

DISCRIMINACIÓN Y DERECHO PENAL.
COMENTARIOS A UNA PONENCIA DE EMANUELE CORN

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO*

SUMARIO: I. Comentario general. II. Tomas particulares de posición, de la mano del esquema de la ponencia y de las técnicas de encauzamiento del tratamiento jurídico-penal de la discriminación. 1. Agravación de delitos, en particular la agravante general de discriminación. 2. Protección de categorías de personas. 3. Delito autónomo de discriminación en cuanto tal. a) Criminalización del “discurso de odio”. b) Criminalización de actos de discriminación no constitutivos de otro delito.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, agravante general, victimización, criminalización.

I. COMENTARIO GENERAL

Con buen criterio el ponente no ha querido circunscribir su análisis exclusivamente a la nueva agravante de discriminación introducida como N° 21 del art. 12 del Código Penal (en adelante CP) por la Ley N° 20.609, de 24 de julio de 2012, sino que, más bien, ha querido ofrecer una reflexión general sobre el abordaje que desde el Derecho Penal se puede hacer al fenómeno de la discriminación. En ese sentido presenta una reflexión bien urdida y sugerente sobre los grandes desafíos políticos que enfrenta ese abordaje, a saber, por una parte, la superación de la verdadera parálisis a la que ha conducido la disputa entre los partidarios de un Derecho Penal “moderno” y los del “viejo y buen Derecho Penal liberal”, así como, en segundo lugar, la necesidad de evitar que el diverso poder de los grupos de presión involucrados incida en regulaciones fragmentarias y sectoriales con efectos que, no sin paradoja, resultan discriminatorios. Adicionalmente describe con acierto las posibles soluciones técnicas para expresar la decisión política de capturar penalmente la discriminación y que, apartándome muy ligeramente de los términos empleados por el ponente, se pueden sintetizar en tres: como circunstancia agravante genérica, como agravante o tipo especial construido a partir de una categoría específica de víctimas o como delito autónomo y genérico de discriminación.

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales.

Lo que lamentablemente se echa de menos en la ponencia es una toma de posición sobre la cuestión fundamental, cual es si la discriminación en cuanto tal puede (y hasta debe) ser un objeto relevante para el Derecho Penal, esto es, si al margen de que se la reprima de modo (meramente) reflejo cuando se expresa en la lesión de bienes jurídicos que tradicionalmente han recibido protección del Derecho Penal (la vida, la salud o la integridad corporal mediante los tipos de homicidio y lesiones; la libertad ambulatoria a través del tipo de secuestro, la libertad en materia sexual mediante los tipos de violación y abusos sexuales, el honor a través de los tipos de injurias, etc.), puede incidir legítimamente en la modulación de las penas asignadas a dichos delitos, como un *plus* de desvalor de los mismos, o, incluso, si merece ser delito por su propio mérito, aunque no importe lesión ni puesta en peligro concreto de ninguno de los bienes jurídicos mencionados.

La cuestión es muy relevante para Chile, no sólo por la necesidad inmediata de precisar el contenido de la nueva circunstancia agravante, sino porque la discriminación es un fenómeno relativamente extendido que ha sido objeto recientemente de un intenso debate político y legislativo que, si bien ha desembocado por ahora en la mencionada Ley N° 20.609, hay buenas razones para pensar que seguirá profundizándose en los próximos años. Si a eso se agrega lo controvertido del asunto en el derecho comparado, una toma de posición resulta ineludible. Porque aunque se adopte derechamente una posición “expansionista” en la materia, ésta debe tener sus razones y ser coherente con las mismas.

Por cierto lleva razón el ponente cuando afirma que se trata de una cuestión en extremo compleja y difícil, que requiere de un estudio acabado, probablemente mucho más que el que permite el marco de nuestras Jornadas. Con todo, la discusión sobre el tema sólo puede avanzar entre nosotros si se asume el deber de adelantar posiciones, siquiera provisoriamente y con todas las reservas del caso, que sugieran los posibles derroteros de las futuras investigaciones, que sirvan de hipótesis de trabajo respecto de las cuales se puedan ensayar argumentos en favor o en contra, etc.

En consecuencia con esta crítica, en las páginas que siguen, más que genuinos comentarios a la ponencia, se toma la estructura de la misma como punto de partida para tomar posición o al menos formular hipótesis de trabajo sobre la mencionada cuestión fundamental. Con todo, como es evidente, no se puede esperar de un simple comentario un desarrollo acabado del argumento, sino sólo provocaciones, ojalá plausibles, para el debate necesario.

II. TOMAS PARTICULARES DE POSICIÓN, DE LA MANO DEL ESQUEMA DE LA PONENCIA Y DE LAS TÉCNICAS DE ENCAUZAMIENTO DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN

Como se ha dicho, la descripción que hace el ponente de las posibles técnicas para expresar la decisión política de capturar penalmente la discriminación resulta

muy adecuada. A continuación los comentarios particulares se presentan siguiendo el orden de tales técnicas.

1. Agravación de delitos, en particular la agravante general de discriminación

El derecho chileno conoce al menos dos hipótesis de agravación por discriminación. La primera es la tipificación de ese supuesto extremo de discriminación que es el *genocidio*, debida al art. 11 de la Ley N° 20.357, de 18 de julio de 2009, pues aun tipificado como delito distinto y autónomo, el genocidio es en rigor una forma especialmente calificada de otros delitos. La segunda es la agravante genérica de discriminación del N° 21 del art. 12 CP, introducida, como ya se dijo, por la Ley N° 20.609, de 24 de julio de 2012. A pesar de tener esto en común, es notorio que el desafío de legitimación de ambas hipótesis es muy diferente.

Tratándose del genocidio¹, la calificación no parece ofrecer mayores dificultades, porque es evidente el mayor contenido de injusto de la conducta ya en el plano objetivo, en tanto que las exigencias subjetivas, aunque constituyan un genuino elemento subjetivo del tipo (pues es indudable que la consumación del delito no requiere la efectiva destrucción total o parcial del grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuestión “en su calidad de tal”), son en general concordantes con el injusto objetivo, de modo que la relativa incongruencia entre ambos planos se deja explicar razonablemente por razones técnicas al servicio de decisiones prácticas comprensibles. De ningún modo se puede decir entonces que la mayor pena del genocidio se funda exclusivamente en los motivos del sujeto, que es, como enseña se desarrollará, el núcleo de la objeción contra la consideración de motivos discriminatorios en Derecho Penal.

Es precisamente desde esa perspectiva que la nueva agravante del N° 21 del art. 12 CP resulta problemática, porque, como bien destaca el ponente, al menos

¹ El art. 11 de la Ley N° 20.357 es del siguiente tenor: “*El que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal, realice cualquiera de los siguientes actos, comete genocidio y será castigado con las penas que respectivamente se indican: 1°. Matar a uno o más miembros del grupo, con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado; 2°. Causar a uno o más miembros del grupo un menoscabo grave en su salud física o mental; 3°. Someter al grupo a condiciones de existencia capaces de causar su destrucción física, total o parcial tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas; 4°. Aplicar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o 5°. Trasladar por fuerza a menores de 18 años del grupo a otro grupo, o se les impida regresar a aquél. // En los casos de los numerales 2°, 3°, 4° y 5°, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados*”. El art. 12 regula la pena (presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo) del N° 3 del art. 11 cuando se ocasiona con culpa la muerte de algún miembro del grupo produce, en tanto que el art. 13 reprime la incitación pública al genocidio, con pena de presidio menor en su grado máximo.

de su tenor literal sólo se desprenden exigencias subjetivas sin correlato objetivo. Así reza el nuevo N° 21:

“Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”.

Las cuestiones que plantea la nueva circunstancia agravante son, a lo menos, tres: en primer lugar, como es obvio, si es susceptible de legitimación que se erija en criterio regulativo de la pena por el delito la motivación discriminatoria del agente. Enseguida, en el evento de una respuesta afirmativa, cuyas razones en todo caso con seguridad condicionarán la respuesta que deba darse a las cuestiones ulteriores, se plantea cuáles son los presupuestos de aplicación y los alcances de la circunstancia, lo que, entre otras cuestiones, se expresa en la pregunta sobre el carácter subjetivo u objetivo de la misma, así como sobre si cualquiera puede ser víctima pertinente a los efectos de la agravante.

La cuestión de la legitimidad de una agravante fundada en la motivación discriminatoria del agente se plantea, como es obvio, por la sospecha de que a través de ella se esté avanzando hacia una justificación del castigo (en este caso, de un *plus* del castigo) basada exclusivamente en los malos designios del sujeto, con lo cual se corre el riesgo de consagrar un espacio de *Derecho Penal de autor*, intolerable para un ordenamiento que se pretende respetuoso de la dignidad y del fuero interno del sujeto. Se teme, en definitiva, un aumento de pena basado en la circunstancia de que el sujeto *es* racista, sexista u homofóbico. Por cierto, nadie ha pretendido castigar al sujeto simplemente por lo que es, sino por lo que hace, concretamente por cometer delitos a través de los cuales expresa su orientación racista, sexista u homofóbica, pero con eso no se logra explicar convincentemente que deba considerarse más grave un hecho que lesiona el mismo bien jurídico y en idéntica medida, sólo porque el sujeto manifiesta a través de él motivaciones que nos resultan inaceptables².

Tampoco parece suficiente una referencia a supuestos tradicionales en que la subjetividad del agente sirve de criterio para aumentar la penalidad de la conducta (y a veces hasta para fundamentar la punibilidad), como podría ser el caso, por ejemplo, con varias agravantes, con algunas calificantes del homicidio o con

²Es importante mantener claridad sobre este punto cuando se considera la literatura estadounidense favorable a la agravación. Ahí se discurre sobre los límites legítimos de la libre expresión bajo la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos con el propósito de justificar el castigo *per se* de los excesos, con lo cual se trata de un argumento que es pertinente sólo respecto de la criminalización del “discurso de odio” (*infra* 3 a), pero no de la agravación por motivos racistas. Cfr., por ejemplo, Hate is not speech: a constitutional defense of penalty enhancement for hate crimes, en *106 Harvard Law Review* 1314 (1993).

algunos tipos con elementos subjetivos distintos del dolo. Desde luego, porque no es evidente que en todos esos casos se trate efectivamente de pura subjetividad (así, por ejemplo, la alevosía y el ensañamiento conocen exigencias objetivas que inequívocamente aumentan el injusto objetivo del hecho, en tanto que el ánimo de lucro del sicario se deja entender sin dificultades como una referencia profesional que también justifica una pena mayor; en tanto que en muchos casos el elemento subjetivo sirve como simple mecanismo técnico de adelantamiento del momento consumativo del delito, teniendo en todo momento un hecho objetivamente lesivo en perspectiva)³, enseguida porque el simple dato de un uso tradicional no legitima *per se* el recurso (de hecho, más bien sugiere la necesidad de revisión de su uso en los demás casos) y, en fin, porque en todos modos debería justificarse que en este caso se dan las mismas razones y en la misma medida⁴.

Por último, que una agravante de este tipo no represente ninguna rareza en el derecho comparado no puede constituir *per se*, como es obvio, una justificación suficiente.

¿Cómo se puede legitimar entonces la nueva agravante? Si se prescinde de una justificación meramente subjetiva (“mayor culpabilidad”) y se avanza en la búsqueda de un *plus* de gravedad del *injusto* del delito discriminatorio, algunos lo ven en un mayor agravio y mayor daño síquico a la víctima individual⁵, mientras que otros lo ven en una dimensión supra-individual, conforme a la cual el motivo discriminatorio en la base del delito le confiere al hecho un significado social y una gravedad que trascienden del daño sufrido por la víctima individual y que involucran al conjunto del grupo de pertenencia de la víctima (entendiendo por tal el conjunto de aquellos que comparten la calidad o rasgo que provoca la discriminación), en concreto que les transmite individual y colectivamente la amenaza de

³No es posible abordar aquí en profundidad el asunto, pero de algún modo se sigue la orientación a la vez hacia una mirada objetiva y tendencialmente hacia la deslegitimación del resto, de CURY, Enrique, Derecho Penal. Parte general (Santiago 2005), p. 498.

⁴Al respecto, la reciente y original propuesta de PERALTA, José Milton, Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho Penal liberal (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012), pp. 207, 311 y ss., que entiende los motivos sólo como indicios de mayor o menor presencia de factores de justificación, de modo que los motivos “reprochables” son los que indican ausencia total de justificación, con la consecuencia de que (en vez de agravar) “no atenúan” la responsabilidad, no dice prácticamente nada, al margen de las objeciones que puede merecer el planteamiento general, sobre el contenido de las motivaciones que merecen considerarse “reprochables”.

⁵Así, Hate is not a speech, ob. cit.; en la literatura española, si bien con énfasis en la lesión del derecho a igual trato de todo ser humano, LAURENZO COPELLO, Patricia, La discriminación en el Código Penal de 1995, en *Estudios Penales y Criminológicos XIX* (1996), pp. 221, 281 y s.; y enfatizando el temor y la inseguridad de la víctima, LASCURAÍN, Juan Antonio, ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (a propósito de la reforma del Código Penal chileno), en *Perspectiva Penal Actual N° 1* (2012), pp. 103, 109 y s.

ser víctima en cualquier momento de un delito de las mismas características por el simple hecho de ser quiénes son y cómo son⁶. Se trata, en consecuencia, de la generación de una situación de inseguridad para un grupo completo de personas, situación que no se daría, o en todo caso no se daría con igual intensidad, tratándose de delitos sin motivación discriminatoria.

Como es sabido, esta justificación dista de concitar consenso en el debate comparado⁷. Con todo, si se le diera por buena, entonces, la cuestión sobre el carácter subjetivo u objetivo de la agravante guardaría directa relación con sus posibilidades de legitimación, puesto que sólo una lectura objetiva de la circunstancia permite hacerse cargo efectivamente, más allá de la mera constatación del motivo, del significado simbólico y social del hecho, considerando todas las circunstancias del caso concreto.

La lectura objetiva tiene, desde una perspectiva inversa, la ventaja de que, centrada en los efectos perjudiciales del hecho discriminatorio para el grupo de pertenencia de la víctima, permite, al menos en principio, aplicar la agravante en supuestos de motivación discriminatoria “oportunistas”, esto es, de aquéllos en que el agente en realidad no comparte la actitud discriminatoria, sino que simplemente elige (“selecciona”) a su víctima por su condición en atención a las ventajas que para la ejecución del delito representa un cierto contexto discriminatorio⁸.

⁶En la literatura estadounidense, entre otros, FINN, Peter, Bias crime: difficult to define, difficult to prosecute new laws and techniques that are putting violent bigots behind bars, en *Criminal Justice* 3 (1998), p. 19 y s. En términos más elaborados e integrados al análisis dogmático de cuño continental DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (2004), pp. 143, 164 y ss.; similar, aunque mezclado con consideraciones de mayor daño individual, LASCURAÍN, Juan Antonio, ob. cit., pp. 103, 108 y s.

⁷Para una crítica, entre otros, JACOBS, James B. y POTTER, Kimberly, Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics (Nueva York, 1998), pp. 86 y ss.; KAHAN, Dan M., Two liberal fallacies in the hate crimes debate, en *Law and Philosophy* 20 (2001), pp. 175, 193, 183 y ss. En España, LAURENZO COPELLO, Patricia, La discriminación en el Código Penal de 1995, ob. cit., p. 280, considera que esta justificación importa un adelantamiento inaceptable de las barreras de protección penal.

⁸Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, ob. cit., pp. 143, 148; y LASCURAÍN, Juan Antonio, ob. cit., pp. 103, 115; consecuentemente de otra opinión, por su lectura subjetiva, LAURENZO COPELLO, La discriminación en el Código Penal de 1995, ob. cit., p. 273 y s. Los delitos de discriminación pueden construirse sobre la base tanto del *ánimo* del agente como de la *selección* de las víctimas, y esto con relativa independencia de si en su aplicación se debe atender más a lo objetivo o a lo subjetivo, pero es evidente que el segundo modelo se aviene mejor con una lectura objetiva. Sobre estos modelos, si bien con una tesis de legitimación en un plano diferente del que aquí interesa, WOODS, Jordan Blair, Taking the “hate” out of hate crimes: applying unfair advantage to justify the enhanced punishment of opportunistic bias crime, en *56 UCLA Law Review* 489 (2008), pp. 495 y ss.

Sobre esta base, podría ensayarse como interpretación de los alcances de la agravante que ésta sólo procede cuando el delito y sus circunstancias expresan que éste se ha cometido (al menos también) precisamente por la pertenencia de la víctima a un determinado grupo definido por alguno de los factores a los que la ley asigna relevancia (ideología, opinión política, religión, creencias, nacionalidad, raza, etnia, grupo social de pertenencia, sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad) y de un modo mínimamente idóneo para generar en el conjunto de los miembros de ese grupo el temor fundado de ser víctimas del mismo delito o de delitos similares por la misma razón. La exigencia de idoneidad se explica porque, de lo contrario, la alegación de un daño trascendente y de carácter supraindividual (cuya efectiva verificación sería, sin embargo, exagerado exigir), devendría en mero recurso retórico.

Ahora bien, es manifiesto que la letra de la ley no le presta mayor apoyo a esta interpretación, pues sólo atiende a aquello que ha “motivado” al sujeto que comete o participa en el delito. Esto lo ve con claridad el ponente, quien, si bien favorecería en principio una lectura objetiva, no puede menos que hacer presente el peso del texto legal. En todo caso, no deja de ser interesante desde ese punto de vista, que en España un grupo relevante de autores que se ha ocupado especialmente del asunto defiende ya *de lege lata* una interpretación objetiva de la circunstancia agravante 4ª del art. 22 del Código peninsular⁹, muy similar a nuestra nueva circunstancia¹⁰. Estas opiniones no son plenamente coincidentes, pero tienen en común que sitúan el fundamento de la agravación en el injusto objetivo, haciéndose cargo de modo explícito de los inconvenientes de una fundamentación puramente subjetiva¹¹.

⁹Del siguiente tenor: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

¹⁰La ponencia sugiere que ambas circunstancias son prácticamente contemporáneas, lo que sólo es efectivo desde un punto de vista formal, en cuanto a que el texto vigente en España se introdujo por la Ley 5/2010, de 22 de junio, ley que, sin embargo, sólo implicó un cambio mínimo de redacción respecto del texto original de 1995 (se agrega la “identidad sexual” junto al sexo y la orientación sexual, y se reemplaza la voz “minusvalía” por “discapacidad”), el que a su vez tenía su antecedente directo en la LO 4/1995, que la introdujo, si bien en términos algo diferentes (restringida a los delitos contra las personas y contra el patrimonio, y sin referencias a factores sexuales o de enfermedad), como circunstancia 17ª del entonces todavía vigente art. 10 del Código de 1973. Es conocido, por lo mismo, que el texto español fue uno de los modelos del chileno.

¹¹Así DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, ob. cit., pp. 163 y ss.; siguiéndolo y proponiendo lo mismo para Chile, LASCURAÍN, Juan Antonio, ob. cit., p. 114 y s.; en cambio, LAURENZO COPELLO, La discriminación en el Código Penal de 1995, ob. cit., p. 221, si bien en un comienzo critica una aproximación exclusivamente subjetiva (274 y ss.), termina en definitiva, abrazando otra igualmente subjetiva, sólo que entendida como componente del injusto y no de la culpabilidad (280 y ss.).

Desde otra perspectiva, es posible que una lectura objetiva incida también en el tratamiento de una cuestión crucial, como es quiénes pueden ser víctimas pertinentes de un delito al que se le pueda aplicar la agravante. El solo planteamiento de la pregunta puede resultar odioso, pues sugiere, para colmo de paradojas, un tratamiento discriminatorio. Pero si todo el discurso y el movimiento legislativo contra la discriminación tienen su origen y trasfondo en la preocupación por el trato debido a ciertos *grupos vulnerables, históricamente discriminados y victimizados*, entonces la pregunta es plenamente válida.

La cuestión es si puede aplicarse la agravante tratándose de delitos cometidos contra quienes no pertenecen a tales grupos (y en contextos en que no se les puede considerar excepcionalmente como grupo vulnerable) motivados al menos en parte por esa no pertenencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del incendio u otros delitos cometidos por un comunero mapuche contra el dueño no mapuche de un fundo, entre otras razones, precisamente por no ser mapuche. O de la paliza que un par de inmigrantes pobres que padecen cotidianamente actos de discriminación le propinan a un chileno, entre otras razones, precisamente por serlo. O, en fin, de los insultos y agresiones que reciben los feligreses a la salida de un templo católico del barrio alto de Santiago cometido por cuenta de un evangélico, entre otras razones, porque son católicos.

Naturalmente no se puede negar la gravedad de estos hechos ni la pertinencia del castigo. El punto es si es razonable aplicar también en estos casos una agravante cuya justificación se ha hecho descansar casi en exclusiva en la protección *reforzada* de personas que pertenecen a grupos vulnerables, precisamente por su mayor vulnerabilidad¹². Y puesto en esos términos la respuesta sólo puede ser negativa.

Ahora bien, tampoco una restricción en este sentido parece tener respaldo en la letra de la ley. Por otra parte, si se mira la aplicación de agravantes de este tipo en el derecho comparado, no parece que haya sido obstáculo la circunstancia de que la víctima no pertenezca a un grupo tradicionalmente discriminado, como es lo que ocurre en el célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Wisconsin v. Mitchell*, a propósito de la agravación que perjudicó a un sujeto negro que incitó a sus amigos a golpear a un joven blanco, precisamente por ser blanco, luego de haber estado comentando exaltados escenas de la película “Misisipi en llamas” (“*Mississippi burning*”), que, como se sabe, trata de la investigación de crímenes racistas cometidos contra la población afroamericana (y en el caso particular también contra activistas blancos) en el sur de los Estados Unidos en la

¹²Una revisión somera de los materiales que conforman la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.609 no deja lugar a mayores dudas al respecto.

época del llamado movimiento por los derechos civiles¹³. Más aún, algunos autores han llegado a sugerir que el traspaso de la lógica anti-discriminación al Derecho Penal tal vez podría tener como efecto inesperado y perverso una intensificación de la represión penal de sectores tradicionalmente discriminados¹⁴.

Es posible que una distinción según el grupo de pertenencia de la víctima no pueda convencer¹⁵, pero en tal caso al menos debería convenirse que la justificación de la agravante no tiene que ver en verdad con la represión de la discriminación entendida como desprecio específico contra grupos vulnerables, sino sólo por razones de *orden público*, en el sentido de prevenir odiosidades que pueden escalar y desencadenar violencia más o menos incontrolable¹⁶. Es lo que sugiere también la difícilmente manejable inclusión no ya sólo de la “ideología”, sino también de la simple “opinión política” de la víctima como objetos relevantes de la agravante, con lo cual, en principio, los actos de violencia política, en cuanto razonablemente motivados precisamente por las diferencias políticas, pasan a estar agravados *per se*. Como fuera, al menos debería ser claro que tal justificación reforzaría la necesidad de una lectura objetiva de la agravante, muy atenta a las circunstancias que rodean el hecho.

Sobre la justificación de una intervención penal en el ámbito de los llamados “discursos de odio” por razones de orden público se volverá luego (*infra* 3 a). Por de pronto se puede concluir esta sección constatando que la nueva circunstancia agravante ofrece desafíos interpretativos nada de despreciables.

2. Protección de categorías de personas

Precisamente por la preocupación especial que merecen los grupos vulnerables y tradicionalmente discriminados y victimizados puede pensarse en estatutos de

¹³ *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 47 (1993). Cabe aclarar que en ningún momento se discutió una posible restricción de la agravación en el sentido propuesto en el texto, lo que en todo caso se explica porque no estaban en disputa los alcances de la misma, sino su compatibilidad constitucional. Ignoro si en las instancias ordinarias se dio un debate al respecto. El mismo fallo menciona también lo resuelto en *Barclay v. Florida* (463 U.S. 939 [1983]), donde se admitió prueba para acreditar, con fines de determinación de pena, los motivos raciales del condenado, miembro del “Ejército Negro de Liberación”.

¹⁴ JACOBS, James B. y POTTER, Kimberly, ob. cit., p. 16 y s.

¹⁵ E incluso esté expuesta a objeciones constitucionales, como se ha visto en la jurisprudencia estadounidense (no así en otras tradiciones jurídicas), de lo cual da cuenta PAÚL, Álvaro, La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada, en *Revista Chilena de Derecho* 38 N° 2 (2011), pp. 573, 596 y s., claramente contrario a cualquier diferenciación, aun a la existencia de un catálogo cerrado de factores de discriminación relevantes.

¹⁶ En el citado *Wisconsin v. Mitchell* la Corte Suprema estadounidense menciona entre los efectos de los delitos con motivación discriminatoria que provocarían crímenes en venganza.

protección específicos para los mismos, probablemente de un modo más sutil que erigirlos sin más y formalmente en víctimas, con independencia de las circunstancias del caso, sino que identificando el contexto social en que suelen ser victimizados y las formas típicas en que esto sucede, con lo cual, al mismo tiempo, se podría avanzar (aunque no necesariamente sin dificultades) en la justificación de un tratamiento diferenciado. En algunos casos las circunstancias pertinentes para el grupo pueden operar también como mecanismo de agravación, de modo que en parte rige lo ya dicho *supra* 1, aunque una correcta identificación de factores objetivos que sirvan de referencia para las exigencias subjetivas deberían atemperar las dificultades y objeciones de una agravación meramente subjetiva. En otros casos, en cambio, tales circunstancias pueden servir de fundamento de la punibilidad. Un ámbito en el cual existe cierta tradición al respecto en el derecho comparado es, conocidamente, como también lo recalca el ponente, el de la violencia de género¹⁷.

En el derecho chileno destaca, por cierto, la torpe tipificación del llamado *femicidio* en el art. 390 CP, introducida mediante la Ley N° 20.480, de 18 de diciembre de 2010, que no es más que un nuevo *nomen iuris* bajo el cual se castiga lo mismo que antes se castigaba como parricidio y en los mismos términos que dicho delito¹⁸. Se podrá ver una victoria en el efecto simbólico de la innovación, que hace visible el problema de la violencia extrema contra la mujer, moviliza a la opinión pública en su contra y remueve la inercia cultural, pero hubiera sido deseable que tanto esfuerzo redundara también en mejoras algo más concretas para el *status* de las mujeres que son víctimas de la violencia de género, o al menos que no se agravara la de aquellas que puntualmente matan a quien haya sido alguna vez su pareja, que es lo que ocurre cuando, junto con construir la figura como un mero reflejo del parricidio, este último delito se amplía todo lo imaginable (¡para mayor protección de las mujeres!), en circunstancias en que, por cierto, también pueden

¹⁷ No todos los países europeos consideran un régimen penal especial para la violencia de género. Entre los que sí lo hacen, destaca España y su LO 1/2004, de 28 de diciembre, cuyo Título IV introdujo una serie de modificaciones al Código Penal. La literatura al respecto es inabarcable, de ahí que sólo se indiquen dos exposiciones generales en el contexto de aparición de la referida ley: FARALDO CABANA, Patricia, Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, en *Revista Penal N° 17* (2006), pp. 72 y ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia, La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal, en *Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología* (2005).

¹⁸ El nuevo inciso segundo del art. 390 CP reza: “Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”.

cometerlo las mujeres, incluidas las maltratadas¹⁹. Se concuerda, en consecuencia, con la visión crítica del ponente.

Menos problemas sustantivos presentan, a pesar de que también están construidas formalmente, sin consideración de la efectiva vulnerabilidad de la víctima, las disposiciones con referencia intrafamiliar en materia de lesiones (agravación por parentesco en el art. 400 CP, supresión de las lesiones leves en el art. 494 N° 5 CP)²⁰, así como la tipificación del maltrato habitual no constitutivo de otro delito en contexto intrafamiliar previsto en el art. 14 de la Ley N° 20.066, de violencia intrafamiliar²¹.

Hay buenas razones, sin embargo, para pensar que en esta materia se han alcanzado los límites de efectividad del Derecho Penal y que el verdadero desafío radica en el establecimiento de un régimen realmente operativo de prevención, protección y apoyo permanente.

3. Delito autónomo de discriminación en cuanto tal

Surge, por último, la posibilidad de establecer tipos penales que repriman la discriminación en cuanto tal, esto es, con independencia de que se den los presupuestos de otros delitos. En esta materia se pueden concebir al menos dos mecanismos: por una parte, un adelantamiento de las barreras de protección a través de la criminalización del llamado “discurso de odio” (*hate speech*); por la otra, la criminalización de actos concretos de “simple” discriminación, es decir, no cubiertos por otros tipos penales.

a) Criminalización del “discurso de odio”

Consciente de la simplificación extrema, por “discurso de odio” entenderé aquí tanto la incitación abierta a cometer delitos o en general al desprecio, odio

¹⁹ Como se sabe, en algún momento se pensó en un régimen especial para las mujeres que cometían delito reaccionando a un historial de violencia previa en su contra, pero esas preocupaciones sólo dieron lugar a la nueva eximente del N° 12 del art. 11 CP, que no las favorece en nada. Véase al respecto HERNÁNDEZ, Héctor en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal comentado. Parte general (Santiago, 2012), art. 10 N° 11, pp. 267 y ss. Una visión menos crítica en SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana, Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480), en *Revista Chilena de Derecho* 38 N° 1 (2011), pp. 193, 204 y s.

²⁰ Sobre esto VAN WEEZEL, Alex, Lesiones y violencia intrafamiliar, en *Revista Chilena de Derecho* 35 N° 2 (2008), pp. 223, 235 y ss.

²¹ Sobre este delito VAN WEEZEL, Alex, ob. cit., pp. 239 y ss.; y, con abundantes referencias comparadas, VILLEGAS, Myrna, El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado, en *Política Criminal* 7 N° 14 (2012), pp. 276 y ss.

u hostilidad contra personas pertenecientes a un cierto grupo en razón de sus notas de identidad, como la expresión de juicios o la realización de conductas que impliquen desprecio hacia las mismas en circunstancias concretas que tengan el mismo efecto de incitación. Así visto, la tipificación del “discurso de odio” también podría considerarse una forma de calificación por discriminación, en el sentido de que en el trasfondo de la tipificación se encuentra nítidamente la expectativa de la posible comisión de otros delitos. En efecto, se criminalizan conductas que se entienden en la antesala de otros delitos sin esperar a que se den los requisitos generales para su punibilidad (sin esperar a que haya tentativa punible), lo que es excepcional y sólo se justifica (a juicio de sus partidarios) por la orientación discriminatoria que las preside y el supuesto mayor peligro asociado.

Tipificaciones de este tipo son, en la actualidad, relativamente usuales en el derecho comparado, como se aprecia en la mayoría de los países europeos²², de lo cual son ejemplo el art. 510 del Código español²³ y el § 130 I y II del Código alemán²⁴, pero también en los Estados Unidos, donde deben sortear la protección constitucional especialmente estricta de la libertad de expresión en ese país (Primera Enmienda)²⁵. En esta línea, el derecho chileno vigente conoce, como bien

²² Cuya legitimación desde la perspectiva de la libertad de expresión (art. 10 CEDH) estaría dada por los límites inmanentes de la misma, que no ampararía el “discurso a la violencia” (véase, entre muchas, la sentencia del TEDH en el caso *Ergogdu v. Turquía*, de 8 de julio de 1999), así como por lo dispuesto en el art. 17 CEDH, que consagra la prohibición del abuso de derecho.

²³ “Art. 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 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*”.

²⁴ Por razones de espacio sólo se transcribe la figura central del § 130 I: “*El que, de un modo idóneo para alterar la paz pública, 1. azuza al odio o exhorta a medidas de violencia o arbitrarias contra un grupo nacional, racial, religioso o determinado por su origen étnico, contra parte de la población o contra un individuo por su pertenencia a uno de los grupos arriba mencionados o a una parte de la población, o 2. ataca la dignidad humana de otro insultando, despreciando malintencionadamente o difamando a uno de los grupos arriba mencionados, a una parte de la población o a un individuo por su pertenencia a uno de los grupos arriba mencionados o a una parte de la población, será penado con prisión de 3 meses hasta 5 años*”.

²⁵ Desde *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568 [1942]) la Suprema Corte estadounidense ha reconocido como límite de esta libertad, si bien con fluctuaciones en el tiempo (siempre más restrictiva en materia de límites en comparación con Europa), el uso de “fighting words” (palabras beligerantes), que puede ser legítimamente limitado y reprimido porque tales expresiones “infligen daño o tienden a incitar un quiebre inmediato de la paz”. Un buen panorama de los

da cuenta el ponente, el art. 31 de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, del siguiente tenor:

“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”²⁶⁻²⁷.

Mientras la codificación española sitúa el delito entre aquéllos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales, el Código alemán se decanta por concebirlo como uno contra el orden público, lo que explica la exigencia de idoneidad para la alteración de la “paz pública” y guarda cierta concordancia con el precepto chileno, que supone el empleo de medios de comunicación social²⁸. Lo relevante es que en ninguno de estos casos se trata de la simple exteriorización de juicios discriminatorios, ni del simple menoscabo moral que tales juicios naturalmente acarrearán para los miembros de los grupos aludidos, sino que de un comportamiento cuyas circunstancias concretas lo hacen idóneo para provocar que otros sujetos emprendan acciones adversas contra los miembros de tales grupos. Si este peligro, atendible pero de ningún modo “concreto” en sentido técnico

argumentos constitucionales en juego (agrupados en enfoques liberales y restrictivos), con especial consideración del derecho anglosajón, PAÚL, Álvaro, ob. cit., pp. 573, 576 ss.

²⁶ Hasta donde se alcanza a ver, la única condena por este delito se da en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, de 21 de junio de 2010, RUC 0901108439-4, referida en lo pertinente al hostigamiento de una diputada judía. Una síntesis de los hechos y del fallo puede verse en PAÚL, Álvaro, ob. cit., pp. 573, 587 y s.

²⁷ En una línea muy similar, durante la tramitación de la Ley N° 20.609 (Boletín 3815), se alcanzó a aprobar un § 1 bis del Título III del Libro II del Código Penal, “De los delitos contra la igualdad de las personas, en dignidad y derechos” y un art. 137 bis CP, prácticamente del mismo tenor pero sin la restricción del medio empleado, Informe Complementario del Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, de 3 de junio de 2008, pp. 33 ss., 39 s.; para la tramitación previa véase también el Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, de 2 de enero de 2007, p. 74 (debate en p. 71 ss.). La propuesta fue en definitiva descartada, a propuesta de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, a partir de lo elaborado por un “Grupo de Trabajo” que asesoró a dicha cámara en la materia. Sus razones fueron básicamente que representaba a la vez un adelantamiento exagerado de la reacción penal y el establecimiento de delitos de bagatela que sólo desprestigiaban al Derecho Penal, así las explicaciones del Prof. ACOSTA, Juan Domingo, en Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (10 de junio de 2011), p. 244.

²⁸ Muy crítico de esta restricción, que, como se acaba de decir, estuvo a punto de superarse con la Ley N° 20.609, POLITOFF, Sergio, Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho Penal comparado, en *Ius et Praxis* N° 2 Año 5 (1999), pp. 193, 200, 202 y ss. Por el contrario, PAÚL, Álvaro, ob. cit., pp. 573, 603, la considera insuficiente y aboga por un umbral adicional de tolerancia referido a la gravedad de las expresiones.

jurídico-penal, alcanza para justificar por sí solo una reacción penal es una cuestión discutible y discutida, pero al menos está claro que se encuentra en un plano distinto del de las simples expresiones odiosas, por graves que éstas sean.

Mucho más difícil resulta la justificación del castigo de la simple negación o subvaloración de casos históricos de graves crímenes de discriminación, paradigmáticamente de genocidios (“negacionismo”), que varios ordenamientos europeos han incluido o ampliado, a partir de los años 90 del siglo pasado, como reacción a una xenofobia creciente en un continente con una sensibilidad extrema hacia el tema, producto de la experiencia traumática del nacionalsocialismo y el holocausto^{29,30}. El asunto no puede despacharse mediante una simple referencia a la “mala fe” o a la ideología discriminatoria del sujeto, pues lo que requiere justificación es la represión del ejercicio (odioso por cierto) de la libertad de expresión, no el ejercicio que los sujetos hagan de ella. Al respecto ni la preservación de la verdad histórica ni el sentimiento de quienes sobreviven a las víctimas parecen suficientes como para justificar la restricción de la libertad de expresión, mucho menos para justificar una intervención penal, en tanto no se den en concreto los presupuestos de las injurias punibles o de los tipos de incitación al odio discriminatorio. En España adopta correctamente esta distinción la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional español, que analizando el art. 607.2 del Código peninsular³¹, declaró inconstitucional la represión de la simple negación de un genocidio, al tiempo que validó la represión de su justificación, “siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (fundamento jurídico 9º)³². Con todo, la tendencia europea es a imponer centralizadamente la represión de estas conductas, expresión de lo cual es la Decisión Marco 2008/913/

²⁹ En Alemania, el § 130 III del Código Penal, que se ha ido expandiendo desde 1994; en Austria, el § 3h de la Ley de Prohibición (del Partido Nacionalsocialista) de 1947, introducido mediante ley de 19 de marzo de 1992; en Suiza, el art. 261 bis del Código Penal, introducido mediante ley de 18 de junio de 1993; en Francia mediante el art. 9 de la Ley Gayssot (90-615 de 1990), que introdujo un nuevo art. 24 bis en la Ley sobre libertad de prensa de 1881; en España, parcialmente como luego se indica, en el art. 607.2 del Código Penal.

³⁰ En la literatura chilena véase sobre el tema ETCHEBERRY, Alfredo, El delito de “negacionismo”: ¿Libertad de expresión o apología del delito?, en VAN WEEZEL, Alex (editor), Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury (Santiago, 2013), pp. 1097 y ss.

³¹ Que rezaba: “*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*”. Como se indica en el texto, las expresiones “nieguen o” fueron declaradas inconstitucionales.

³² Una visión crítica en SUÁREZ ESPINO, María Lidia, Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio, en *InDret* 2 (2008).

*JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal de la Unión Europea*³³.

La especial consideración del asunto en Chile se justifica a la luz de la moción de un grupo de diputados por la que se pretende criminalizar la negación o banalización de los crímenes de la dictadura militar posterior a 1973, en actual tramitación (Boletín 8049), cuyo artículo único dispondría:

“Quienes públicamente nieguen, minimicen o condonen, intenten justificar o aprueben los crímenes de lesa humanidad o genocidios cometidos, particularmente, bajo el régimen militar que gobernó Chile entre los años 1973 y 1990, serán castigados con una pena de cárcel de seis a dos años”.

Al margen de las muchas deficiencias técnicas del precepto y de su desmesurada extensión³⁴, la razón fundamental para rechazar la propuesta debe verse en que no se justifica una intervención penal cuando la conducta concreta no representa una amenaza actual de atentados graves contra las personas que puedan sentirse ofendidas por las afirmaciones en cuestión.

b) Criminalización de actos de discriminación no constitutivos de otro delito

Por último, se pueden tipificar actos concretos de discriminación que, en cuanto no lesionan nada más que el trato igualitario que merece cualquier persona, tradicionalmente no han constituido delito y sólo han ganado interés a propósito de los movimientos anti-discriminación. El derecho comparado conoce algunas disposiciones de este tipo, como son, por ejemplo, los arts. 511 y 512 del Código español³⁵, y en Chile el ponente alude con razón al art. 8° de la Ley N° 19.253, la

³³ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008F0913:ES:NOT>

³⁴ En el derecho comparado suele constreñirse a la negación de crímenes racistas o religiosos, con exclusión de otros criterios de discriminación.

³⁵ “Art. 511. 1. *Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.* // 2. *Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.* // 3. *Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.* “Art. 512. *Los que en el ejercicio de sus actividades*

llamada “Ley Indígena”, que se hace cargo específicamente de actos de discriminación contra individuos pertenecientes a pueblos originarios, en los siguientes términos:

“Se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales”.

En el último tiempo, a propósito de la que llegaría a ser la Ley N° 20.609, se propuso la introducción de una disposición general de ese tipo, lo que en definitiva fue rechazado³⁶, a mi juicio con razón, pues al margen de lo odiosos que resultan los actos en cuestión, carecen de la gravedad que justifique una respuesta penal, sobre todo teniendo presente que existen mecanismos extrapenales, recientemente fortalecidos, para hacerles frente³⁷.

En este punto se debe discrepar, en consecuencia, de la siempre calificada opinión de Politoff, quien a propósito de un proyecto de ley de fines de la década de 1990 que pretendía reprimir la discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142), abogó enérgicamente por una intervención amplia del Derecho Penal en la materia, esgrimiendo argumentos tanto prácticos como simbólicos.

Como razones prácticas aludía al desequilibrio de poder entre víctima y victimario y a la lentitud y costos de la justicia civil³⁸, argumentos que en sus propios términos no podían convencer, pues es indudable que las limitaciones de la justicia extrapenal no son argumento suficiente para criminalizar lo que en ella se ventila. Pero adicionalmente puede ponerse en duda que efectivamente la justicia extrapenal no esté en condiciones de dar respuesta adecuada a casos de discriminación. El propio autor daba cuenta de un caso bochornoso de discriminación

profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años”.

³⁶ Como un nuevo art. 274 bis CP, del siguiente tenor: *“Incurrirá en la pena de multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales el que, en el ejercicio de actividades profesionales o empresariales, cometiere la discriminación definida en el artículo 3° de la Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación, respecto de una persona natural, cuando ella consista en rehusar el suministro de un bien o servicio que ofreciere y a que el ofendido tenga derecho, o en subordinarlo a la concurrencia o ausencia de alguno de los motivos de discriminación señalados en el citado artículo 3°”.* La propuesta fue rechazada en definitiva, entendemos que por constituir un delito “de bagatela”, véanse de nuevo las explicaciones del Prof. ACOSTA, Juan Domingo, ob. cit., p. 244.

³⁷ Crítico también, aunque por otras razones, PAÚL, Álvaro, ob. cit., pp. 573, 586, 597, 599, 603 y s.

³⁸ POLITOFF, Sergio, ob. cit., p. 212. Agregaba las dificultades para individualizar a los agentes, argumento que, sin embargo, como el propio autor asumía, sólo es válido respecto de delitos de instigación al odio.

que, sin embargo, fue perfectamente resuelto y de modo expedito por la vía de las acciones previstas en la legislación de protección al consumidor, sin necesidad de disposiciones penales³⁹. Si a esto se suma la acción constitucional de protección y, sobre todo, la recientemente instaurada acción de no discriminación arbitraria del Título II de la Ley N° 20.609, no se aprecia una verdadera necesidad práctica de criminalizar el asunto.

Como razón simbólica apuntaba al valor instrumental de la incriminación como medio de prevención de la violencia⁴⁰, con lo cual se ponía en sintonía con la justificación que en general se ha dado para la agravante de discriminación y la criminalización del discurso de odio. En los casos concretos en cuestión, sin embargo, la conexión entre discriminación y violencia es extremadamente lejana y apenas convincente. Que en la historia haya casos en que desde actos menores de discriminación se llegó al aniquilamiento de decenas de miles de personas no es en absoluto decisivo si los ejemplos concretos invocados (en este caso, la política racista en Holanda durante la ocupación alemana, entre 1940 y 1944) muestran que bajo las condiciones políticas concretas en que ello ocurrió lo que dijera o dejara de decir el Derecho Penal era del todo irrelevante⁴¹, lo que hubiera valido especialmente para la tipificación de conductas que el contexto hacía aún más nimias. Lamentablemente, el Derecho Penal no puede hacer nada contra la violencia estatal dictatorial mientras quienes la ejercen mantienen el poder. Para tiempos de normalidad democrática esta enseñanza puede justificar la protección penal de la democracia, pero no la solución penal de cualquier asunto odioso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Juan Domingo, en Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (10 de junio de 2011).
- CURY, Enrique, Derecho Penal. Parte general (Santiago, 2005).
- COUSO, Jaime/HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal comentado. Parte general (Santiago, 2012), Art. 10 N° 11.

³⁹Se refería al incidente que afectó a una ciudadana coreana en el sauna Mund, resuelto por un juzgado de policía local en fallo ratificado por la Corte de Apelaciones de Santiago en abril de 1993, POLITOFF, Sergio, ob. cit., pp. 205 y s.

⁴⁰POLITOFF, Sergio, ob. cit., pp. 212 y s.

⁴¹Es posible que lo mismo quepa decir del segundo ejemplo del autor, la propaganda contra la etnia tutsi en Ruanda, pero en ese caso al menos sí se puede constatar una conexión cercana entre el hecho y las atrocidades que vivieron en ese país.

- ETCHEBERRY, Alfredo, El delito de “negacionismo”: ¿Libertad de expresión o apología del delito?, en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, 2013).
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (2004).
- FARALDO CABANA, Patricia, Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, en *Revista Penal* N° 17 (2006).
- FINN, Peter, Bias crime: difficult to define, difficult to prosecute new laws and techniques that are putting violent bigots behind bars, en *Criminal Justice* 3 (1998).
- Hate is not speech: a constitutional defense of penalty enhancement for hate crimes, en *106 Harvard Law Review* 1314 (1993).
- HERNÁNDEZ, Héctor, Art. 10 N° 11, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores), *Código Penal comentado. Parte general* (Santiago, 2012).
- JACOBS, James B. y POTTER, Kimberly, *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics* (Nueva York, 1998).
- KAHAN, Dan M., Two liberal fallacies in the hate crimes debate, en *Law and Philosophy* 20 (2001).
- LASCURAÍN, Juan Antonio, ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (a propósito de la reforma del Código Penal chileno), en *Perspectiva Penal Actual* N° 1 (2012).
- LAURENZO COPELLO, Patricia, La discriminación en el Código Penal de 1995, en *Estudios Penales y Criminológicos* XIX (1996).
- LAURENZO COPELLO, Patricia, La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal, en *Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología* (2005).
- PAÚL, Álvaro, La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada, en *Revista Chilena de Derecho* 38 N° 2 (2011).
- PERALTA, José Milton, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho Penal liberal*, Marcial Pons (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012).
- POLITOFF, Sergio, Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho Penal comparado, en *Ius et Praxis* N° 2 Año 5 (1999).
- SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana, Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480), en *Revista Chilena de Derecho* 38 N° 1 (2011).

SUÁREZ ESPINO, María Lidia, Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio, en *InDret* 2 (2008).

VAN WEEZEL, Alex, Lesiones y violencia intrafamiliar, en *Revista Chilena de Derecho* 35 N° 2 (2008).

VILLEGAS, Myrna, El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado, en *Política Criminal* 7 N° 14 (2012).

WOODS, Jordan Blair, Taking the “hate” out of hate crimes: applying unfair advantage to justify the enhanced punishment of opportunistic bias crime, en *56 UCLA Law Review* 489 (2008).