



Tipificación de la incitación a la violencia

Estándar internacional y tipo penal

Autor

Matías Meza-Lopehandía
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Equipo de trabajo

Juan P. Cavada

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, en el marco de la discusión del "Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación a la violencia" (Boletín N° 11424-17)

N° SUP: 118241

Resumen

La incitación a la violencia es una forma de discurso del odio. En tanto tal, el derecho internacional de los derechos humanos la trata como un límite a la libertad de expresión, pero de particular gravedad. Por lo mismo, ordena que esté prohibida por ley.

En el ámbito universal, esta prohibición alcanza también otras formas de discurso de odio, como la incitación a la discriminación y a la hostilidad, y en materia de racismo, el mandato es la penalización no solo de la incitación a la violencia racial, sino también de la incitación a la discriminación racial y la difusión de ideas racistas.

El proyecto de ley, tanto en su versión original, como en las indicaciones del Ejecutivo, propone la tipificación de la incitación a la violencia, aludiendo a la Ley Zamudio como forma de cumplimiento de la prohibición de otros tipos de discurso del odio, pero sin abordar la cuestiones relativas al racismo.

En cuanto al tipo penal, el proyecto original propone incorporarlo en el Código Penal, aunque su ubicación puede generar problemas de interpretación en relación con el bien jurídico protegido. Por su parte, la segunda propuesta no interviene el Código, sino que incorpora la figura en una ley especial.

Se identifican cinco elementos del tipo: la incitación (i) debe ser pública; (ii) debe ser directa (iii) debe inducir a ejercer violencia; (iv) debe llamar a atacar a un grupo o sus miembros; y (v) el ataque debe basarse en alguna de las categorías mencionadas. Los alcances de cada uno de ellos son analizados en el cuerpo del informe.

Introducción

El presente informe analiza parte del "Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación a la violencia" (Boletín N° 11424-17) a la luz de los estándares internacionales en la materia. Esta primera entrega se concentra en la tipificación propuesta en el el proyecto original presentado por el Gobierno en 2017, y las indicaciones presentadas por el Ejecutivo en noviembre de 2018¹.

¹ Oficio N° 173-366 de 5 de noviembre de 2018.

La primera sección analiza el estándar internacional, en particular sus desarrollos en el sistema universal e interamericano. El segundo apartado aborda las dos versiones de tipo pena propuesta, sus puntos comunes y divergencias.

I. Libertad de Expresión e incitación a la violencia en el derecho internacional

La libertad de expresión está consagrada en los principales tratados internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales². En cada sistema, su ejercicio está sujeto a eventuales restricciones, las cuales varían en amplitud e intensidad³.

En el caso del sistema universal de derechos humanos y su contrapartida interamericana, sus instrumentos fundamentales, esto es, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), contienen disposiciones que regulan las limitaciones a la libertad de expresión en forma genérica, y también en forma específica respecto de la proscripción de la incitación a la violencia. También la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece medidas explícitas en esta materia.

Todos estos tratados están vigentes y han sido ratificados por Chile.

A continuación se analiza su alcance a partir de la interpretación y aplicación de los mismos que han hecho los organismos de control y la Corte Interamericana (CtIDH) respectivamente.

1. Sistema Universal de Derechos Humanos

1.1. Libertad de expresión y prohibición de discursos de odio

El artículo 19 del PIDCP reconoce el derecho de toda persona a la libertad de expresión, lo que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información de cualquier índole y por cualquier medio. Asimismo, reconoce que su ejercicio puede estar sujeto a ciertas restricciones, las que siempre deben estar establecidas por ley y deben ser necesarias para (a) “[a]segurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”; o para (b) “[l]a protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”⁴.

Como se ha señalado más arriba, el PIDCP contiene una disposición explícita relativa al discurso del odio, inmediatamente después de reconocer el derecho a la libertad de expresión y sus límites:

² Cfr. art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 9 Carta Africana de Derechos Humanos

³ Así, por ejemplo, la Carta Africana de Derechos Humanos reconoce el "derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley" (art. 9.2), dejando así, al menos en principio, un amplio margen para imponer limitaciones. Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) admite aquellas restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática, con diversas finalidades, aunque establecidas taxativamente: (i) la seguridad nacional, (ii) la integridad territorial (iii) la seguridad pública; (iv) la defensa del orden y la prevención del delito, (vi) la protección de la salud o de la moral, (vii) la protección de la reputación o de los derechos ajenos, (viii) impedir la divulgación de informaciones confidenciales; o (ix) garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial (art. 10.2).

⁴ Art. 19.3 PIDCP.

Artículo 20 [...] 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.

Como se aprecia, la disposición contiene un mandato de prohibición legal de la apología del odio en tres hipótesis: cuando incite (i) a la discriminación contra ciertos grupos; (ii) a la creación de un ambiente hostil en su contra; y (iii) a la violencia⁵.

Los artículos 19 y 20 están estrechamente vinculados. El propio CCPR ha señalado que sus disposiciones son compatibles y complementarias, pues los actos del artículo 20 constituirían versiones extremas de las causales de restricción contenidas en el art. 19.3. La diferencia entre uno y otro tipo de limitaciones a la libertad de expresión, es que respecto de las del artículo 20, el Pacto ordena una medida concreta: prohibirlas por ley⁶. En cualquier caso, "las limitaciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir el párrafo 3 del artículo 19"⁷, esto es, estar establecidas por ley, y ser necesarias para proteger derechos de terceros o los bienes jurídicos indicados.

1.2. Prohibición de incitación al racismo y a la violencia racista

En el ámbito universal, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR) establece como una medida fundamental en la lucha contra el racismo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para eliminar la incitación a la discriminación racial⁸. Con esa finalidad, la Convención exige que se adopte, entre otras medidas, la criminalización de ciertas conductas: (1) la difusión de ideas racistas y (2) "toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico"⁹. De esta manera, este segundo grupo exige la penalización de (i) la incitación a la discriminación racial; (ii) la incitación a la violencia racial; (iii) los actos de violencia racial.

Conforme a lo señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), organismo encargado de la vigilancia de la aplicación del instrumento homónimo, esta prohibición alcanza las diferentes formas que puede adoptar el discurso de odio racista, incluyendo aquellas indirectas o disimuladas¹⁰. Asimismo, la prohibición incluye el discurso de odio dirigido contra grupos etnoreligiosos, pero no habilita la prohibición o sanción de la crítica a dirigentes religiosos o a la doctrina o dogmas religiosos¹¹.

⁵ Díaz, 2015.

⁶ CCPR, 2011:párr. 51

⁷ CCPR, 2011:párr. 50.

⁸ De acuerdo al CERD, esta caracterización de este deber como "fundamental" se dio en el proceso de adopción del instrumento (CERD, 1993 y 2013a)

⁹ Art. 4 CEDR.

¹⁰ CERD, 2013a: párr. 7.

¹¹ CERD, 2013a: párr. 6. Díaz (2015:83) apunta en el mismo sentido al afirmar, basándose en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, que existe "un mayor margen para la discusión de los asuntos religiosos que de cuestiones de carácter racial o étnico", puesto que la mera difusión de ideas racistas está prescrita, mientras que las críticas contra una religión solo son censurables "cuando estén encaminadas a la exclusión social de un determinado

Como puede apreciarse, el sistema internacional es más exigente respecto del discurso de odio racial que respecto del discurso de odio en general. Este último debe estar prohibido por ley, mientras que su variante racista debe estar prohibida mediante un mecanismo específico: la sanción penal. Además, el discurso de odio racial debe ser castigado aun en su forma de pura difusión, mientras que respecto de sus formas no raciales, se exige que dicho discurso constituya una forma de incitación a la discriminación, hostilidad o violencia para que deba prohibirse.

El Comité, también entrega orientación respecto a las cuestiones contextuales que deben ser consideradas al tipificar las conductas penadas, con miras a evitar que estas figuras se utilicen abusivamente, en desmedro de la libertad de expresión. A continuación se reproducen *in extenso* dichas orientaciones:

El contenido y la forma del discurso: si el discurso es o no provocativo y directo, la forma en que está construido y es difundido y el estilo en que se expresa.

El clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso, incluida la existencia de pautas de discriminación contra grupos étnicos y otros grupos, como los pueblos indígenas. Los discursos que resultan inocuos o neutrales en un contexto pueden adquirir connotaciones peligrosas en otro: en sus indicadores sobre el genocidio, el Comité puso de relieve la importancia de las condiciones locales al valorar la significación y los posibles efectos del discurso de odio racista.

La posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso. El Comité ha señalado repetidamente la influencia de los políticos y otros formadores de opinión pública en la creación de un clima negativo respecto de los grupos protegidos por la Convención, y ha alentado a esas personas y entidades a adoptar actitudes positivas encaminadas a promover la comprensión y la armonía entre las culturas. El Comité es consciente de la especial importancia de la libertad de expresión en los asuntos políticos, y también de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales.

El alcance del discurso, con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión: si el discurso se difundió o no en medios de comunicación generales o en Internet y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.

Los objetivos del discurso: el discurso encaminado a proteger o defender los derechos humanos de personas y grupos no debe ser objeto de sanciones penales o de otro tipo¹².

Cabe hacer presente que un motivo de preocupación recurrente del CERD respecto de la situación en Chile, ha sido la falta de tipificación de las conductas descritas en el artículo 4° de la Convención. En este sentido, en las observaciones finales relativas al último Informe Periódico del Estado de Chile sobre el cumplimiento de la Convención respectiva, reiteró

[...] su preocupación ante la falta de legislación interna plenamente conforme al artículo 4 de la Convención que tipifique como acto punible toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, todo acto de violencia con motivación

grupo religioso".

¹² CERD, 2013a: párr. 15

racial así como la participación en organizaciones o actividades que inciten a la discriminación racial¹³.

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) aborda la libertad de expresión y sus restricciones, otorgándole a la primera un "altísimo valor" según las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴. Esta ha señalado que sus disposiciones, en contraste con las del PIDCH y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, "fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas"¹⁵.

A diferencia de los dos pactos mencionados por la Corte, el artículo 13 de la CADH prohíbe explícitamente la censura previa y las restricciones indirectas a la libertad de expresión, admitiendo únicamente la imposición por ley de responsabilidades *ex post*, siempre y cuando estas sean necesarias para asegurar (i) el respecto de los derechos o reputación de terceros; o (ii) la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas.¹⁶ La Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado que estos últimos bienes jurídicos deben ser entendidos como protecciones al orden democrático, por lo que no pueden ser invocados para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real a un derecho establecido en la CADH¹⁷.

En materia de incitación al odio, la CADH dispone:

13. [...] 5. Estará prohibida por la ley [...] toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

A diferencia del PDICP, donde la violencia es una de las hipótesis de incitación entre otras, en la CADH la violencia es la hipótesis de incitación principal, desde la cual se definen las otras acciones ilegales similares que pueden configurar la conducta prohibida. En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión ha señalado que "la violencia es un requisito para cualquier restricción" a la libertad de expresión¹⁸. Incluso ha ido más allá, al afirmar que la doctrina y jurisprudencia internacional exigen que el castigo de la incitación a la violencia se basa en prueba objetiva de que existe una "clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos", y no simplemente la emisión de una opinión¹⁹. De esta manera, el discurso que aboga por la exclusión de ciertos grupos por medios no violentos no quedaría cubierto por esta prohibición, por lo que solo podrían ser tratadas a través de la imposición de responsabilidades *ex post*.

¹³ CERD, 2013b. En el mismo sentido las observaciones finales de 2009 (CERD/C/CHL/CO/15-18), 2001 (CERD/C/304/Add.81) y 1993 (A/47/18(SUPP) paras. 200-223).

¹⁴ CtIDH, 1985:párr. 50.

¹⁵ CtIDH, 1985:párr. 50.

¹⁶ CIDH, 2004.

¹⁷ CIDH, 2010: parr. 58.

¹⁸ CIDH,2004:cap. VII, párr. 46..

¹⁹ CIDH, 2010: párr. 58.

A pesar de las diferencias entre los cuerpos normativos, las Relatorías de Libertad de Expresión del sistema interamericano, europeo y universal, han mantenido una práctica de elaborar declaraciones conjuntas. Respecto del tratamiento de los discursos de odio, están de acuerdo en que las medidas que se adopten deben ser previstas por ley, servir a un fin legítimo establecido en el derecho internacional, y ser necesarias para alcanzar tal fin. Además, han agregado que (i) nadie debe ser penado por decir verdad; (ii) el castigo solo procede cuando exista la intensión de incitación; (iii) debe respetarse el derecho de periodistas a elegir el modo en que informan al público sobre racismo e intolerancia; (iv) no debe existir censura previa; y (v) toda sanción debe ser proporcional²⁰.

II. Tipo penal del Proyecto de ley que tipifica la incitación a la violencia

Conforme al Mensaje del proyecto, este busca la penalización de la apología del odio "que constituya una incitación de tal magnitud que pueda desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar"²¹.

El Mensaje invoca las obligaciones emanadas tanto del PIDCP como de la la CIEDR y la CADH²², pero el proyecto utiliza el lenguaje de este último tratado. Como se verá, el articulado se limita a tipificar la incitación a la violencia, sin establecer medidas para prohibir otras formas de discurso de odio, como la incitación a la discriminación o la hostilidad contempladas en el PDICP. El propio mensaje reconoce lo anterior, señalado que para la incitación a la discriminación u hostilidad, "existen mecanismos menos severos en el ordenamiento jurídico, que también constituyen un reproche legal"²³. Más adelante menciona la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, y en particular, la acción judicial que permite corregir la acción u omisión discriminatoria y multar a las personas directamente responsables²⁴. A esto se puede añadir la Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena, que sanciona con multa la "discriminación manifiesta e intencionada en contra de lo indígenas, en razón de su origen y su cultura"²⁵. Lo anterior podría cumplir con las obligaciones del PDICP, sin embargo, la tipificación de la incitación a la discriminación racial y de la difusión de ideas racistas, exigida por la CIEDR, quedaría pendiente.

Como se ha señalado, existen dos propuestas del Ejecutivo para tipificar la incitación a la violencia; Una, contenida en el proyecto original de 2017, y la otra, en las indicaciones presentadas en noviembre de 2018. Cada propuesta contiene una tipificación propia, que comparte sus elementos centrales, aunque tienen matices. Tanto los elementos comunes a ambas tipos propuestos, como sus elementos distintivos se analizan a continuación.

La Tabla N° 1 presenta el tipo penal propuesto en el proyecto original y en la segunda propuesta.

²⁰ CIDH, 2004.

²¹ Boletín 11424-17:4

²² Además, se refiere a normas genéricas sobre prohibición de la discriminación contenidas en la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus familias.

²³ Ídem.

²⁴ Art. 13 Ley 20.609.

²⁵ Art. 8 Ley 19-253.

Tabla N° 1. Propuestas de tipificación del Ejecutivo

Propuesta proyecto original	Segunda propuesta
<p>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.</p>	<p>Artículo 1°.- Delito de incitación a la violencia física. El que maliciosa y públicamente, incitare directamente al uso de 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, nación, raza, etnia o grupo social, sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad será sancionado con la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p>

Fuente: elaboración propia

1 Ubicación del tipo

El proyecto original propone la inclusión de un nuevo artículo 161-C al Código Penal, en su título III dedicado a los "Crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución". La ubicación de un tipo penal es relevante porque ayuda a esclarecer el bien jurídico protegido, y así, establecer su alcance en un caso concreto.

La elección del Título III parece enfatizar que la incitación a la violencia supone un atentado a los derechos fundamentales²⁶, en vez de otros bienes jurídicos como podría ser la paz pública²⁷. Sin embargo, la numeración propuesta sitúa el nuevo tipo en el párrafo § 5, referido a los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia²⁸, lo que parece oscurecer cuál es el bien protegido por el tipo, que bien podría ser el principio de igualdad y no discriminación y la integridad física y síquica. Esta opción podría explicarse por la falta de un párrafo más apropiado, lo que podría requerir que el proyecto creara un apartado especial para incluir el delito de incitación a la violencia.

Por su parte, la segunda propuesta modifica el artículo 1 del proyecto original sustituyendo su artículo 1, que contiene su encabezado y el numeral 161-C por un artículo 1°, de manera que no se trata de una modificación al Código Penal, sino que de una ley especial.

²⁶ La propuesta recuerda el modelo español que ubica el tipo de incitación al odio en la 1a sección dedicada a los "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, ubicado a su vez, en el Capítulo IV, sobre "delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas" (art. 510). De un modo similar, Por ejemplo, el Código Penal boliviano incluye el delito de incitación al odio en el capítulo VI sobre los delitos contra la dignidad del ser humano, contenido en el título VIII que incluye también los delitos contra la vida y la integridad corporal (art. 281 quarter).

²⁷ Es la opción adoptada por el legislador penal en Uruguay, donde se tipifica la incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas en el Capítulo I del Título III, sobre los "delitos contra la paz pública" (art. 149 bis).

²⁸ Aquí se encuentran los ilícitos relativos a la interceptación y difusión de comunicaciones privadas (cfr. art. 161-A y 161-B)

2. Conducta típica

2.1. Aspectos comunes

En ambas propuestas, el verbo rector es incitar, esto es, "inducir con fuerza a alguien a una acción"²⁹. Tal incitación debe ser pública y orientarse directamente a la violencia física contra un grupo de personas o sus miembros en función de ciertos criterios prohibidos. De esta manera, el tipo está restringido por cinco elementos: la incitación (i) debe ser pública; (ii) debe ser directa (iii) debe inducir a ejercer violencia; (iv) debe llamar a atacar a un grupo o sus miembros; y (v) el ataque debe basarse en alguna de las categorías mencionadas.

(i) Incitación pública

El tipo exige que se trate de una conducta pública. Naturalmente, esto excluye la incitación a la violencia hecha en contextos privados. Esto parece explicarse porque se trataría de un delito de peligro abstracto, y en principio, la incitación privada resultaría menos peligrosa que la incitación pública para el bien jurídico protegido, esto es, los derechos fundamentales. Además, la incitación privada a la violencia que desemboque en violencia efectiva, quedaría cubierta por los tipos penales que sancionan la violencia o sus resultados.

Aunque ni la CADH, ni el PIDCP ni el CIEDR se refieren al carácter público de la incitación, el CERD sí ha mencionado en sus pautas de tipificación, la consideración a si el mensaje es difundido o no, el tipo de audiencia, los medios de transmisión y si fue o no difundido en medios de comunicación generales.

(ii) Incitación directa

Ambos proyectos exigen que la incitación a la violencia física sea directa³⁰. El mensaje del proyecto original no explica el alcance de esta calificación, pero su sentido natural apunta a excluir los discursos que inciten indirectamente a la violencia física.

Al exigir que se trate de una incitación directa, se pueden estar excluyendo discursos de odio que sin ser explícitos, inciten a la violencia. En este sentido, en las orientaciones del CERD para la tipificación del delito de incitación a la violencia racial, se señala que el clima económico, social y político debe ser considerado pues los "discursos que resultan inocuos o neutrales en un contexto pueden adquirir connotaciones peligrosas en otro"³¹.

Aquí cabe recordar que tanto la CADH como el PIDCP establecen claramente que la prohibición se dirige a "*toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia*"³². La CIEDR es más amplia, pues se refiere a "*toda incitación a cometer tales actos [de violencia racista]*"³³. En otras palabras, los instrumentos internacionales no distinguen entre incitación directa e indirecta.

²⁹ RAE, 2014.

³⁰ La indicación propone una redacción ligeramente distinta: se refiere a incitar "directamente *al uso de la violencia física*"

³¹ CERD, 2013a: párr. 15.

³² Arts. 13.5 y 20.2 respectivamente.

³³ Art. 4a CIEDR.

(iii) Incitación a la violencia física

Al tratarse de un tipo penal que sanciona la inducción directa a ejercer violencia física, la propuesta excluye del tipo otras formas de discurso de odio, como la incitación a la hostilidad o a la discriminación. Cabe recordar la CADH solo se refiere a la incitación a la violencia, pero el PIDCP sí menciona la incitación a la hostilidad o a la discriminación. Sin embargo, ambos instrumentos exigen que estas se prohíban por ley, lo que no supone necesariamente tipificar la conducta. Así, en la medida en que otros cuerpos normativos, como las citadas Ley Zamudio o la Ley de Desarrollo Indígena, contengan prohibiciones legales de este tipo de conductas, el estándar internacional podría estar satisfecho. El problema, como se ha indicado arriba, es que la CIEDR sí exige la tipificación de diversas conductas, incluyendo, además de la incitación a la violencia (racial), la incitación a la discriminación racial y la difusión de ideas racistas.

(iv) Incitación a atacar grupos o sus miembros

En cuarto lugar, la incitación debe estar dirigida contra un grupo o contra un miembro de éste en función de su pertenencia a ciertas categorías sospechosas. De esta manera, la combinación de orientación de la violencia (dirigida a grupos o miembros de éstos) y fundamento (por su pertenencia a éstos grupos), excluye del tipo aquellos llamados a la violencia con otro objetivo, como puede ser los motines, la huelga o la insurrección política, sin perjuicio que estas conductas puedan configurar otros ilícitos.

(v) Ataque basado en categorías sospechosas

Aunque las propuestas difieren en las categorías en que se funda el llamado a la violencia, siendo la segunda propuesta más abarcadora que la primera, las dos están redactadas de manera taxativa. Esto implica que una incitación a la violencia basada en un criterio no explicitado podría quedar fuera del tipo penal, o requeriría de una interpretación amplia para ser incluida en aquel, la que podría atentar contra el principio de legalidad³⁴. Por lo mismo, la opción por una lista taxativa requiere de un análisis muy riguroso respecto de las conductas que quedarían fuera del tipo.

En este punto, cabe tener presente que la CADH establece la obligación legal de prohibir legalmente la incitación a la violencia por cualquier motivo, mencionando la raza, color, religión, idioma u origen nacional solo a un modo ejemplar. Por su parte, la PIDCP no menciona motivos, solo ordena prohibir la incitación a la violencia.

La tabla N° 2 presenta los criterios incluidos en ambas propuestas con sus variantes entre paréntesis, y aquellos que solo están incluidos en la segunda propuesta.

³⁴ Piénsese, por ejemplo en la afiliación política, que no está incluida en ninguno de las dos propuestas. Esta podría quedar subsumida en la categoría "creencias de la víctima" (aunque parece referirse a creencias religiosas o espirituales) del proyecto original, o en "opinión política" de la segunda propuesta. Ahora bien, una persona puede militar en una organización política por razones distintas a sus creencias u opiniones políticas, y más importantes aun, un tercero puede llamar a atentar contra los miembros de un partido político, no por su ideario, si no que, por ejemplo, porque constituyen una amenaza para la permanencia en el poder de otro partido.

Tabla N° 2. Criterios prohibidos para la incitación a la violencia

Criterios incluidos en ambas propuestas	Raza, sexo, orientación sexual, identidad de género, origen étnico (o etnia), origen nacional (o nación), religión o creencias.
Criterios incluidos solo en la segunda propuesta	Ideología, opinión política, religión o creencias, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad

Fuente: elaboración propia

2.1. Divergencias

(i) Medios de comisión

El proyecto original establece dos medios alternativos de comisión: (a) realizar públicamente la incitación; y (b) a través de cualquier medio apto para su difusión pública. El primero ya fue analizado a propósito de los aspectos comunes, pero el segundo solo está incluido en el proyecto original. El mensaje no explicita las razones de esta segunda modalidad, pero parece apuntar a cubrir la difusión a través de tecnologías de la información y comunicación (TIC), lo que parece alineado con las recomendaciones de tipificación del CERD, arriba citadas. Ahora bien, el proyecto no castiga al que "difunda" maliciosamente por cualquier medio apto para ello una incitación a la violencia, sino que basta que el mensaje esté contenido en un medio apto para la difusión pública. Como además la propuesta original no exige dolo directo, el tipo podría extenderse a formas de incitación a la violencia privadas³⁵.

(ii) Dolo directo o dolo eventual

Otra diferencia entre ambas propuestas a nivel de tipo penal, es que la segunda exige dolo directo ("el que *maliciosamente* y públicamente, incitare [...]"), esto es, que la conducta solo se castiga cuando el agente tiene la intención de realizar el tipo objetivo, incluyendo todas sus consecuencias, y no cuando existe dolo eventual, esto es, cuando la realización del tipo penal es solo una posibilidad que el agente no persigue pero reconoce como posible³⁶.

³⁵ Por ejemplo, compárese la realización de un vídeo con un mensaje de incitación a la violencia contra los inmigrantes, hecho con la finalidad de subirlo a la plataforma *Youtube* para su viralización, con el mismo vídeo grabado con la finalidad de compartirlo privadamente y luego es difundido por terceros. En el segundo caso, el castigo penal recaería sobre el primero si tuvo dolo eventual, y no sobre quien lo difundió.

³⁶ Por ejemplo, bajo determinados contextos sociales y políticos, un discurso religioso podría constituir una incitación a la violencia. Quien lo pronuncia tiene la intención de transmitir un mensaje religioso, pero se representa que el mensaje puede ser mal interpretado por la audiencia como una incitación a la violencia y, a pesar de ello, decide pronunciarlo. Si el sólo se sanciona al que "maliciosamente" incite a la violencia, entonces esta conducta no realiza el tipo subjetivo.

(iii) Categorías sospechosas

Como se indicó más arriba, aunque ambas propuestas establecen una lista cerrada de fundamentos de la incitación a la violencia, la segunda propuesta es más comprensiva, porque además de los establecidos en el proyecto original, agrega la ideología, opinión política, religión o creencias, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad (ver tabla n° 2).

Bibliografía

- BCN. (2016). Proyecto de Ley de Memoria Histórica: legislación extranjera y derecho internacional. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/27oz0> (noviembre, 2018).
- BCN. (2018). Historia de la Ley N° 20.587 Modifica el Régimen de Libertad Condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de Trabajos Comunitarios [pdf; documento generado el 08-Julio-2018]. Disponible en: <http://bcn.cl/27tpf> (noviembre, 2018)
- Boletín N° 11424-17 (2017). Tipifica el delito de incitación a la violencia. Disponible en: <http://bcn.cl/27r2q> (noviembre, 2018)
- CCPR. (2011). Observación General N.º 34. CCPR/C/GC/34. Disponible en: <http://bcn.cl/27phd> (noviembre, 2018).
- CERD. (2013a). Recomendación general N° 35. La lucha contra el discurso de odio racista. CERD/C/GC/35. Disponible en: <http://bcn.cl/27qeb> (noviembre, 2018)
- (2013b). Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). CERD/C/CHL/CO/19-21. Disponible en: <http://bcn.cl/27qgo> (noviembre, 2018).
- CIDH. (2004). Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2004. Disponible en: <http://bcn.cl/1tvl5> (enero, 2016).
- (2010). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. Disponible en: <http://bcn.cl/1w2l3> (noviembre, 2018).
- CtIDH. (1985). La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Disponible en: <http://bcn.cl/1sg92> (enero, 2015).
- Díaz, José Manuel. (2015). Una aproximación al concepto de discurso del odio. *Revista Derecho del Estado*, 34:77-101.
- Oficio N° 173-366 de 5 de noviembre de 2018. Formula indicaciones al proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín N° 11.424-17). Disponible en: <http://bcn.cl/27rf9> (noviembre, 2018)
- RAE. 2014. Incitar. En: *Diccionario de la lengua española* (23.a ed.). Disponible en: <http://bcn.cl/27rl6> (noviembre, 2018).
- SII. (s.f). UTM - UTA - IPC 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/25b15> (noviembre, 2018).

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)