

LA SENTENCIA DEL TC SOBRE EL “NEGACIONISMO”: DESCLASIFICANDO UNA FIGURA ESPERPÉNTICA (STC ROL 9529)

JULIO ALVEAR TÉLLEZ¹

RESUMEN. El artículo comenta la sentencia de 19 de noviembre de 2020 del Tribunal Constitucional que resolvió un requerimiento contra un proyecto de ley que tipificaba el “negacionismo”. La figura jurídica analizada restringe el ejercicio de la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad de información y de prensa. Adicionalmente, la figura declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional tiene poco en común con el delito homónimo del derecho comparado y se trata, más bien, de una tipificación *sui generis* que no respetaba la lógica de la intervención penal en materia de derechos fundamentales, ni la garantía de la libertad de expresión, ni el papel de ésta en el funcionamiento de la democracia.

PALABRAS CLAVE. Negacionismo, delitos de odio, libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de información, derechos humanos, democracia.

SUMARIO. 1. Antecedentes: la historia sumaria del proyecto que tipifica el “negacionismo”. 2. La sentencia del Tribunal Constitucional. 3. Análisis crítico. 4. “Violaciones a los derechos humanos”: la trampa de las palabras. 5. A modo de conclusión.

Con fecha 19 de noviembre de 2020², el Tribunal Constitucional resolvió un requerimiento presentado por un grupo de parlamentarios contra un proyecto de ley que tipificaba lo que convencionalmente se conoce como “negacionismo”. El texto era de autoría de la diputada comunista Carmen Hertz.

Aunque el término “negacionismo” puede presentar significados equívocos, el núcleo común de su figura nunca ha dejado de ser un problema para el derecho constitucional. Porque implica, de facto, restringir un discurso que

¹ Abogado Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid.

² Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-2020, del 19 de noviembre de 2020.

prima facie es fruto del ejercicio de libertades que se consideran fundamentales para el desenvolvimiento personal y el desarrollo de la democracia. Entre esas libertades se encuentran la libertad de expresión, la libertad ideológica, la libertad de información y de prensa.

En consecuencia, desde la mirada del derecho constitucional, se debe ser muy cuidadoso en los estándares que se deben exigir para limitar estas libertades. Es delgada la línea que puede separar la sanción penal del “negacionismo” de una “ley mordaza”, del castigo de la pura opinión, de la persecución de las ideas y de los disidentes políticos, propio de los regímenes totalitarios.

De ahí que algunos países opten por no tipificar el “negacionismo”. Pues se discute mucho en la doctrina comparada su legitimidad, e, incluso, su oportunidad.

En las naciones donde se ha recogido la figura, se ha debatido la insuficiencia de la técnica penal para limitar de un modo acertado las libertades fundamentales, sin afectar la esencia de éstas. Si se acepta el principio de que no puede castigarse el pensamiento *-cogitationis poenam nemo patitur-* no es fácil saldar el problema. De ahí que en la legislación comparada —vr. gr. Alemania, Francia, España— se exija, para configurar el delito, la idoneidad en orden a producir un resultado lesivo. Pero aún en estos casos, la jurisprudencia ha hecho, en general, un esfuerzo importante para confinar la aplicación de la figura, en un esquema de interpretación restrictiva.

El problema es aún más complejo en el caso que tuvo que revisar el Tribunal Constitucional (en adelante TC) chileno, pues el proyecto de tipificación del “negacionismo” presentaba las notas de algo muy *sui generis*.

En efecto, el precepto objetado no compartía los elementos característicos que la figura tiene en el derecho comparado. Se trataba, en verdad, de un engendro a la chilena, una especie de esperpento jurídico, que no respetaba la lógica de la intervención penal en materia de derechos fundamentales, ni la garantía de la libertad de expresión, ni el papel de ésta en el funcionamiento de la democracia.

Vamos a analizar sumariamente la historia algo accidentada del proyecto y su contenido. Luego, la sentencia del Tribunal Constitucional. Finalmente, algunos aspectos críticos que se hace necesario destacar.

1. ANTECEDENTES: LA HISTORIA SUMARIA DEL PROYECTO QUE TIPIFICA EL “NEGACIONISMO”

El 4 de septiembre de 2017, el gobierno de Michelle Bachelet envía al Congreso el proyecto de ley que “*Tipifica el delito de incitación a la violencia*” (Boletín

N° 11.424-17)³. El texto busca establecer una “*sanción penal para aquellos discursos que, conforme a la terminología del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, consistan en una apología del odio que constituya una incitación de tal magnitud, que pueda desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo*”⁴.

En el mensaje se sostiene que los discursos son “gérmenes” de los hechos. Y, en cuanto tales, pueden desencadenar genocidios, crímenes de lesa humanidad u otros ilícitos contra determinados grupos, minando, por un lado, la dignidad humana, y, por otro, la igualdad, la no discriminación arbitraria y la democracia. El proyecto, por tanto, opta por lo que en doctrina se conoce como “delito de odio”, aproximándolo, en las motivaciones, a la inasible figura de los “delitos de clima”. Se afirma, complementariamente, que un tipo penal como el desarrollado en el texto, constituye una limitación “legítima, necesaria y proporcional” al ejercicio de la libertad de expresión⁵.

El proyecto, sin embargo, ofrece una tipificación taxativa a fin de afectar lo menos posible la libertad de expresión. Para configurar el delito de incitación a la violencia exige: (i) publicidad del discurso o aptitud para tal; (ii) intencionalidad específica; (iii) aptitud objetiva del mensaje para incentivar actos ilícitos de violencia; (iv) relación causal directa entre la expresión utilizada y el riesgo o peligro efectivamente producido; (v) dicho riesgo o peligro debe ser actual o inminente; (vi) debe ser, además, significativo⁶.

Con fecha 4 de julio de 2018, Sebastián Piñera formula una indicación substitutiva (Boletín 053-366), por la que reemplaza la pena de presidio por la de

³ La iniciativa de ley tiene como antecedente lejano la moción que busca tipificar el delito de incitación al odio racial y religioso (Boletín N° 7130-07, del 16 de agosto de 2010), y la que pretende incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra las personas (Boletín N° 11.331-07, del 19 de julio de 2017).

⁴ Mensaje 115-365 de la Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, Boletín N° 11.424-17, 4 de septiembre de 2017, p.4

⁵ Mensaje 115-365, cit., p.3. El texto cita el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone en su artículo 13 n°5 que “estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y 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”.

⁶ Los términos del tipo penal son los que siguen: “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” (Artículo 161-C). Mensaje 115-365, cit., p.10.

servicios en beneficio de la comunidad. La medida es completada sucesivamente por otras indicaciones presidenciales⁷.

Pero el proyecto de ley es modificado en la Comisión de Derechos Humanos, a partir de una indicación presentada por la diputada Carmen Hertz, que busca tipificar el delito de “negacionismo”.

El interés por la iniciativa originaria cambia rápidamente de rumbo, y los votos de los parlamentarios se dirigen a aprobar el delito de “negacionismo”, agregándose un nuevo párrafo al Código Penal y un nuevo artículo (artículo 161-D). El 22 de septiembre de 2020, la Cámara de Diputados aprueba en particular dicha disposición, momento en el cual algunos diputados hacen reserva de constitucionalidad.

El nuevo párrafo se titula “Del negacionismo y otros delitos contra la honra y dignidad de las personas”, y se incorpora al Libro II, Título III “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución”. El ilícito se describe como sigue:

“Artículo 161-D.- 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 11 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 del o los ofendidos, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales (de \$ 2.080.200 a \$ 3.120.300 aprox.)

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado y las multas se impondrán en su grado máximo, cuando la conducta la hubiere realizado un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, y sufrirá la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos”⁸

⁷ Cámara de Diputados, Oficios N° 137-366, del 16 de septiembre de 2018; N° 173-366, del 5 de noviembre de 2018; N° 392-366, del 14 de marzo de 2019.

⁸ Cámara de Diputados, Oficio n°15.890, del 22 de septiembre del 2020.

La disposición transcrita vuelve a imponer la pena corporal, acompañada de un elenco de sanciones graves. Pero además crea, en toda regla, una nueva figura (el “negacionismo”), sin vínculos determinantes con la idea matriz del proyecto original (“delito de incitación a la violencia”).

El problema es que la nueva figura constituye un verdadero monstruo jurídico.

Ya habrá oportunidad de abordar la cuestión lingüística y conceptual de las dos categorías políticas que rodean el nuevo delito: las “violaciones a los derechos humanos” (utilizada en el texto) y el “negacionismo” (supuesta en el texto). Por ahora, observemos dos cuestiones.

Primero, y para deshacer equívocos, hay que observar que el proyectado art.161-D sanciona como “negacionismo” algo muy distinto al delito homónimo tipificado en países como Alemania, España o Francia, por colocar algunos ejemplos. Es otra figura. De contornos tan laxos y con inclusión de penas tan graves que no se alcanza a discernir su sentido de justicia, su razonabilidad o su proporcionalidad. Más se aproxima a un grotesco instrumento de censura de un sector político a otro, quizás a un futuro comisariado del pensamiento.

En consecuencia, gran parte de la discusión que se levantó en nuestro país acerca de la oportunidad de establecer el delito de “negacionismo”, quedó oscurecida por la falta de delimitación que se le daba al término. Lo que en el art. 161-D se tipifica genéricamente como “negacionismo” no corresponde a lo que en la legislación comparada se describe como tal. Se trata, aquí, insistimos, de una figura mucho más laxa,⁹ de carácter esperpéntico, en el lenguaje de don Ramón del Valle Inclán.

El género literario del “esperpento”, explorado por Valle Inclán, tiene su origen en el uso simultáneo de los espejos cóncavos y convexos, en cuanto con ellos se logra una imagen deformante del objeto reflejado. Lo “esperpéntico”, como metáfora, refiere a una utilización del lenguaje (en nuestro caso del tipo penal) que al describir una conducta la deforma, haciendo uso de lo grotesco como

⁹ La disidencia del ministro señor Rodrigo Pica en la que justifica la figura falla precisamente en este punto: el “negacionismo” del proyecto de ley objetado no equivale al “negacionismo” de la legislación comparada. En términos lógicos, no nos encontramos ante dos concreciones singulares de una misma especie (“negacionismo”), sino equívocamente ante dos especies distintas (“negacionismo” en la legislación comparada; “esperpento jurídico” en el caso chileno). Se puede concordar en diversos puntos con la disidencia y su abundante argumentación. Por ejemplo, en que el “negacionismo agresivo es una forma de discurso de odio” (p.68), o que tal “agresión consistente en afectación de orden público o lesión de derechos transforma al acto negacionista en un llamado al odio que concreta un resultado en tal sentido” (p.69). El punto es que nada de eso se realiza en el precepto legal cuestionado. El umbral del odio no se encuentra en la figura como exigencia o requisito. O si se prefiere, se puede encontrar lo que se quiera y algo más, dada la generalidad de las categorías que utiliza. Por eso hablamos de esperpento jurídico.

medio de expresión (por el abuso del contraste, el recurso a la exageración, la distorsión de la escenificación, etc.)¹⁰.

En segundo lugar, como ya aludimos, la discusión sobre la legitimidad o la oportunidad de tipificar el “negacionismo” es amplia en la doctrina y en la jurisprudencia, por los efectos que tiene o puede tener en el ejercicio de la libertad de expresión. Por eso, si se quiere tipificar el “negacionismo”, no puede aceptarse la laxitud del proyectado art.161-D. Compáresele con la figura originaria propuesta por la Presidenta. Ninguno de sus elementos específicos es exigido ahora para castigar el “negacionismo”: ni la publicidad del discurso, ni una intencionalidad específica, ni la aptitud objetiva del mensaje para perturbar el orden o restringir un derecho; ni que el peligro o riesgo sea significativo, o, entonces, actual o inminente.

La diputada Carmen Hertz, a la sazón presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara y autora del texto, reconoce el objetivo político de la figura: *“está definido —sostiene— que no se puede justificar o negar las violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre 1973 y el 11 de marzo de 1990, que estén consignadas en los informes (Retting y Valech) de las comisiones nacionales que el propio Estado de Chile creó”*¹¹. O sea, hay una verdad oficial, fijada por comisiones de naturaleza administrativa y no judicial, que nadie, ni siquiera la ciencia histórica podría eventualmente discutir, so pena de presidio, multa e inhabilitación.

El punto suena bastante irracional. Si nos centramos en el horizonte de la “negación”, las interrogantes son generosas. Tomemos, por ejemplo, el Informe

¹⁰ Sobre la materia, Zamora Vicente, Alonso, La realidad esperpéntica. Aproximación a «Luces de bohemia», Madrid, Gredos, 1969.

¹¹ https://www.camara.cl/prensa/sala_de_prensa_detalle.aspx?prmId=135430. En su presentación ante el TC, la diputada comunista es más cautelosa, puesto que expresa que “el precepto en comento no sólo consiste en la negación, aprobación o justificación de crímenes determinados, sino que debe producirse perturbación al orden público o impedirse el ejercicio de un derecho por un tercero, siendo necesario tal resultado para su configuración”. Sin embargo, lo que se escribe con la mano, se borra con el codo. Pues no hay que ser avezado lector para comprender los alcances exorbitantes que puede alcanzar la frase “impedir el ejercicio de un derecho”. Es nítido que cualquiera que se sienta afectado en su derecho por un discurso calificado como “negacionista”, podría alegar que dicha afectación es precisamente el “resultado” de dicho discurso. Con lo que el precepto se estaría utilizando para sancionar ideas y no resultados. Es, por lo demás, lo que viene a decir la misma diputada en la citada presentación, cuando define el “negacionismo” como negación en el orden de la expresión de ideas y no de la instigación de conductas: (la diputada) “contextualiza las razones para legislar sobre el delito denominado de negacionismo en razón de crear una herramienta que permita combatir la negación de la existencia de delitos de lesa humanidad, es decir, aquellos que atentan no solo contra la vida e integridad personal de las víctimas, sino contra la condición humana misma”. Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, p.11.

Rettig: son nada menos que 1387 páginas, en tres tomos¹². ¿Qué parte puede o no puede negarse para constituir el delito del proyectado artículo 161-D? ¿Todo lo contenido en él que diga relación con las “violaciones a los derechos humanos”? ¿Hechos, nombres, fechas, ideas, periodización, interpretación histórica o marco conceptual? ¿O todos estos elementos, y más?

Si reducimos el alcance de la negación solo a los hechos delictuales o a los nombres de las víctimas que los informes constatan, la cuestión sigue siendo problemática. Incluso respecto a aquellos hechos y a los nombres de las víctimas se han registrado errores, por ejemplo, en materia de detenidos desaparecidos: personas tenidas como tales que nunca lo fueron¹³.

Es claro que un informe puede cometer errores en la materia. Por eso mismo, que exista la posibilidad de prohibir que se recaben con más precisión los hechos o el número de las víctimas es absurdo, pues la libertad para investigar no equivale a justificar los resultados de la investigación.

En esa misma línea, el informe Rettig recogió 3.550 denuncias, de las cuales 2.130 se consideraron casos de víctimas de “violaciones de los derechos humanos” y 168 víctimas “de la violencia política”. La terminología para englobar unos y otros no deja de ser discutible, por discriminatoria. Con el proyectado artículo 161-D, ¿se podría sancionar como “negacionistas” a quienes critiquen dicha distinción?

Con fecha 20 de octubre un grupo de diputados presentaron un requerimiento al Tribunal Constitucional. Se trata de un requerimiento bien hilado, donde se identifican con precisión los vicios de inconstitucionalidad que los requirentes observan. Varios de forma, otros de fondo.

En primer lugar, ven un problema de quórum. Sostienen que el precepto objetado fue aprobado sin respetar el quórum constitucional requerido. En efecto, se tipifica un delito que genera responsabilidad penal en el ejercicio de la libertad de opinión. Pero de acuerdo al art. 19 n°12 de la Constitución, las leyes que consagren esos delitos o abusos ha de ser de quórum calificado, lo que no se ha cumplido en el caso (76 votos, debiendo alcanzar 78).

Luego, los diputados observan que la disposición objetada fue aprobada a partir de una indicación parlamentaria que no guarda relación con las ideas matrices del proyecto original y que, en consecuencia, debería haber sido declarada como inadmisibles en su tramitación regular.

¹² Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (8 de febrero de 1991), Informe (Rettig): https://web.archive.org/web/20091223174254/http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html

¹³ <http://fasic.org/doc/notasmedios/los%20errores%20de%20los%20desaparecidos.pdf>

En cuanto al fondo, el requerimiento sostiene que el precepto cuestionado vulnera la libertad de expresión consagrada en el artículo 19 n°12 de la Constitución, en relación con el artículo 19 n°26, por cuanto afecta el derecho en su esencia, imponiendo límites desproporcionados a su ejercicio, en razón de la conducta sancionada.

En particular, se afecta el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para dar por legítima una limitación al presente derecho. A tales efectos, la limitación debe ser definida en forma clara y precisa a través de una ley formal y material; debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos, autorizados por la Convención Americana, y ha de ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida, e idónea para lograr el objetivo que se pretende obtener.

Asimismo, y a juicio de los requirentes, el precepto objetado viola la igualdad ante la ley reconocida en el art. 19 n°2, por cuanto circunscribe el tipo penal a hechos acaecidos en un período de tiempo determinado (11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990), cometidas por agentes del Estado. Por tanto, quienes aprueben, justifiquen o nieguen otras violaciones a los derechos humanos, no comprendidas en el tipo penal, no están sometidos a reproche, incurriéndose en este punto en una notoria discriminación arbitraria.

Finalmente, el proyecto de ley en cuestión afecta las garantías penales del artículo 19 n°3 de la Constitución, en tanto no cumple con los requisitos suficientes de tipicidad y taxatividad. La laxitud de los verbos rectores utilizados da cuenta de esta falencia. Los diputados constatan que la falta de exactitud del tipo penal no satisface el principio de tipicidad. No existe certeza para la ciudadanía de cuáles conductas se podrían subsumir dentro del tipo, multiplicando las posibilidades interpretativas de los tribunales.

De parte del Presidente de la República se formulan varias observaciones de interés en torno al delito de negacionismo y a la oportunidad (o peligro) de su recepción.

Se recuerda a este propósito la distinción entre los delitos de “incitación a la violencia” y el delito de “negacionismo”. El primero busca la protección de ciertos grupos minoritarios expuestos al daño material y moral derivado de conductas discriminatorias de otros grupos. Supone una expresión pública de sentimientos y actitudes negativas en contra de una o más personas en razón de su pertenencia a un grupo determinado, acompañada de la intención de promover la hostilidad contra las personas respecto de las cuales se dirige la conducta discriminatoria. En cambio, el “negacionismo” busca castigar el

mero hecho de negar o trivializar ciertos hechos históricos. De ahí que el delito se produzca sin la necesidad de que esa negación tenga la finalidad de incitar la hostilidad en contra de un grupo determinado de personas. Se constata, en esta línea, que el delito de “negacionismo” ha sido criticado por la doctrina, pues se debe exigir que los comportamientos sean punibles solo cuando generen amenaza o lesión concreta y relevante para los afectados¹⁴.

A juzgar por estas ideas, pareciera que el Ejecutivo parte de una noción no del todo clara de “negacionismo”. Es difícil encontrar en el derecho comparado una tipificación del “negacionismo” que se limite exclusivamente a castigar la pura negación o trivialización de un hecho histórico. En general, se exigen más elementos para completar el tipo penal, como veremos.

Probablemente, el Ejecutivo tomó como modelo el proyectado artículo 167-D. Pero dicho texto no es modelo, sino desfiguración del delito de “negacionismo”. Quizás también, se quiso radicalizar la diferencia con los “delitos de odio”, a fin de favorecer la tesis de la desvinculación del precepto objetado (“negacionismo”) con las ideas matrices del proyecto original (“delito de odio o de incitación a la violencia”).

El escrito del Presidente reitera los otros vicios de constitucionalidad formulados en el requerimiento, agregando algunos elementos de juicio adicionales en torno al estatuto de la libertad de expresión. Sostiene, al respecto, que el precepto objetado ha sido construido como una ley penal en blanco, al extremo de no definir expresa e íntegramente el núcleo de la conducta sancionada. Dicha conducta, consistente en la negación de violaciones a derechos humanos contenidas en extensos informes, colmados además de información específica, supone que estos son de conocimiento común de los ciudadanos. Por esta vía se vulnera de manera ostensible el principio de taxatividad, convirtiéndose el precepto objetado en una norma de contenido amplísimo. Con ello, tampoco se respeta el principio de intervención mínima del derecho penal

Respecto de la libertad de expresión, se subraya que el proyecto cuestionado impone, en realidad, una suerte de censura previa sancionando a quienes justifiquen, acepten o nieguen ciertos hechos, según lo expresado en informes presentes (que, además, no constituyen manifestación de la potestad normativa) y futuros.

Por todas estas razones, para el Ejecutivo es claro que el precepto en cuestión no cumple los estándares de proporcionalidad requeridos para restringir un derecho fundamental como la libertad de expresión.

¹⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, p.12.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con fecha 19 de noviembre de 2010, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento del grupo de diputados con el voto dirimente de la Presidente del tribunal, Ministra señora María Luisa Brahm, entrando a resolver los aspectos de forma y de fondo¹⁵.

Cinco ministros estuvieron por rechazar el requerimiento en lo relativo al vicio de desvinculación del precepto impugnado con las ideas matrices del proyecto original, para lo cual adoptaron una noción más amplia de “idea matriz”, según se puede deducir de su disidencia¹⁶.

Tres ministros estuvieron por no entrar en el fondo del asunto¹⁷. Un ministro votó en contra del requerimiento, con argumentos de fondo y adicionando argumentos de forma¹⁸. La sentencia contiene, asimismo, prevenciones varias¹⁹.

Nosotros nos haremos cargo del fallo y sus considerandos.

En general, se advierte que la sentencia acoge el requerimiento de inconstitucionalidad y se pronuncia respecto de todos los vicios señalados por los diputados requirentes. Veamos cada uno ordenadamente.

i. En cuanto al problema del quórum calificado, el TC declara que efectivamente el precepto objetado ha sido aprobado con un quórum menor al exigido por la Constitución, por lo que se ha incurrido en un vicio formal de inconstitucionalidad.

Sostiene el TC que el proyecto de ley establece un delito que precisamente tiene “*por objeto determinar responsabilidades punitivas en el ámbito de las libertades de opinión o de información, sobre la base de distinciones que minusvaloran (sic, reducen) el ámbito normativo expansivo de las libertades enunciadas*”. Para

¹⁵ Redactó el primer capítulo de la sentencia el ministro Gonzalo García (sobre el vicio de incumplimiento del quorum calificado); el segundo capítulo, el ministro Cristián Letelier (sobre el vicio de desvinculación con las ideas matrices); y el tercer capítulo, los ministros Iván Aróstica y Miguel Ángel Fernández (sobre la garantía de la libertad de expresión). Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, cit., p.80.

¹⁶ Disidencia de los ministros Gonzalo García, Juan José Romero, Nelson Pozo, María Pía Silva y Rodrigo Pica. Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, pp.37-42.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, pp.42-43.

¹⁸ Disidencia del ministro Rodrigo Pica, Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, pp.43-77.

¹⁹ Hay dos prevenciones: de los ministros Iván Aróstica y José Ignacio Vásquez, Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, p.77; de los ministros Iván Aróstica, Cristián Letelier y José Ignacio Vásquez, Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, p.78-80. En esta última, previenen que el precepto objetado es de naturaleza orgánica constitucional. Por tanto, a ese título, tampoco ha cumplido con el quorum requerido, y no comparten las razones aducidas en el primer capítulo de la sentencia.

ello se requiere, de acuerdo al art. 19 n°12, de una ley de quorum calificado. El TC subraya que se trata de un requisito formal, pero con una proyección material que conviene no olvidar, pues *“permite desarrollar la interpretación más amplia posible del derecho o libertad, entendiendo que las restricciones a su ejercicio son excepcionales y su interpretación limitada a supuestos específicos”*. Es más, la exigencia de quórum resguarda *“el respeto al contenido esencial de los derechos, los que en supuestos de regulación, complementación o limitación no pueden ser afectados por el legislador”*, de acuerdo al art. 19 n°26²⁰.

ii. Respecto de las *ideas matrices*, la sentencia reitera la jurisprudencia del tribunal en orden a delimitar de un modo estricto los alcances de esta categoría²¹. Y dada la prohibición del art. 69 de la Constitución, proyectada en el art. 24 de la Ley 18.918 Orgánica del Congreso Nacional, cualquier indicación que no guarde una vinculación inmediata y sustantiva con las ideas matrices vulnera el precepto constitucional.

El TC, en varios considerandos, afirma que el delito de incitación al odio es de especie diferente al delito de “negacionismo”. Cita, para tales efectos, la Observación General N°34, del Comité de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 2011, que distingue entre propaganda a favor de la guerra y del odio (lo que es conforme al pacto) y expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados (cuya prohibición penal no es conforme al pacto)²².

En la misma línea, constata que el proyecto original tipifica el delito de incitación a la violencia, con lo que se busca sancionar la apología del odio (cualificada por tales resultados), en el marco de la legislación antidiscriminación que ya existe en el país y que se recoge a nivel internacional. En cambio, la indicación que incorpora el “negacionismo”, busca impedir, de acuerdo a lo declarado por su autora, la expansión de los fenómenos

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerandos quinto, octavo y decimocuarto

²¹ Vale la pena transcribir el texto: el artículo 69 de la Carta Fundamental expresa que “Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”, prohibición imperativa constitucional, acerca de la cual esta Magistratura desde sus albores ha instituido una clara doctrina. En este sentido, ha expresado que “La idea matriz o fundamental está constituida por la situación, materia o problemas específicos que el autor del proyecto de ley señale como existentes y a cuya atención, en todas sus implicancias, quiere acudir por la vía de su potestad normativa legal [...]. En definitiva, las ideas matrices o fundamentales del proyecto son únicamente las comprendidas en el mensaje o moción pertinente y las indicaciones que tienen relación directa con las mismas son las que guardan con las primeras no sólo una vinculación inmediata sino que, además, sustantiva” (STC rol N°786 c.17. En el mismo sentido roles N°410, c.33; 7986 c.13, entre otros)”. Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerando décimo quinto.

²² Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerando vigesimosexto.

“negacionistas”, a fin de garantizar un ejercicio responsable de la memoria histórica respecto de las violaciones a los derechos humanos²³. Se incorpora al proyecto originario por razones de pertinencia con las acciones de incitación a la violencia y de economía procesal a fin de evitar originar leyes dispersas²⁴. Pero es patente la incongruencia de dicha indicación con las ideas matrices, que dicen relación con el delito de incitación a la violencia y no con la figura del “negacionismo”²⁵.

iii. En relación con el estatuto de la *libertad de expresión y de opinión*, la sentencia declara que el precepto objetado viola de manera patente esta garantía constitucional, sea en sí misma considerada, sea en su vínculo esencial con el funcionamiento del sistema democrático, sea en el marco interpretativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este encadenamiento lógico no figura explícitamente, pero resulta claro cuando se evalúan los argumentos en un solo todo.

Quizás no era necesaria una distinción tan nítida entre libertad de expresión y libertad de opinión (de género a especie), como la que figura en la sentencia, pero es probable que se haya elegido este camino para efectos expositivos.

En cuanto a las libertades de expresión, el TC sostiene que garantizan el desarrollo pleno de la persona y *“posibilitan comunicar cuanto resulte de la libertad intelectual de dudar y pensar, sin que nadie deba temer condena alguna o tener que beber cicuta por el hecho de poner públicamente en entredicho un discurso hegemónico o cierto paradigma asentado”*. Respecto de su conexión con el sistema democrático, subraya que en el artículo 19 n° 12 *“se asegura que el Estado resguarde el diálogo racional que posibilita el pleno ejercicio de esas libertades, sin censura previa, aunque ellas tengan por objeto desafiar una verdad establecida, conforme asegura el artículo 19, N° 12, inciso primero, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional, de lo cual se sigue también que corresponde al Estado garantizar especialmente la libertad de cátedra, que impide cancelar a priori posturas académicas contrarias a la opinio communis, sin considerar su valor argumental”*²⁶.

Evalutando la tradición constitucional chilena y el derecho internacional de los derechos humanos, el TC sostiene que es inadmisibles configurar un delito de opinión, castigar las ideas políticas, impedir la investigación

²³ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, Considerando vigesimoquinto y vigesimosegundo.

²⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, Considerando vigesimonoveno.

²⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerando trigesimosegundo.

²⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerando trigesimocuarto y cuadragesimocuarto.

científica, ejercer el derecho de crítica o ser perseguido o discriminado por pensar de manera distinta²⁷.

A resultas, *“tanto para el desenvolvimiento pleno de la persona, como para el cabal funcionamiento del régimen democrático”*, el estatuto de la libertad de expresión garantiza que su ejercicio se realice *“sin censura previa y sólo respondiendo ulteriormente por los delitos y abusos que se cometan en su ejercicio, conforme lo establezca una ley de quórum calificado”*²⁸.

En la faceta de libertad de opinión, el TC cita la jurisprudencia alemana y la chilena. La opinión comprende, por definición, la manifestación subjetiva, la valoración personal, la posibilidad de errar, aunque no estén fundamentadas, aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades políticas²⁹. Solo *ex post*, se puede y debe responder por los abusos³⁰.

El principio de libertad de opinión sin censura previa debe mantenerse siempre indemne. Lo contrario, supone vulnerar la esencia del derecho y la substancia del juego democrático³¹. En el caso –siempre excepcional– que se restrinja el ejercicio de la libertad mediante un reproche penal, éste debe ser preciso, proporcionado, dirigido a sancionar no ideas sino conductas, como la incitación al odio o la convocatoria a cometer delitos de lesa humanidad³².

Precisamente en este punto es donde el precepto objetado viola la libertad de opinión sin censura previa pues incorpora *“un tipo penal que arriesga (...) perseguir simplemente ideas, juicios o apreciaciones”*³³.

La sentencia no se refirió a otros derechos correlacionados, que también se encuentran en el centro de la cuestión: la libertad ideológica y la libertad de información.

²⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerandos trigesimoquinto a cuadragésimoprimeros.

²⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerando cuadragésimocuarto.

²⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerandos quincuagésimo a quincuagesimosexto.

³⁰ Al respecto, dice el TC: “Las responsabilidades solo pueden nacer *ex post* al ejercicio efectivo de dichas libertades, y no con antelación, de modo que al criminalizar meras opiniones se pueda imponer un monopolio de la verdad. De donde resulta constitucionalmente más adecuado, en vez de ocluir a priori y por vía legal todo un género de opiniones, sancionar caso a caso el eventual ejercicio abusivo o delictual de esa libertad amplia para opinar, en supuestos calificados que den cuenta -para lo que aquí interesa- de haber mediado una verdadera apología del delito o una convocatoria a cometer genocidios o crímenes de lesa humanidad el derecho a opinar”. Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerando cuadragésimoséptimo.

³¹ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerandos quincuagesimoséptimo y quincuagesimooctavo.

³² Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, considerando quincuagesimonoveno.

³³ Tribunal Constitucional, Sentencia rol 9529-20, Considerando sexagesimoprimeros.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

Lo primero que sorprende del precepto objetado es la confusión conceptual. De alguna manera dicha confusión condiciona la argumentación del Ejecutivo, la postura de la disidencia (que por razones de espacio no podemos analizar aquí) y la misma sentencia del Tribunal Constitucional en lo relativo a la noción de “negacionismo”. Es tan débil, tan aproximativa, tan laxa, tan poco pulcra la tipificación de dicho delito en el proyectado art. 167-D del Código Penal, que escapa a toda comparación efectiva con otras figuras de la misma denominación.

Como noción basal, el “negacionismo” es un tipo de discurso que niega la veracidad de las pruebas que existen sobre un hecho histórico (las atrocidades de Auschwitz, o la masacre del bosque de Katyn, por ejemplo, llevada a cabo por la NKVD, policía secreta soviética) para sustituirlas por falacias o sofismas que no resisten la contrastación con la realidad. Dicho discurso está destinado a causar determinados resultados nocivos, particularmente contra ciertos grupos. Esos resultados nocivos son los que llevan a penalizar el discurso que, de otro modo, quedaría protegido por ser solo expresión de una opinión o una idea política, histórica, etc.

Pero el art. 161-D, objetado por el TC, hace otra cosa. Al penalizar la negación, aprobación o justificación de las “violaciones a los derechos humanos” (un concepto inadmisibles, para estos efectos, por su generalidad y apertura) no reconoce la diferencia elemental que existe entre negar hechos (asesinatos, desapariciones, etc.), interpretarlos (situarlos históricamente, inquirir sus causas) y calificarlos jurídicamente (si son crímenes de genocidio, de lesa humanidad, etc.). El término “violación a los derechos humanos” parece querer arrastrar todo a su paso, operando -digámoslo en términos penales- una desaparición injustificada de elementos típicos.

En la hipótesis en que se esté de acuerdo con la legitimidad u oportunidad de recoger el “negacionismo” como delito penal, hay que discernir con precisión cuáles son los elementos de la figura, pues estos, a su vez, debieran ser indicativos de su carácter restrictivo, en cuanto limitan el ejercicio de un derecho fundamental de vital importancia, incluso para el régimen político.

A este propósito podemos tomar como ejemplo la Decisión Marco 2008/913/JAI, de la Unión Europea (28 de noviembre de 2008), relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal³⁴.

³⁴ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/913/JAI, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>

La Decisión Marco integra en un mismo artículo dos grupos de delitos: la incitación a la violencia o al odio, y lo que llamamos “negacionismo”. Ambos se inspiran en *“la lucha contra el racismo y la xenofobia, (que) requiere varios tipos de medidas en un marco global y (que) puede no estar limitada a cuestiones penales. La presente Decisión marco se limita a la lucha contra formas particularmente graves de racismo y de xenofobia mediante el Derecho penal”*³⁵.

Es interesante conocer el texto, no solo para contrastar ambas figuras (delito de odio y delito de “negacionismo”), sino también para verificar el rango mínimo de determinación típica que se debe exigir a la segunda figura, muy lejos de la laxitud del precepto declarado inconstitucional por el TC.

Establece la referida Decisión Marco:

“Artículo 1. Delitos de carácter racista y xenófobo.

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color,

³⁵ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/913/JAI, considerando 6.

la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional³⁶.

En la descripción del “negacionismo” (art. 1.1. c y d), se ve claramente que la sola expresión de una idea, discurso o relato que niegue o justifique determinados hechos no basta para configurar el delito. La disposición explícita que lo que se sanciona son (i) “*conductas intencionadas*”, (ii) que refieren a crímenes definidos (del Estatuto de la Corte Penal Internacional y del Estatuto del Tribunal Militar Internacional), (iii) dirigidos contra “grupos dianas”, y (iv) cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio.

Además, la propia Decisión Marco permite, en el artículo 1.2, cualificaciones adicionales que reducen el ámbito punitivo, como la exigencia de perturbación del orden público (según la legislación alemana), o que el discurso resulte amenazador, abusivo o insultante (como el *hate speech*), o que los crímenes que se niegan hayan sido establecidos judicialmente, como el caso de Francia.

³⁶ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/913/JAI, Artículo 1.

De cualquier modo, y a todo evento, el artículo 7 de la Decisión Marco establece una cláusula de garantía en favor de las libertades de expresión, de información y de prensa, las que no pueden ser vulneradas³⁷. Lo que tiene especial importancia en el mundo europeo a la hora de legislar sobre el “negacionismo”, particularmente en lo relativo a la tentación de imponer –lo que hacía el precepto chileno– grados inadmisibles de adelanto de la barrera punitiva.

Observa Teruel Lozano que no obstante las diferencias conceptuales que pueden encontrarse entre el discurso de odio y el discurso negacionista, la Decisión Marco ha preferido incorporar el “negacionismo” en una más genérica categoría de delitos de odio, por hacer parte de una misma política criminal contra el racismo y la xenofobia³⁸.

A este propósito, una serie de autores han estudiado con detención la tipificación de los delitos de negacionismo, la postura de las jurisprudencias nacionales y europeas y los debates en la doctrina. Un sector ponderable de ésta advierte sobre lo peligroso que resulta tipificar esta figura, tanto por las insuficiencias en la técnica penal, como por el problema de la garantía para las libertades fundamentales³⁹.

Teruel Lozano ha reconstruido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros tribunales europeos en relación al discurso negacionista. Podemos aprovechar dicha reconstrucción, para inducir algunos criterios válidos respecto del establecimiento del delito de “negacionismo”, en la hipótesis que se considere legítima su tipificación:

En el evento de establecer el delito de negacionismo, el legislador debe preocuparse de varios principios:

- i. Dentro de la dogmática constitucional actual, los discursos “negacionistas”, en sí mismo considerados, caen dentro del ámbito de protección inicial de la libertad de expresión⁴⁰.
- ii. Tratándose de controversias sobre hechos históricos y su interpretación,

³⁷ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2008/913/JAI, Artículo 7.

³⁸ Teruel Lozano, Germán, “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2015), p.6, pp.1-51.

³⁹ Particularmente acucioso resulta Teruel Lozano, Germán M. (2015), *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera* (Prólogo de A. Garrorena Morales y Jaime M. Peris Riera, Madrid, CEPC). Una oportuna evaluación en Ruiz Robledo, Agustín, “Los riesgos de penalizar el negacionismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, mayo-agosto (2016), pp. 437–445;

⁴⁰ Es, por ejemplo, la doctrina del Tribunal Constitucional español: STC, 1ª, 1991/214, 11 de noviembre de 1991 y STC, 2ª, 1995/76, 22 de mayo de 1995.

- no les corresponde a los tribunales sentar una “verdad oficial”, pues se incluye en la libre investigación y la libertad de expresión⁴¹.
- iii. Los criterios elegidos por la ley para limitar el discurso “negacionista” no pueden llevar a descartar *prima facie* su contenido, salvo que se trate de lenguaje vejatorio, pues, en garantía de la honra, no existe el “derecho al insulto”.
 - iv. Los delitos de “negacionismo” deben ser interpretados por los jueces de manera restrictiva, y acreditando en cada situación particular la debida proporcionalidad en la injerencia de la libertad de expresión⁴².
 - v. No es recomendable basar los límites al discurso negacionista en bienes jurídicos difusos o supra-individuales, como la dignidad humana, la paz pública, el orden público, etc., dado que por su correlativa indefinición, suponen una tarea de concreción que abre las puertas a una infinidad expansiva de posibilidades, que en manos arbitrarias, pueden encubrir medidas sancionatorias contra las ideas políticas disidentes⁴³.
 - vi. Es inaceptable fundar el contenido injusto del “negacionismo” en la mera posibilidad de crear un “clima” favorable a los crímenes (que se niegan). Dicho contenido no puede consistir en una “posibilidad”, sino, en todo caso, en la generación de un peligro cierto de generar un clima de hostilidad. Pero aún esto no es suficiente, pues como observa Teruel Lozano, es fácil generar formas de peligrosidad presuntas incompatibles con las exigencias mínimas de antijuridicidad material. Si se va a tipificar un delito de peligro hipotético o potencial, se debe

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2ª, 29/06/2004 (Apl. 64915/01; caso Chauvy y otros c./ Francia), donde expone que “es una parte integrante de la libertad de expresión la búsqueda de la verdad histórica y no es función del Tribunal arbitrar las cuestiones históricas, que son parte de un continuo debate entre historiadores que da forma a la opinión sobre los hechos que tuvieron lugar y su interpretación”.

⁴² Al respecto, dice Muñoz Conde que “los tribunales tienen una difícil tarea para distinguir, por encima de las tendencias ideológicas y de la coyuntura política internacional, las conductas claramente merecedoras de pena de la que sólo es actitud de defensa de determinadas ideologías que por recusables que puedan parecer no son más que un ejercicio de libertad de expresión”. Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal. Parte especial (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 20ª ed.), p.714.

⁴³ La advertencia es de Stortoni, Luigi, “L’incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?”, Rivista di giurisprudenza costituzionale e civile, Il Foro Italiano, vol. CII, 1979, p. 905. Una crítica a las situaciones macrolesivas fundadas en factores socio-políticos, Fronza, Emanuela, El negacionismo como reato (Milano, Giuffrè, 2012), p. 144; y Merli, Antonella, Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008), p. 37. Sobre la indeterminación de la “dignidad humana” para este tipo de delitos, Fronza, Emanuela, El negacionismo como reato, cit, p.135; y Cuerda Arnau, María Luisa, “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, en Quintero, Gonzalo y Morales, Fermín, El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz (Cisur, Aranzadi, 2001), p. 1163. Análogo problema se produce con el “orden público” y categorías análogas, Barile, Paolo, Diritti dell’uomo e libertà fondamentali (Bologna, Giuffrè, 1984), p.122, y Fiore, Carlo, I reati di opinione (Padua, CEDAM, 1972), p.167.

exigir la efectiva verificación de una peligrosidad real. Pero subsiste la dificultad de adelantar la barrera de punibilidad a etapas que preceden no solo a la lesión, sino al peligro concreto⁴⁴.

- vii. Cuando se sanciona un discurso por constituir antecedente idóneo para ejecutar delitos (provocación al odio o a la violencia), la incitación tiene que conllevar un peligro real e inminente de causar el resultado lesivo. Pero en el discurso “negacionista” no existe incitación directa, a lo más encubierta. La antijuridicidad deberá inducirse de variables externas al relato comunicativo, pues de lo contrario no hay manera de concluir que el discurso constituye una provocación a la comisión de un acto. Negar ciertos hechos no supone de suyo una incitación a su comisión⁴⁵.

⁴⁴ A este propósito, observa Tuero Lozano que “el delito de negacionismo ha sido interpretado mayoritariamente como una figura de peligro abstracto en la que aquello que se pretende evitar es una suerte de «clima», que protegía frente a un «estado de ánimo social» hostil contra las personas que pertenecen a unos grupos sociales especialmente sensibles. El «resultado lesivo temido» no era, por tanto, que se produjera un genocidio, sino hechos muy anteriores que adelantaban la barrera punitiva hasta el castigo de provocaciones que pudieran desatar una «chispa» de la que degeneraran actos ilícitos (hostilidad, violencia, odio), los cuales a su vez generarán un clima en el que potencialmente pudiera cuajar un genocidio: la «antesala del Holocausto», la «semilla» para futuros genocidios, «donde los delitos de genocidio se incuban o pueden incubarse», el «clima ambiental o caldo de cultivo de acciones violentas subsiguientes», allí donde hay que «aplastar a la serpiente en el huevo» (...). La idoneidad lesiva derivaba del desencadenamiento de un curso causal psicológico que podía llevar, por la acción material de otros, a la lesión del bien jurídico, lo que alejaba a su vez el juicio de responsabilidad personal. Además, el juicio de peligrosidad no podía sustentarse en una base empírica de orden material o natural, sino socio-política, difícilmente delimitable por el legislador a priori. Todo lo cual en protección de bienes jurídicos de contenido difuso, que terminaban desvirtuando el necesario fundamento ofensivo e incurrían en un encadenamiento de adelantos de la barrera punitiva”. Tuero Lozano, Germán, “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *Revista para el Análisis del Derecho* (octubre 2015), pp.27-28. Sobre la necesidad de delimitar con precisión las situaciones de peligro, Alesiani, Laura, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale* (Milano, Giuffrè, 2006), p. 207-209.

⁴⁵ Observa el mismo autor que “en el caso de discursos negacionistas el «resultado lesivo temido» normalmente no coincidirá con el hecho negado o justificado (un genocidio, por ejemplo), sino que lo habitual es que el «resultado lesivo temido» se trate de un acto de hostilidad concreto (...). (Pero en este caso), “los discursos provocadores a actos ilícitos sólo pueden ser privados de protección constitucional si, atendidas las circunstancias concretas (tanto del propio tenor del discurso como del contexto) generan un «claro» e «inminente» peligro de que se produzca una lesión de un bien constitucional, entendido como alta probabilidad de que se verifique el «resultado lesivo temido» (la lesión del bien constitucional). En particular cuando se trate de un peligro relacionado con contextos socio-políticos cambiantes y no susceptibles de comprobación científica, la valoración de la efectiva peligrosidad exige también una inminencia; es decir, el peligro ha de resultar «cercano» en el tiempo. No es lo mismo que se dé un peligro de contaminación de un río, que si el peligro es la generación de un clima de hostilidad social, donde esa peligrosidad sólo se puede probar mediante criterios de valoración socio-políticos y por ello es recomendable exigir no sólo una «alta probabilidad» de que se verifique el resultado sino también una «inminencia» en el mismo. De ahí que la doctrina norteamericana acuñara en el caso del discurso extremo el criterio del «clear and present danger»”. Tuero Lozano, Germán M. (2015), “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, cit., pp.26 y 19.

- viii. La tipificación del “negacionismo” no debe saltarse elementos típicos. Reiteramos que para configurar tal delito se debe exigir: (i) publicidad del discurso o aptitud para tal; (ii) intencionalidad específica; (iii) aptitud objetiva del mensaje para incentivar actos ilícitos de violencia u otros resultados lesivos; (iv) relación causal directa entre la expresión utilizada y el resultado lesivo; (v) el resultado lesivo debe ser significativo, actual o inminente.

4. “VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS”: LA TRAMPA DE LAS PALABRAS

No quisiéramos terminar esta reseña sin intentar precisar el término “violaciones a los derechos humanos”.

No hay duda que se incurre en un abuso lingüístico y conceptual (a la par que en una imprecisión jurídica) cuando se utiliza esta categoría como lo hace el objetado art. 161-D del Código Penal: “*El que (...) justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos (...)*”.

Cuando los alcances de un término son imprecisos, es importante delimitar su significado. Es lo que sucede con esta categoría “violación a los DDHH”, que se presta a tan variados usos jurídicos y políticos.

- i. En términos generales, hay violación a los derechos humanos cada vez que se afecta ilegítimamente cualquiera de los derechos esenciales de la persona humana. Un listado consensuado de ellos se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), o en la Convención Europea de Derechos Humanos (1953). A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una amplísima jurisprudencia.

En Chile, el art.2 de la Ley 20.405 entrega al INDH la promoción y protección de los derechos humanos con estos amplísimos alcances. Otra cosa es cómo en concreto ha actuado dicho organismo.

- ii. En un sentido más restringido, hay “violación a los derechos humanos” cuando se afecta de manera grave derechos especialmente vinculados a la dignidad, como en los crímenes de lesa humanidad o en los crímenes de guerra. El sujeto activo puede ser el Estado, pero también organizaciones terroristas, como el ISIS en Siria, o incluso agrupaciones más difíciles de cualificar, como el caso de los hutus y tutsis en Ruanda.

En este significado, el artículo 9 de la actual Constitución establece que “el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”.

- iii. También se habla de “violación a los derechos humanos” para referirse a los graves delitos que cometen agentes del Estado contra particulares, incumpliendo sus deberes básicos en la materia. Particular atención ofrecen las violaciones del derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la seguridad personal y libertad individual. La Convención contra la Tortura (1987) o el Informe Valech (2004) suponen el uso del término “violación a los derechos humanos” con este significado.

La Convención contra la Tortura (1987) exige que el delito sea “infligido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”⁴⁶. Se trata de una inclusión que supone que el Estado es siempre el agente más poderoso y más cruel en la comisión de estos delitos. Sabemos, sin embargo, que esto es un reduccionismo injustificado. Hay grupos terroristas —y la actual normativa internacional lo reconoce— que pueden ser tanto o más poderosos, crueles y sistemáticos que los agentes del Estado. Los casos de Sendero Luminoso y Túpac Amará en el Perú, o de las FARC colombianas, son patentes en Hispanoamérica. Nada impide hablar de violaciones a los derechos humanos por parte de esos grupos. Así lo hace, sin ir más lejos, el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Perú, que constata las violaciones de derechos humanos no solo por parte de los agentes del Estado, sino de las “organizaciones subversivas”⁴⁷.

⁴⁶ ACNUDH, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 26 de junio de 1987, artículo 1.1.

⁴⁷ Comisión Verdad y Reconciliación de Perú (28 de agosto de 2003), Informe Final (Prefacio), pp.13-17. El texto se encuentra en: <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>. Respecto de Sendero Luminoso constata el Informe que “mostramos en estas páginas de qué manera la aniquilación de colectividades o el arrasamiento de ciertas aldeas estuvo previsto en la estrategia del PCP-Sendero Luminoso. Junto con ello, el cautiverio de poblaciones indefensas, el maltrato sistemático, el asesinato como forma de impartir ejemplos e infundir temor conformaron una metodología del horror puesta en práctica al servicio de un objetivo —el poder— considerado superior al ser humano. El triunfo de la razón estratégica, la voluntad de destrucción por encima de todo derecho elemental de las personas, fue la sentencia de muerte para miles de ciudadanos del Perú. Esta voluntad la hemos encontrado enraizada en la doctrina del PCP-Sendero Luminoso, indistinguible de la naturaleza misma de la organización en esos veinte años. Nos hemos topado con aquella razón estratégica en las declaraciones de los representantes de la organización, que transparentan una disposición manifiesta a administrar la muerte y aun la crueldad más extrema como herramientas para la consecución de sus objetivos. Por su carácter inherentemente criminal y totalitario, despectivo de todo principio humanitario, el PCP-Sendero Luminoso es una organización que, en cuanto tal, no puede tener cabida en una nación democrática y civilizada como la que deseamos construir los peruanos”. *Ibid.*, pp.14-15.

Resulta curioso, al respecto, la denominación que utiliza el Informe Rettig (1991). Para las “desapariciones de personas detenidas, las ejecuciones, las torturas con resultado de muerte cometidas por agentes del Estado o personas al servicio de este”, reserva el término “violación de los derechos humanos”. Para “los secuestros y atentados contra la vida cometidos por particulares bajo pretextos políticos” utiliza, en cambio, el eufemismo de “violencia política”⁴⁸.

Pero dado que lo sustancial no es el nombre sino la realidad nominada, el mismo informe considera materialmente los “actos de violencia política” como violaciones a los derechos humanos. Lo que se confirma con la lectura del art. 3 n° 6 de la Ley 20.405, ya citada. Por injustificadas motivaciones políticas, hay incongruencia en el léxico (unos, pero no otros sufren por causa de “violaciones a los derechos humanos”), pero no en la materia.

- iv. El objetado art. 161-D del Código Penal incurría en esta parcialidad: *“El que (...) justificare, aprobar o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado (...) entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, consignadas en el Informe (...)”*

No puede ser que solo de un grupo de víctimas se utilice el léxico “derechos humanos” (las víctimas de los agentes del Estado entre los años 1973-1989) y no se incluya otros grupos, sujetos pasivos de crímenes análogos.

Tampoco es aceptable que el rótulo “violaciones a los derechos humanos” se pueda aplicar a las actividades criminales de agentes del Estado solo a partir de 1973, y no durante el período anterior que abarcan los años 1964 a 1973.

Por todo lo anterior, es claro que restringir el uso del término “violación a los derechos humanos” resulta realmente inexcusable. La aspiración garantista de tales derechos es mucho más amplia.

Por eso mismo, el término “violaciones a los derechos humanos” es en exceso genérico, abierto a una pluralidad de significados, lo que le hace no recomendable para integrar un elemento típico de la figura de “negacionismo”.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El término “negacionismo” puede presentar significados equívocos, por lo que es importante delimitar su significado. De hecho, la figura del “negacionismo” declarada inconstitucional por el TC chileno poco tiene en común con el delito homónimo del derecho comparado, debido a la laxitud, a la falta de taxatividad y a la ausencia de cuidado con la garantía de la libertad

⁴⁸ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (8 de febrero de 1991), Informe (Rettig), p.4.

de expresión. Es una figura esperpéntica, que podría haber funcionado, sin mayor dificultad, como una ley mordaza.

Es interesante observar que, en la legislación comparada, los delitos de “negacionismo” se vinculan a toda una sistemática de ilícitos de incitación a la violencia y al odio. Y es que no basta la mera negación de un hecho, para que el “negacionismo” sea penado. La Decisión Marco 2008/913JAI de la Comisión Europea, por ejemplo, incluye cualificaciones adicionales para reducir el ámbito punitivo del “negacionismo”, en caso de que los Estados opten por esa vía (y aun así, la doctrina debate la viabilidad de las categorías difusas). También se integran elementos subjetivos al tipo delictivo (por ejemplo, la motivación discriminatoria, antisemita, etc.). Muy poco de esto aparece en el proyecto declarado inconstitucional por el TC chileno. Aparte de utilizar sin más precisión la genérica categoría de “violación de los derechos humanos”, hace uso de un umbral mucho más bajo en la constatación de los hechos: basta que estén consignados en informes de órganos administrativos y no judiciales, como el Informe Rettig y otros, para que no se pueda debatir/investigar/preguntar.

Se dirá que el proyecto objetado también contenía cualificaciones. Que refería a discursos con resultados lesivos. Pero, como vimos en su lugar, eran pompas de jabón. Nada más. En la práctica se abrían las puertas para perseguir la sola expresión de ideas. La censura previa a partir del contenido del discurso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACNUDH, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 26 de junio de 1987, artículo 1.1
- ALESIANI, Laura, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale* (Milano, Giuffrè, 2006).
- BARILE, Paolo, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* (Bologna, Giuffrè, 1984).
- Boletín N° 11.331-07, del 19 de julio de 2017.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (8 de febrero de 1991), Informe (Rettig): https://web.archive.org/web/20091223174254/http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (8 de febrero de 1991), Informe (Rettig).
- COMISIÓN VERDAD Y RECONCILIACIÓN DE PERÚ (28 de agosto de 2003), Informe Final (Prefacio) <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>

- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2008/913/JAI, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>
- FIORE, Carlo, *I reati di opinione* (Padua, CEDAM, 1972).
- FRONZA, Emanuela, *Il negazionismo come reato* (Milano, Giuffrè, 2012).
- CÁMARA DIPUTADOS https://www.camara.cl/prensa/sala_de_prensa_detalle.aspx?prmId=135430
- MENSAJE 115-365 DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Boletín N°11.424-17, del 4 de septiembre de 2017.
- MERLI, Antonella, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 20ª ed.)
- OFICIO N°15.890, del 22 de septiembre del 2020; Cámara de Diputados.
- OFICIOS N° 137-366, del 16 de septiembre de 2018; N° 173-366, del 5 de noviembre de 2018; N° 392-366 del 14 de marzo de 2019; Cámara de Diputados.
- QUINTERO, Gonzalo y Morales, Fermín, *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (Cisur, Aranzadi, 2001).
- SENTENCIA ROL 9529-2020, Tribunal Constitucional, del 19 de noviembre de 2020.
- STORTONI, Luigi, “L’incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?”, *Rivista di giurisprudenza costituzionale e civile*, Il Foro Italiano, vol. CII, 1979.
- TERUEL LOZANO, Germán M. (2015), *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera* (Prólogo de A. Garrorena Morales y Jaime M. Peris Riera, Madrid, CEPC). Una oportuna evaluación en Ruiz Robledo, Agustín, “Los riesgos de penalizar el negacionismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, mayo-agosto (2016).
- TERUEL LOZANO, Germán, “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2015).
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 2ª, 29/06/2004 (Apl. 64915/01; caso Chauvy y otros c./ Francia).
- ZAMORA VICENTE, Alonso, *La Realidad Esperpéntica. Aproximación a <<Luces de bohemia>>*, Madrid, Gredos, 1969.