marxista. A la luz de todos estos argumentos, el autor concluye que el discurso del odio es una amenaza concreta a la libertad de expresión, que afecta, incluso, a las víctimas puesto que las excluye de la discusión o debate público, generando que estas se ensimismen. Luego, se pregunta si desde la perspectiva del Estado es lícito acallar a un grupo y darle a otro la posibilidad de expresarse, concluyendo que la Administración no debe tomar partido por alguna de estas posiciones, sino que garantizar la discusión, por lo tanto, cuando se censura el discurso del odio se está garantizando la libertad de expresión de ciertos grupos al mismo tiempo que se limita la de los otros¹⁴.

IV. TRATAMIENTO DEL DISCURSO DEL ODIOS EN ALGUNOS SISTEMAS EXTRANJEROS

Algunos países del continente europeo de forma paulatina han ido incorporando disposiciones que limitan su libertad de expresión, tipificando figuras penales que restringen el discurso. Un ejemplo de ello se observa en la Constitución alemana, que erige como principio fundamental el respeto por la dignidad humana y desde ese punto de partida, a través de la ley, reprime penalmente el negacionismo en el artículo 185 del *Código Penal*, la injuria o difamación a la memoria de un fallecido en su artículo 189 y la instigación al odio en su artículo 130. Por su parte, el derecho francés desde 1990, mediante la Ley Gayssot 90-615 de 1990, castiga las conductas racistas, antisemitas, xenófobas y la apología a los delitos de lesa humanidad¹⁵. A su turno, Holanda en el artículo 137d del *Código Penal*, amenaza con pena de prisión y multa al que realice conductas de incitación al odio o discriminación o ejecute actos violentos contra personas o bienes en razón de su raza, religión, creencias o su orientación hetero u homosexual. La publicación o difusión de textos se encuentra sancionado en el artículo 137 e). Por su parte, el derecho español contempla una figura de incitación al odio¹⁶ y a la incriminación en el artículo 510¹⁷ del

¹⁴ FISS (1996), pp. 17-24.

¹⁵ NOGUEIRA (2012), pp. 405-407.

¹⁶ Sobre esta figura en España véase el trabajo de TAPIA (2021), *passim*.

¹⁷ Artículo 510. 1. 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.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones

*Código Penal*¹⁸. Esta disposición fue modificada de manera importante durante el año 2015¹⁹.

Mientras la jurisprudencia europea, en general, ha mantenido una posición a favor de la represión y castigo del discurso del odio y del negacionismo, la jurisprudencia estadounidense ha sido más proclive a garantizar la libertad de expresión reservando la sanción solo para los casos más graves²⁰.

La posición liberal de Estados Unidos se puede apreciar en algunas de las sentencias que se consignan en el trabajo de Álvaro Paúl citado. Este autor en relación con el delito de incitación al odio hace referencia al caso *Beauharnais vs. People of the State of Illinois* del año 1952. En esta sentencia se condenó al líder de una agrupación de hombres blancos que quería concitar adhesión para

en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

¹⁸ POLITOFF (1999), pp. 200-201.

¹⁹ Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo.

²⁰El catedrático español Juan María Bilbao analiza varias sentencias de países europeos que fueron impugnadas ante el Tribunal de Estrasburgo, concretamente por la Comisión Europea de Derechos Humanos. El trabajo se refiere específicamente al discurso negacionista. Las partes condenadas por el delito de negacionismo en sus respectivos Estados acudieron al mencionado tribunal internacional fundándose en que se les ha vulnerado su libertad de expresión, que corresponde al artículo 10 del Convenio. El estudio analiza diversas demandas, revisándolas por países. En el caso alemán se explicita que el derecho a la libertad de expresión se encuentra regulado en el artículo 5 de la Constitución germana, tratándose de una de las garantías más relevantes para su sistema. Al igual que la Convención, el artículo 5 de la Constitución admite excepciones por leyes y el respeto del honor personal. Uno de los casos que se relata es el de 6 de septiembre de 1995, *Otto E.F.A Remer contra Alemania*. En esta oportunidad se condena a una pena de casi dos años de privación de libertad, al editor de una publicación en que se incluyeron artículos que negaban la existencia de cámara de gases en los campos de concentración nazis, entre otras afirmaciones. El condenado recurre ante el Tribunal de Estrasburgo invocando que su sanción era de naturaleza política y que se le había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, respecto de ciertas afirmaciones que él estimaba que eran verdaderas. El tribunal rechaza su demanda, entre otras varias razones, indicando que efectivamente su libertad de expresión había sido restringida, pero de manera legítima por encontrarse prevista en la ley. Luego, en el mismo trabajo, se exponen casos de demandas efectuadas en contra de Austria y de Francia con los mismos resultados. En el caso austriaco la norma que castiga esta conducta es la Ley de Prohibición del Nacionalsocialismo, que se dictó en 1945, modificada posteriormente. Bajo esta ley se castigó al historiador británico David Irving el año 2006. Las demandas ante el Tribunal también se fundaron en que estas condenas se erigen como restricciones indebidas a la libertad de expresión, al establecer castigos exagerados para conductas que consisten en opiniones sobre hechos históricos los cuales debieran poder expresarse en una sociedad libre. Finalmente, el caso francés siguió la misma suerte que los anteriores. Al concluir su exposición confirma que en Europa prima la tesis restrictiva de la libertad de expresión, la que se impone por sobre la postura liberal que se observa en los Estados Unidos. En BILBAO (2008), pp. 19-56.

que se legislara a favor de la segregación, para lo cual repartió impresos que indicaban que los negros cometían violaciones, robaban y usaban drogas. Con esta acción el tribunal estimó que se infringía la normativa penal que impedía atribuir a ciudadanos de cualquier raza, color, religión de manera criminal o contraria a la moral. El condenado se defendió invocando que la descripción típica era vaga y que él había hecho uso de su libertad de expresión. La Corte Suprema rechazó el recurso interpuesto por el condenado. El juez Hugo Black fue el autor de uno de los votos disidentes, estimando que no le corresponde al sistema judicial determinar qué temas podían o no ser discutidos por los ciudadanos. Agregando que la segregación en ese momento no estaba prohibida en todo el país por lo que su conducta podría haber sido considerada adecuada en otro Estado. Posteriormente, el máximo tribunal estadounidense cambió su criterio en el caso de *Brandenburg vs. Ohio* durante el año 1969, donde un líder del Ku Klux Klan incitaba al odio entre los adherentes a dicha colectividad. En este caso, si bien hubo condena en la primera instancia, luego la Corte decidió que no podía reprimirse la mera apología a la violencia, al menos sin afectar el derecho a expresarse libremente, salvo que las acciones incitadas generen actos inminentes de violencia. Como señala Álvaro Paul, este fallo dio origen a un estándar de tolerancia o que se conoce como es estándar de *Brandenburg* o *Brandenburg test* o de la violencia inminente. Posteriormente a este criterio se suma otro que postula que quien realice la incitación no debe haber mentido de manera consciente o que no exista un peligro de violencia inminente. A partir de esos fallos se comprende que el discurso del odio queda amparado por la libertad de expresión, con las restricciones mencionadas²¹.

V. TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE ODIOS EN CHILE

El ordenamiento jurídico interno contempla algunas figuras penales que pueden incardinarse dentro de la categoría de delitos de odio. Junto con ello, se ha formulado la necesidad de incorporar nuevos ilícitos que permitan reprimir conductas que hoy quedan fuera del marco legal vigente.

Los delitos de incitación o instigación del odio se caracterizan por consistir en conductas de promoción del odio, hostilidad o violencia dirigido en contra de personas o colectividades que representan a un grupo racial, religioso, étnico, entre otras características o condiciones. Se trata de una expresión o manifestación que da cuenta de una actitud discriminatoria, y que, al mismo tiempo, incita a la violencia u odio respecto de quien recibe el mensaje. Estos

²¹ PAÚL (2011), pp. 577-579.

tipos penales van más allá de la mera discriminación ya que requieren promover el odio, violencia u hostilidad²².

La decisión de sancionar estos comportamientos ha sido objeto de un amplio debate. Parte de los argumentos formulados a favor y en contra se relacionan con la posibilidad de limitar, en términos amplios o restringidos, el derecho a la libertad de expresión; la intimidación que puede generar en la comunidad la existencia de discursos prohibidos; el efecto educativo (prevención especial) que puede conllevar la censura de algunas manifestaciones; las consecuencias que puede causar en el proceso de búsqueda de la verdad, la revisión de los fenómenos históricos y el desarrollo del pensamiento²³. Adicionalmente, se debe tener presente que los delitos de odio resultan especialmente complejos respecto de la actividad política y científica, en la cual las manifestaciones provocadoras; la publicación y difusión de material científico es inherente a estas actividades. Es necesario tener presente que las figuras penales deben garantizar certeza en relación con la conducta que queda prohibida y que, además, la tipificación del delito se justifique de acuerdo con el principio de ofensividad en materia de bienes jurídicos protegidos.

Parte importante de la doctrina (compartida en este trabajo) considera que los delitos de instigación o incitación al odio sancionan conductas de discriminación²⁴, mediante un adelantamiento de la barrera de punición²⁵. La discriminación afecta la igualdad que debe primar en el trato entre las personas. En este sentido Hernández señala que se castigan estos comportamientos porque es posible que su existencia conlleve la comisión de ilícitos distintos. Lo expresado no significa que el castigo se justifique por la sola expresión de juicios discriminatorios, siendo necesario que se trata de un:

“Comportamiento cuyas circunstancias concretas lo hacen idóneo para provocar que otros sujetos emprendan acciones adversas contra los miembros de tales grupos”²⁶.

Esto es muy relevante porque el castigo no se funda en la mera expresión de ideas o valoraciones respecto de ciertos grupos de personas, sino que resulta

²² POLITOFF (1999), pp. 199-200.

²³ PAÚL (2011), pp. 590-595.

²⁴ Sobre el concepto de discriminación y la incorporación de la agravante de responsabilidad penal del artículo 12 n.º 21 del CP, véase SALINEROS (2013), p. 273 y ss.

²⁵ En el mismo sentido relativo a que los delitos de odio son delitos de discriminación, Víctor Gómez señala que esto se debe a que no se protegen bienes jurídicos supraindividuales (como, por ejemplo, la seguridad colectiva de un grupo determinado), sino que se trata de un bien jurídico individual de las personas que integran dicha colectividad, esto es, la igualdad y su contracara que es el derecho a no ser discriminado. En GÓMEZ (2013), p. 82.

²⁶ HERNÁNDEZ (2013), pp. 167-169.

indispensable que este comportamiento procure incitar o promover en otras conductas que puedan afectar a dichos grupos.

En el caso nacional el artículo 31²⁷ de la Ley n.º 19733²⁸ de 2001 sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo, contempla una sanción de multa respecto de conductas que se incardinan dentro del discurso del odio. En el evento de reincidir la multa puede ser elevada. La disposición se circunscribe específicamente a las conductas desplegadas a través de los medios de comunicación social, es decir, toda actividad que se efectúa fuera de estos no queda comprendida dentro de esta figura. En este sentido, con razón Manuel González señala que los libros no quedan comprendidos en esta regulación²⁹. Respecto del sujeto activo del delito cualquier persona puede incurrir en este ilícito, lo relevante es que lo haga a través de un medio de comunicación social.

De acuerdo con el precepto se prohíben las publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o grupos en atención a su raza, sexo, religión o nacionalidad, vale decir, se censura la apología a la violencia u hostilidad o la promoción de estos sentimientos en los destinatarios del discurso. Desde la perspectiva subjetiva se exige que la conducta se realice con la finalidad de promover odio u hostilidad, careciendo de relevancia típica la circunstancia que un discurso determinado pueda ser utilizado para justificar el mencionado odio u hostilidad, cuando la conducta no se realiza con esta finalidad.

La disposición ha recibido críticas en relación con nuestra Carta Magna, desde la perspectiva de la libertad de expresión, por tratarse de una figura penal que le entrega gran discrecionalidad a quien debe interpretarla y, por ende, claramente puede traducirse en una autocensura de los medios de comunicación social³⁰. En materia de jurisprudencia, esta ha recibido muy poca aplicación, concretamente, es posible citar el caso en el que se condenó por la infracción del artículo 31 de la Ley n.º 19733, es la causa RUC 0901108439-4³¹,

²⁷ “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”.

²⁸ Respecto de los delitos contemplados en esta ley se ha señalado que la mayor o menor amplitud que se le dé a la interpretación de estas figuras delictivas, generará una mayor o menor restricción del ejercicio de las libertades de opinión e información. Por ello se ha hablado de una autocensura porque, si bien la ley garantiza la libertad de expresión sin censura previa, al mismo tiempo contempla tipos penales que en la práctica reprimen *ex post* la actividad desplegada a través de los medios. BANDA (2002), p. 141-142.

²⁹ GONZÁLEZ (2012), p. 241.

³⁰ *Ibid.*

³¹ TOP de Viña del Mar, de 21 de junio de 2010.

en el cual se dictó sentencia condenatoria contra un imputado por haber realizado actividades hostiles contra el pueblo judío, personificado el presidente de la colectividad judía de Chile de la época y por la elaboración de panfletos con la imagen trucada de una diputada de la época, en las cuales se la habría ridiculizado y denostado, imágenes que, además, habrían sido subidas a una página de Internet. En la sentencia³², se estimó que las páginas de Internet correspondían a medios de comunicación social como exige la figura del artículo 31, para lo cual el tribunal acudió a la definición que entrega dicho estatuto legal en su artículo 2 y a la historia de la Ley n.º 19733. El tribunal consideró que la conducta del imputado promovió el odio, porque, a su juicio, la página de Internet, donde se mostraban las imágenes, tenía como finalidad promover el odio contra la diputada y la colectividad judía, ratificando su opinión, citando algunas frases que se encontraban junto con las imágenes.

Basado en la circunstancia que diversas conductas de incitación o instigación al odio quedarían fuera del texto acotado de dicha disposición, se han presentado diversos proyectos de ley que pretenden ampliar su persecución. Uno de ellos es el proyecto que tipifica el delito de incitación racial y religiosa, correspondiente al *Boletín* 7130-07, de agosto de 2010. Esta iniciativa no es la primera que se había presentado sobre esta materia³³.

El proyecto se inicia en una moción de la senadora Lily Pérez y de Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Guido Girardi y Mariano Ruiz-Esquide, en la cual proponen modificar el artículo 31 de la Ley n.º 19733 y el *Código Penal* agregando una gravante especial en el artículo 12 e incorporando un nuevo tipo penal correspondiente al numeral 140 bis. En la justificación del proyecto se alude a los tratados internacionales suscritos por Chile, los que le obligan a garantizar la dignidad de las personas y sus derechos esenciales, uno de los cuales sería el deber de no discriminar. A su juicio, no discriminación o igualdad puede verse afectada de diferentes maneras y que aquellas más graves deben ser sancionadas recurriendo al derecho penal. Agregan, que la protección que en Chile se materializa en el artículo 31 de la Ley n.º 19733, lo que resulta insuficiente por dos razones: en primer término, porque no tiene contemplada una pena privativa de libertad y en segundo lugar porque solo se refiere a las conductas realizadas a través de los medios de comunicación social³⁴. El proyecto no tiene movimiento legislativo desde el año 2015³⁵.

³² Considerando decimocuarto.

³³ En este sentido, se puede mencionar el proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica, *Boletín* n.º 2142-17 de 3 de marzo de 1998.

³⁴ Moción parlamentaria con la que se inicia el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, *Boletín* n.º 7130-07, de agosto de 2010, pp. 1-5.

³⁵ https://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7130-07 [fecha de consulta: Mayo de 2022].

El proyecto se acerca a la posición restrictiva en relación con la libertad de expresión, motivo por el cual la sanción no necesariamente va a afectar los casos más graves, sino de forma amplia. Lo expresado es criticable desde la libertad de expresión, cuyas restricciones o censura solo deben quedar establecidas para las infracciones más lesivas y siempre que trasciendan de la mera manifestación de ideas. A mayor abundamiento se coincide con Cristina Pauner que, refiriéndose al Tribunal Supremo Español, menciona cierta jurisprudencia española que ha expresado que debe evitarse que por esta vía se considere lícito limitar la libertad de expresión, producto de manifestaciones o expresiones que sean hirientes o molestas, ya que el derecho penal no está destinado para esos efectos. A este respecto la autora cita la siguiente sentencia:

“El derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/200, de 17 de enero)”³⁶.

Un segundo proyecto de ley que se relaciona con este tipo de ilícitos es el *Boletín* 11.424-17, que tipifica el delito de incitación a la violencia y que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional con fecha 19 de noviembre de 2020³⁷. El proyecto pretendía modificar el *Código Penal*³⁸, la Ley n.º 19733 y la Ley n.º 20393. El delito que se contempla en el proyecto para el *Código Penal* hace referencia a la “incitación de la violencia física”. Tras sucesivos cambios que se realizaron al proyecto, se incorpora la figura del negacionismo³⁹. El Tribunal en el capítulo I, afirma la inconstitucionalidad del proyecto de ley, debido a la existencia de un vicio formal, porque no se cumplió con el quórum calificado que exige el artículo 19 n.º 12 de la

³⁶ PAUNER (2011), p. 9.

³⁷ STC, rol n.º 9529. Un comentario a dicha sentencia puede leerse en ALVEAR (2021), *passim*.

³⁸ La propuesta de modificar el *Código Penal* es la siguiente: “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 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”.

³⁹ Se pretende incorporar un nuevo artículo 161-D en el *Código Penal*.

Constitución Política⁴⁰. En el capítulo III se refiere a la inconstitucionalidad del proyecto de ley en relación con la libertad de expresión. En el considerando quincuagésimo séptimo, expresa que la libertad de emitir opinión y de informar, se realizan sin censura previa, pero esto no obsta que se deba responder por los delitos que se comentan. Esto es especialmente relevante en la Constitución de 1980 que abandonó el concepto de democracia protegida, por lo que toda idea es posible de ser emitida, agregando que se:

“[...] garantiza que todas las ideas –aun las más irritantes, adversas o sorprendentes– puedan exteriorizarse porque así se permite el debate, el intercambio de puntos de vista, la libre crítica, la investigación científica, la libertad de cátedra y el diálogo que conduce a una opinión pública informada que es esencial para el desenvolvimiento de la democracia constitucional, sin llegar a cubrir el ‘discurso del odio’, en cuanto supone una incitación directa a la violencia”.

IV. CONCLUSIONES

La libertad de emitir opinión e información es esencial para el desarrollo de la persona y la sociedad. La conservación del discurso, la expresión de ideas, la ciencia, la revisión histórica de los fenómenos son muy relevantes. Por ello, eventuales restricciones deben ser las estrictamente necesarias para preservar la convivencia pacífica. En virtud de ello se participa de la idea de que para su limitación debe tenerse en consideración la lesividad de ciertos comportamientos en relación con el bien jurídico de igualdad, en su vertiente de no discriminación y solo respecto de los atentados más graves. Por ello resulta relevante constatar que la conducta prohibida no es la mera manifestación de ideas u opiniones, sino, más bien, que dicha expresión sea realizada con la finalidad de generar odio u hostilidad contra cierto grupo de personas. Lo contrario sería una lamentable reducción del discurso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCÁCER, RAFAEL (2012): “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, vol. V, n.º 14-02, pp. 2-32.
- ALVEAR, Julio (2021): “La sentencia del TC sobre el ‘negacionismo’: desclasificando una figura esperpéntica (STC rol 9529)”, en Alex VAN WEEZEL (ed.). *Sentencias des-*

⁴⁰ Considerando primero y ss.

- tacadas 2020, una mirada desde las políticas públicas* (Santiago, Ediciones L y D), pp. 59-82.
- BANDA, Alfonso (2002): "Algunas consideraciones sobre derecho a la información y ley de prensa". *Revista de Derecho*, vol. v, n.º XIII, pp. 123-145.
- BILBAO, Juan María (2008): "La negación del holocausto en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión". *Revista de Derecho Político*, vol. v, n.º 71-71, pp. 19-56.
- FISS, Owen (1996): "El efecto silenciador de la libertad de expresión". *Revista Isonomía*, vol. v, n.º 4: pp. 17-27.
- GÓMEZ, Víctor (2012): "Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión". *Revista Intersecciones*, vol. v, n.º 4, pp. 77-122.
- GONZÁLEZ, Manuel Ángel (2012): *Marco penal de las libertades de expresión, opinión e información* (Santiago, Librotecnia).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2013): "Discriminación y derecho penal. Comentarios a una ponencia de Emanuele Corn". *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. II, n.º 3, pp. 157-176.
- NOGUEIRA, Humberto (2004): "Pautas para superar las tensiones entre los derechos a la libertad de opinión e información y los derechos a la honra y la vida privada". *Revista de Derecho*, vol. v, n.º XVII, pp. 139-160.
- NOGUEIRA, Humberto (2012): "Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín N° 8049-17". *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. v, n.º 10-1, pp. 405-426.
- PAÚL, Álvaro (2001): "La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada". *Revista Chilena de Derecho*, vol. v, n.º 38-2, pp. 573-609.
- PAUNER, Cristina (2011): "La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC". *Revista de Estudios Europeos*, n.º 58, pp. 113-158.
- PÉREZ-MADRID, Francisca (2009): "Incitación al odio religioso o hate speech y la libertad de expresión". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. v, n.º 19, pp. 1-28.
- POLITOFF, Sergio (1999): "Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho comparado. (a la luz del proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica boletín 2142-17)". *Ius et Praxis*, vol. v, n.º 5-2, pp. 193-213.
- SALINEROS, Sebastián (2013): "La nueva agravante penal de discriminación: Los 'delitos de odio'". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLI, pp. 263-308.
- SILVA, Jesús-María (2003): *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid, Editorial Civitas).

TAPIA, Patricia (2021): "El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación". *Revista Política Criminal*, vol. 16, n.º 31, pp. 284-320.

WEBER, Anne (2009): *Manual on hate speech* (Strasbourg, Council of Europe Publishing).

Otros documentos

COUNCIL OF EUROPE: *Recommendation No. R (97) 20, of the committee of ministers to member states on «hate speech» (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997, at the 607th meeting of the Ministers Deputies)*, Disponible en www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp [fecha de consulta: Marzo de 2022].

Normas citadas

Constitución Política de la República de 1980.

Ley n.º 19733, sobre libertad de opinión e información y libre ejercicio del periodismo, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 4 de junio de 2001.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Declaración sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la religión o las Convicciones de 1981.

Declaración Universal del Derechos Humanos de 1948.

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas de 1948.

Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, *Boletín* n.º 7130-07, de agosto de 2010.