

## **Minuta para votación en particular: proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia**\*

**(Boletín 11.424-17, mensaje de la ex Presidenta Bachelet, primer trámite constitucional, sin urgencia)**

**RESUMEN:** El objetivo de esta minuta es explicar el contenido de los artículos del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia y exponer del modo más breve posible críticas a cada uno de ellos. Asumimos el punto de partida de que es un mal proyecto de ley, tanto desde el punto de vista técnico como ético y jurídico, y que en general constituye un atentado contra la libertad de emitir opinión y de informar. Cada uno de los artículos de este proyecto, a juicio nuestro, atenta contra la esencia de la libertad de emitir opinión e informar (y, en ciertos casos, también contra otros derechos) y, en todo caso, deberían exigir quorum calificado para su aprobación (y no sólo al artículo 2° del proyecto). Conviene, por tanto, que se haga reserva de constitucionalidad respecto de cada artículo.

### **I. Críticas aplicables a todo el articulado**

- Cada uno de los artículos de este proyecto, a juicio nuestro, atenta contra la esencia de la libertad de emitir opinión e informar. En otras palabras, todo el proyecto es inconstitucional (en virtud del artículo 19 N°26 de la Constitución, que señala que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, **no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio**”) y eso se puede ver en cada artículo, pues el proyecto en la práctica prohíbe la difusión de ciertas opiniones.
- Por otro lado, aun si no fuesen inconstitucionales, todos los artículos de este proyecto deberían requerir de quórum calificado para su aprobación, por establecerlo así el artículo 19 N°12 de la Constitución, que señala lo siguiente: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, **la que deberá ser de quórum calificado**”.

---

\* Vicente Hargous (+56996615294 - [vhargous@comunidadyjusticia.cl](mailto:vhargous@comunidadyjusticia.cl)), septiembre de 2020.

- Conviene, por tanto, que se haga reserva de constitucionalidad respecto de cada artículo.

## II. Artículo 1, modificaciones al Código Penal

### 1) Crea un nuevo párrafo 6

#### *“§6. De la incitación a la violencia y al odio”*

- La incorporación de la incitación al odio se inmiscuye en un ámbito al que la legislación penal no le incumbe, según dice el famoso aforismo, *cogitationis poenam nemo patitur*, es decir, nadie padece una pena por el pensamiento. La ley no debe castigar a nadie sino por hechos exteriores. Existe unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia en la materia, tanto en Chile como en otros países. Siendo el odio un aspecto interno, subjetivo, no corresponde al Estado sancionarlo, ni tampoco la incitación al mismo, que en cierto modo es como accesoria a él (de modo parecido a la inducción a cometer un delito).

### 2) Crea nuevo artículo 161-C en el Código Penal

*“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 etnia, pueblo, nacionalidad, ideología, opinión o afiliación política o deportiva, religión o creencia, visión filosófica, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, enfermedad o discapacidad, siempre que dicha incitación perturbe el orden público o bien impida, obstruya o restrinja de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte de él o los ofendidos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de veinte a cuarenta unidades tributarias mensuales (...).”*

- Frente a este texto cabe señalar que este tipo no cumple con los niveles de determinación que exige el **principio de tipicidad de los delitos**. Violencia física no determina con suficiente **precisión** un resultado determinado (por ejemplo, ¿se entiende que sólo las lesiones graves cumplen con ese estándar, o también las menos graves, o incluso algo menos dañoso? No queda claro).
- El proyecto no castiga los actos que causen el resultado lesivo, sino la mera incitación a él, como una suerte de inducción mucho más vaga e indeterminada. Hoy **ya**

**existen sanciones al que induce a otro a cometer delitos como las lesiones o los daños.** Por tanto, esta norma sólo tendría sentido si se entiende que la “incitación a la violencia” fuese más indeterminada que la inducción a delinquir. Castigar esto no pasa de ser un atropello a la libertad de emitir opinión e informar.

- Sorprende que ciertos parlamentarios que promueven y apoyan expresamente este proyecto sean precisamente quienes llamaron abiertamente a la violencia física en octubre del año pasado.

### 3) Crea nuevo artículo 161-E en el Código Penal

*“Artículo 161-D.- Será sancionado con la pena establecida en el artículo anterior aquel que públicamente, o **a través de cualquier medio** apto para su difusión pública, **incitare directamente al odio** en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en motivos tales como la raza o etnia, nacionalidad, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, y enfermedad o discapacidad, siempre que dicha incitación perturbe el orden público, o bien impida, obstruya o restrinja de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte del o los ofendidos. A este delito le será aplicable la pena señalada en el inciso primero del artículo anterior, y asimismo le será aplicable el aumento consignado en el inciso segundo del mismo artículo.*

*Las personas que emitan opiniones en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales señalados en el artículo 2°, inciso tercero, de la ley N°20.609, no podrán ser sancionadas en conformidad con la presente disposición.”*

- Si la incitación a la violencia física ya es indeterminada, en este caso es mucho peor. ¿Qué significaría incitar al odio? Por otro lado, qué sentido tendría distinguirla de la incitación a la violencia física si a la vez se exige una perturbación al orden público, o bien, una vulneración en los derechos del ofendido. El artículo es **confuso e indeterminado**.
- La incitación al odio es accesoria al odio mismo, que es algo que no puede castigarse. Como señalamos más arriba, la ley se inmiscuiría en un ámbito que no le incumbe, pues no pueden castigarse los pensamientos, sino sólo los hechos exteriores. **Siendo el odio un aspecto interno, subjetivo, no corresponde al Estado sancionarlo**, ni tampoco la

incitación al mismo, que en cierto modo es como accesoria a él (de modo parecido a la inducción a cometer un delito).

#### 4) Crea nuevo párrafo 7 y un nuevo artículo 161-E en el Código Penal

*“7. Del negacionismo y otros delitos contra la honra y dignidad de las personas.*

*Nuevo Artículo 161-E. El que a través de **cualquier medio justificare, aprobar o negare** las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la **dictadura cívico militar** ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, consignadas en el **Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, en el Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura; y en el Informe de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, sin perjuicio de los posteriores informes que sean reconocidos por el Estado sobre la materia, siempre que dichos actos perturben el orden público o bien impidan, obstruyan o restrinjan de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte de él o los ofendidos, serán castigados con la pena de **presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales (...).**”***

- Este artículo es **totalitario** y eso debe decirse con claridad. Es absolutamente desproporcionado castigar con penas de presidio (cárcel) a una persona por su opinión. Aquí se aprecia con toda claridad el atentado directo contra la **libertad de emitir opinión (art. 19, N°12, CPR)**. Si bien la Constitución incluye los delitos como una excepción, claramente se refiere a las conductas que ameritan castigo, como las injurias o calumnias. Este delito, por el contrario, castiga opiniones disidentes de la visión oficial del Estado. Además, es absolutamente **contrario a la esencia de este derecho, que no puede afectarse, de acuerdo con el artículo 19 N°26.**
- La fórmula “aprobar o negare” es ambigua. Sería más preciso decir “justificare o afirmare su inexistencia”.
- Además, atenta directamente contra las libertades de cátedra, investigación y enseñanza. Se prohibiría a los mismos historiadores estudiar estas materias y publicar sus trabajos, si fuesen contrarios a la ‘visión oficial’ del Estado, y lo mismo respecto de enseñar posturas contrarias.

- A diferencia de ciertas indicaciones presentadas (como una presentada por el diputado Schalper) el texto del proyecto es absolutamente sesgado, pues solamente castiga el negacionismo de ciertas violaciones a los derechos humanos, pero no otras. Una norma neutral seguiría siendo contraria a la libertad de emitir opinión, pero al menos no establecería una verdad histórica como texto inamovible o cuasi sagrado, desde una visión única dada por el Estado.

### III. Artículo 2°, deroga el artículo 31 de la ley 19.733, sobre libertad de prensa

El artículo que se propone derogar hoy dice lo siguiente:

*“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.”*

- Como puede verse, este artículo representa una razonable limitación a la libertad de prensa y de los medios de comunicación en general (no para todas las personas): castigar, bajo pena únicamente de multa, la promoción del odio racial, sexual, religioso o nacional, realizada a través de publicaciones o transmisiones.
- Esta norma **muestra que el proyecto de ley en discusión es innecesario** respecto de los casos más graves de promoción del odio.

### IV. Artículo 3°. Modifica la ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas

- Las modificaciones propuestas pretenden hacer responsables a las personas jurídicas no sólo de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho (que son los únicos delitos por los que hoy responden), sino también los nuevos delitos establecidos en este proyecto.
- La **responsabilidad penal de personas jurídicas es un asunto penalmente muy complejo**: dado que las personas jurídicas no tienen voluntad, estas normas en realidad establecen una suerte de ficción que las hace imputables por excepción y sólo respecto de ciertos

delitos. En los delitos en que hoy son responsables normalmente la persona jurídica forma parte esencial del hecho, de manera tal que es como indisoluble, o al menos fue un medio de comisión de enorme relevancia, o se puede probar solamente la relación del delito con la persona jurídica. En los delitos que este proyecto pretende establecer (de odio, de negacionismo o de incitación a la violencia) ello no es así.

- Estas propuestas de normas solamente **pretenden censurar, de manera propia de gobiernos totalitarios**, limitando la libertad no sólo de las personas individuales, sino también de las personas jurídicas (incluyendo a los periódicos, lo que **atenta contra la libertad de prensa**, consagrada en el artículo 19 N°12, de lo que **se desprende con claridad la inconstitucionalidad** de este artículo).
- Esta modificación, además, **atenta directamente contra las libertades de enseñanza y de culto** (artículo 19 N°s11 y 6). Las escuelas y colegios no podrían enseñar ideas contrarias a las señaladas en este proyecto, fijando ciertos contenidos históricos como si fuesen verdades dogmáticas y, además, prohibiendo ciertas enseñanzas. **Ambos derechos, por lo demás, no tienen limitaciones, según la Constitución** (salvo la moral, las buenas costumbres y el orden público, respecto de la libertad de cultos, y también la seguridad nacional respecto de la libertad de enseñanza). **Esto es particularmente complejo respecto de algunas enseñanzas cristianas sobre materias morales<sup>1</sup>**. Podemos concluir, entonces, que se atentaría directamente contra estos derechos, afectándolos en su esencia, lo que **los hace inconstitucionales, en virtud del artículo 19 N°26 de la Constitución**.

#### V. **Artículo 4. Modifica el artículo 3° de la ley 20.609 (ley Zamudio)**

*“Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria o la incitación a la misma a través de cualquier medio apto para la publicidad, podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de*

---

<sup>1</sup> Al respecto, puede verse el punto 2357 del Catecismo de la Iglesia Católica. Los pasajes bíblicos que podrían citarse son muchísimos, tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento, pero quizás baste con referirnos a I Cor. 6, 9-10 y I Tim. 1, 9-10. Todo esto podría llegar a decirse que sería incitación al odio... ¿significa eso que se prohibirían ciertas enseñanzas cristianas en las escuelas y otros establecimientos?

letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión”.

- Esta modificación **generaría múltiples incoherencias en la ley que establece medidas contrarias a la discriminación (ley Zamudio)**. Esta ley no está pensada como una ley de incitación al odio, sino como una ley de discriminación efectiva que vulnera algún otro derecho en el afectado. Una modificación así haría incoherentes todos los límites establecidos en esa ley. **El asunto es complejo y requeriría entrar en los detalles de esa ley en su totalidad**, cuyas aristas son delicadas y se consensuaron después de mucho esfuerzo legislativo (sobre todo las limitaciones para demandar).
- Aunque se quisiese incorporar este aspecto en la ley contra la discriminación, parece que el camino más razonable para conseguirlo sería incorporando este aspecto en el proyecto que modifica esta ley que se está tramitando en el Senado (**Boletín 12.748-17**). Es más, nos parece que este artículo coincide con las ideas matrices o fundamentales de dicho proyecto, por lo que **no corresponde tramitarlo en el presente proyecto**.
- Por último, corresponde decir que de este modo se podría castigar dos veces un mismo hecho, por una razón muy semejante (lo que además **mostraría, una vez más, lo innecesario que es este proyecto** respecto de los casos más relevantes). **La ley que establece medidas contrarias a la discriminación (ley Zamudio) ya prevé sanciones** a quienes sean discriminados por motivo de pertenecer a alguna de las llamadas ‘categorías sospechosas’. Esa ley, sin embargo, no castiga la mera manifestación de opinión, sino la vulneración de algún derecho como producto de una discriminación, lo que **lo hace mucho más proporcionado y razonable**.