

COLUMNAS

La libertad de Expresión y el Castigo al Negacionismo

El Ciudadano · 19 de enero de 2019





Hace unas semanas nos enteramos que la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados aprobó la indicación presentada por la diputada Carmen Hertz (PC) que busca tipificar como delito el negacionismo. A través de los medios de comunicación se esgrimieron distintas opiniones de actores políticos referentes a que esto podría tratarse de una vulneración a la Constitución por limitar arbitrariamente la libertad de expresión. Algunos sectores incluso le han dado la calificación de “Ley Mordaza”, los adeptos sin embargo han indicado que una ley que castigue el negacionismo en Chile es razonable y necesaria. A continuación, se analizará el delito de negacionismo desde su perspectiva constitucional en lo relativo al derecho fundamental de la libertad de expresión en nuestro país.

Para comenzar debemos situarnos históricamente en el origen y concepto del delito de negacionismo y qué es lo que se entiende como tal.

Los primeros antecedentes los podemos encontrar en Europa al concluir la II Guerra Mundial. La comunidad internacional después del conflicto comenzó a tomar conciencia en cuanto a los atroces, graves e inaceptables hechos ocurridos, principalmente a manos de los nazis en el III Reich con sus políticas de exterminio. Ante estas conductas reprochables y la preocupación de la comunidad internacional, se inició la persecución de los responsables de estos crímenes, sometiénolos a complicados procesos penales encaminados a obtener condenas que fueran ejemplificadoras. En simultáneo a estos procesos comenzaron a surgir corrientes de grupos sociales en Alemania quienes justificaban la política nazi de exterminio en contra de los judíos, incluso poniendo en duda la existencia del holocausto. Esta corriente negaba continuamente los terribles hechos acaecidos intentando borrar estos actos de la historia de la humanidad. A esta expresión de negación y justificación de los crímenes se le llamó “revisionismo histórico” hoy conocido como negacionismo.

Lo anterior llevó al legislador alemán a cuestionar la protección absoluta de la libertad de expresión, temiendo que estas corrientes negacionistas se expandieran y pudieran corromper una frágil democracia aún en construcción después del desastre de la posguerra. Preocupaba también desde el punto de vista internacional ante el sistema europeo de derechos humanos, donde la negación constituía un grave antecedente que podría significar un peligro para la paz en Europa al relativizar y justificar los crímenes de lesa humanidad. Estas fueron algunas razones para el desarrollo en Alemania de tipos penales que calificaron como delito la negación o la justificación al holocausto.

No sólo Alemania avanzó en este sentido. Austria contempla en su ordenamiento jurídico la Ley que prohíbe el Nacional-Socialismo, sancionando la apología de

este movimiento. Francia por su parte castiga los actos racistas, antisemitas, xenófobos y la apología de los crímenes contra la humanidad (Ley Gayssot 90-615 de 1990).

La tipificación y los antecedentes que sirvieron de sustento no estuvieron -ni están- lejos de controversia, aún no es unánime la doctrina internacional en cuanto a su aceptación. Es por ello que es de crucial importancia para el presente análisis considerar los criterios que estableció la Comisión Europea de Derechos Humanos al conocer de casos condenatorios por negacionismo. El primer criterio que establece es que si bien, efectivamente hay una limitación a la libertad de expresión, tal restricción debe estar correctamente prevista en una ley. El segundo criterio es que no responde a una limitación constitucional arbitraria o irrazonable puesto que responde a una finalidad legítima reconocida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 10) que es la preservación del orden público, la prevención del delito y la protección de la reputación de los demás, en consecuencia respondiendo a una necesidad de orden social. El último criterio y no menos importante, es que establece que el delito contra el negacionismo trata de una medida necesaria en una sociedad democrática, especialmente cuando se trata de salvaguardar los derechos de grupos que históricamente han sufrido violencia y discriminación (Caso Otto E.F.A. Remer contra Alemania, sep, 1995).

De tal manera que en el ámbito europeo se ha considerado admisible el desarrollo normativo de tipos penales que castigan la negación, apología, y la banalización del holocausto y también, en el caso francés, de los crímenes de lesa humanidad. Asimismo, si bien se ha reconocido que se trata de injerencias en la libertad de expresión, **esta limitación ha sido considerada admisible por estar**

comprendida en la ley, por tener una finalidad legítima y por ser necesaria en una sociedad democrática.

En cuanto a Chile, antes de comenzar a analizar la libertad de expresión como tal, debemos considerar que claramente no hay derechos fundamentales absolutos, todos pueden estar afectos a limitaciones. Es más, el que es considerado el derecho fundamental más importante como lo es el derecho a la vida (Art. 19 N°1 CPR), tiene su limitación en la eximente de responsabilidad penal cuando media legítima defensa (Art. 10 Código Penal). Así podríamos continuar con los demás derechos fundamentales, donde por ley se han establecido limitaciones sin considerarse por ello inconstitucionales o ilegítimas ya que cumplen con los requisitos de *determinación y especificidad*. Todo lo anterior debe cumplir también con elementos como la proporcionalidad y la razonabilidad, es decir que la limitación sea proporcional o necesaria para el objetivo esperado sin caer en arbitrariedades.

Ahora bien el derecho a la libertad de expresión en nuestro país lo encontramos como un derecho fundamental resguardado por la Constitución en el artículo 19 N°12, donde se consagra la libertad de opinión e información de la siguiente manera:

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”

Podríamos definirlo como la facultad que posee cada persona para emitir opinión o expresar a través de cualquier medio lo que piensa, cree o siente, emitir juicios de valor pudiendo intercambiarlos y debatirlos libremente con otras personas sin ninguna amenaza de censura, ya que por su naturaleza es de carácter subjetivo. Para un entendimiento completo de las dimensiones de la libertad de opinión o expresión debemos considerar no sólo lo que menciona expresamente la Constitución, sino también la libertad de expresión asegurada por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en su artículo 19, instituciones que armonizadas debidamente, permiten afirmar que toda persona tiene derecho no sólo a expresar sus ideas y juicios, sino que también tiene la libertad para buscar, investigar, transmitir o comunicar, emitir, publicar o difundir, y recibir ideas e informaciones de todo tipo.

Sin embargo, tal como se mencionó anteriormente, este **no es un derecho fundamental absoluto**, puesto que podemos encontrar incluso tipos penales que castigan dimensiones de la libertad expresión, como lo es el delito de injurias y calumnias, que impiden que se puedan emitir libremente expresiones vejatorias o insultantes.

El marco normativo de nuestra Constitución y los tratados internacionales de los cuales formamos parte y los cuales también tienen reconocimiento constitucional (Art. 5 CPR), establecen garantías respecto a la restricción de los derechos fundamentales. Estas restricciones están principalmente amparadas en el respeto al contenido natural del derecho de que se trata, prohibiendo dañar los derechos en su esencia. Es por ello que se establece el principio de reserva legal (sólo pueden limitarse en virtud de una ley), el principio de proporcionalidad y

necesariedad, buscando que el derecho que se limita deba ser compensado por una ventaja igual o mayor, respondiendo a necesidades que tengan como fin el bien común de la sociedad.

Para comprender mejor a qué se refiere el constituyente al expresar que no se pueden dañar los derechos en su esencia, consideraremos lo que ha expresado el Tribunal Constitucional chileno en cuanto a su sentido y alcance, declarando respecto a esto lo siguiente:

«La esencia del derecho debemos conceptuarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su «esencia» cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide «el libre ejercicio» en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica» (Rol N° 43 de 24 de febrero de 1987, considerandos 20 y 21).

De lo anterior podemos desprender que los derechos fundamentales pueden perfectamente verse limitados por una ley que no afecte su sentido y por supuesto por otros derechos fundamentales, puesto que se protege la esencia de todos ellos, pudiendo limitar unos que afecten en mayor medida otros derechos. En cuanto a esto hay que considerar que los bienes jurídicos constitucionales que habilitan para justificar limitaciones a la libertad de expresión están dados por la dignidad

humana (art. 1º), la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2) y la honra de la persona y su familia (art. 19 N° 4).

Lo anterior se refuerza con lo que menciona la Convención Americana de Derechos Humanos (donde Chile es parte) en su artículo 13:

«Estará prohibido por la ley toda propaganda 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».

Ahora bien para acercarnos a la posibilidad de introducir el delito de negacionismo en nuestro país sin dañar el derecho a la libre expresión en su esencia, necesario es considerar los hechos, dichos y consecuencias que se busca evitar con la tipificación de este delito, atendiendo a la proporcionalidad y necesidad.

Mucho hemos visto en los medios de comunicación últimamente cómo se venera la dictadura ocurrida en Chile y se justifica la violación de los derechos humanos difundiendo dichos ofensivos con toda impunidad; nos recuerda al primer análisis del negacionismo nazi. Porque no es un secreto que en nuestro país existen personas que siguen defendiendo los supuestos atributos positivos que tiene o tuvo el régimen dictatorial liderado por Augusto Pinochet, con total falta de moral, raciocinio, humanidad y por supuesto veracidad, como por ejemplo la diputada Camila Flores (RN) o su colega Ignacio Urrutia (UDI). Esto no es nuevo,

recordemos el titular «No hay tales desaparecidos» difundido por el diario La Segunda en el año 1977.

El negacionismo ha existido continuamente desde la dictadura y lamentablemente hoy está lejos de disminuir, atentando en contra de todo respeto por la dignidad humana. Porque no hay duda que estos dichos violentan directamente a quienes fueron víctimas de las peores vejaciones, torturas y desapariciones forzosas de familiares. Sin embargo, al no existir el delito de negacionismo, las víctimas no tienen actualmente herramientas jurídicas para defender su dignidad vulnerada y la honra propia y de su familia, a pesar de que éstos sean derechos consagrados constitucionalmente.

Todo lo analizado anteriormente provoca algunos cuestionamientos en los que podríamos reflexionar para ver la posibilidad de darle cabida a este delito, el que no sólo se justifica como ya vimos constitucionalmente, sino que también moral e históricamente, más aun considerando que actualmente hay 40 mil casos de tortura que no han sido investigados, ni reparados.

Entonces podríamos preguntarnos, ¿es correcto qué exista inmunidad para quienes pretenden minimizar, olvidar y echar por tierra uno de los episodios más dolorosos de la historia de Chile cuando aún hay miles de familias esperando por justicia?

¿No es más grave incluso que cualquier injuria o calumnia que personalidades políticas -y también civiles- denigren, humillen, justifiquen, nieguen la gravedad

de los hechos y en definitiva violenten con sus dichos a las víctimas y familiares de una cruel dictadura?

¿No es incoherente que el Estado ofrezca becas y beneficios de reparación a las víctimas del terrorismo de Estado y sin embargo no castigue a quienes los siguen violentando?

En conclusión el delito de negacionismo en Chile tiene plena cabida y justificación, aplicarlo es perfectamente posible en virtud de bienes jurídicos constitucionales que se busca proteger y que habilitan la restricción de la libertad de expresión u opinión. Prohibir la propagación, apología de las dictaduras y la violación a los derechos humanos es un imperativo no sólo de carácter internacional, sino también dentro de la esfera de dignidad y honra que cada persona sólo por el hecho de serlo merece. Por lo tanto tipificar el delito de negacionismo sería una expresión más de los bienes jurídicos protegidos actualmente por nuestra Constitución, no existiendo argumento que pueda determinar que esta propuesta carece de legitimidad en nuestro país.

Fuente: [El Ciudadano](#)