



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

EL TRATAMIENTO DEL FENÓMENO NEGACIONISTA: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PARA EL CASO CHILENO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARIO GONZÁLEZ CÁRDENAS

Profesor Guía:

Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN.....	4
Negacionismo y su origen europeo.....	4
Contexto nacional	5
Metodología	6
CAPÍTULO I: ORIGEN DEL FENÓMENO NEGACIONISTA Y SU REGULACIÓN EN EUROPA.....	8
1.1 Concepto de negacionismo	8
1.2 Negacionismo y revisionismo histórico.....	10
1.3 Criminalización en sistemas jurídicos europeos.....	12
1.3.1 Alemania	13
1.3.2 Francia.....	15
1.3.3 España	17
1.4 Críticas doctrinales y jurisprudencia.....	19
CAPÍTULO II: EL CASO CHILENO, SURGIMIENTO DEL DEBATE Y PRIMERAS INICIATIVAS LEGALES.....	26
2.1 Contexto.....	26
2.2 Primeras iniciativas legislativas	26
2.3 Proyecto de Ley de memoria histórica	29
2.4 Sobre la reactivación de la vigencia de la temática	30
CAPÍTULO III: LA CRIMINALIZACIÓN DEL NEGACIONISMO DESDE LA ÓPTICA DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	34
3.1 Influencia desde el Derecho Internacional de los DD.HH.	34

3.1.1 Europa.....	34
3.1.2 Sistema interamericano.....	37
3.2 Constitución y bienes jurídicos.....	40
3.3 Memoria histórica.....	44
3.3.1 Distinción entre memoria e historia.....	47
3.3.2 Los peligros asociados a la protección penal de este “potencial” bien jurídico.....	49
3.3.3 Hacia un bien jurídico-penal.....	54
Conclusiones.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	67

RESUMEN

El fenómeno que consiste en el discurso negacionista respecto a ciertos hechos históricos, constatados fehacientemente, ha estado presente hace un considerable tiempo en el continente europeo, ante lo cual la institucionalidad ha respondido con la tipificación de las conductas que se encuadren en tales manifestaciones. Parece ser que esta compleja situación ha alcanzado un correlato en el concreto contexto chileno, esto en relación a las polémicas públicas generadas en los últimos años, respecto a lamentables declaraciones emitidas a respecto a violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar ocurrida en nuestro país en el período 1973-1990. Producto de aquello, han surgido ya diversas iniciativas legales que, inspiradas en el modelo europeo, recurren al Derecho penal para la sanción de aquellas conductas. Este trabajo afronta este panorama con el objeto de contribuir a este insipiente debate, desde la perspectiva del bien jurídico-penal que ha de tutelarse a través de un hipotético delito de negacionismo para el caso chileno, considerando para ello a la memoria histórica, concepto de reciente elaboración intelectual, como un valor que ha sido, por cierto, tempranamente desechado como el afectado por la dañosidad social de las conductas negacionistas, pero que solventadas ciertas confusiones, puede consistir en piedra angular para la fundamentación de la punición del negacionismo.

INTRODUCCIÓN

Negacionismo y su origen europeo

El fenómeno negacionista tiene sus raíces en el período inmediatamente posterior al término de la Segunda Guerra Mundial, surgiendo el vocablo “negacionismo” en Francia para referirse, de manera específica, a la negación del Holocausto (*négationnisme*) llevado a cabo por el régimen nazi, para luego expandirse y ampliarse la aplicación del concepto respecto de otras matanzas, como la de gitanos en el mismo contexto histórico, o la ocurrida en China durante el liderazgo Mao Tse Tung¹. Los países europeos, tras ser protagonistas y a la vez espectadores de la decadencia y horror de una nueva y terrible guerra de proporciones mundiales, comenzaron a reconstruirse no sin antes asumir un compromiso acerca del repudio más absoluto a este pasado reciente, y es con la finalidad de concretar este rechazo a los valores violados durante la guerra y en el Holocausto, que se reafirma el valor de la persona humana y su dignidad inherente (en este punto, esencial es la Declaración Universal de Derechos Humanos), además de la realización del enjuiciamiento por crímenes de guerra con tal de determinar la responsabilidad y aplicar sanciones penales a los ejecutores e intervinientes de las atrocidades cometidas (a través de los conocidos juicios de Nuremberg y de Tokio)².

Sin embargo, el deseo de mantener la vigencia de la memoria de un pasado atroz, que no puede volverse a repetir, no se satisface exclusivamente con las medidas anteriormente mencionadas, en especial si tenemos en consideración el paso del tiempo, el cual muchas veces hace olvidar el detalle de los acontecimientos pasados, y las implicancias que estos tuvieron y que mantienen hasta el día de hoy. En virtud de lo anterior diversos Estados han recurrido al Derecho penal, visualizándolo como un instrumento para responder al temor de que la memoria

¹ VANOSSI, J.R. 2014. La criminalización del “negacionismo” frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho”. *Pensamiento Constitucional* (19):124. Esto no obsta a que el concepto sea y haya sido aplicable a otros delitos de lesa humanidad consistentes en el genocidio armenio, y también, en cierta medida, a los crímenes cometidos bajo el régimen soviético.

² TERUEL LOZANO, G. 2014. La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano. Memoria de doctorado en investigación. Murcia, Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, 14p.

sobre hechos criminales pueda sufrir un debilitamiento progresivo e inexorable³. De esta manera se constituye la denominada triada “*Derecho, memoria y pena*”⁴, la cual se conformará toda vez que no se recurra exclusivamente a la vía de las denominadas “Comisiones de Verdad”, instrumento propio de la Justicia Transicional, la cual no trae aparejada la imposición de una pena⁵. La triada se formará, entonces, cuando un determinado Estado establezca dentro de su legislación jurídico-penal un tipo penal que sancione la negación (o como se verá más adelante, además la justificación, trivialización y minimización) de genocidios u otros delitos de lesa humanidad⁶.

Contexto nacional

Chile es uno de los países que a la fecha no posee en su legislación un delito de “negacionismo”, que de cualquier modo no es común en el ámbito latinoamericano. Esto contrasta con la regulación existente en los países europeos, los cuales cuentan con este delito en sus catálogos penales desde hace bastante tiempo, siendo pioneros en esta materia Alemania, Austria y Francia. Con todo, la explicación a que no contemos con este delito en nuestro sistema jurídico positivo no radica en la inexistencia de experiencias históricas traumáticas propias, siendo la expresión de esto, por antonomasia, los recientes y trágicos delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura cívico-militar iniciada el 11 de septiembre de 1973, y finalizada el 11 de marzo de 1990.

Es así como en Chile, no ajeno a la experiencia internacional, y teniendo sumamente presente la europea, ha surgido un debate público a propósito de la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de un tipo penal que sancione con cárcel a quienes nieguen, justifiquen, o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos durante el periodo de

³ FRONZA, E. 2011. ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”. Revista de Derecho Penal y Criminología (5):100.

⁴ FRONZA, E. 2011. 110p.

⁵ Las Comisiones de Verdad no son un mecanismo menor, existiendo solamente en el ámbito latinoamericano catorce comisiones para el esclarecimiento de la verdad, no siendo excepción Chile con la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de 1990, también conocida como Comisión “Rettig”.

⁶ Siguiendo en esta definición a FRONZA, E. 2011.

dictadura⁷, dentro del proyecto de ley contenido en el Mensaje Presidencial N° 11.424 que tipifica el delito de incitación a la violencia.

Es en aras de contribuir a este concreto debate, que surge la necesidad de averiguar cuáles son las principales problemáticas asociadas a la criminalización de acciones negacionistas, para lo cual es valioso revisar la experiencia comparada y, por otro lado, realizar un enfoque desde una vertiente que ha sido, en cierta manera, pasada por alto en la discusión de los agentes políticos⁸, la cual se puede singularizar en la pregunta acerca de cuál es el bien jurídico penal protegido por este propuesto delito especial que se pretende incorporar al Código Penal. ¿Y si fuese la memoria histórica lo que realmente estamos tutelando mediante el instrumento penal? ¿Es viable aquello conforme a nuestro ordenamiento jurídico? O más ampliamente, ¿es posible resguardar la memoria sin incurrir en determinados riesgos, desde el punto de vista político criminal? Estas son preguntas que se buscarán responder en la presente trabajo.

Metodología

Con el objetivo de responder a las interrogantes planteadas se seguirá el siguiente esquema: en primer lugar, se ha de exponer los principales aspectos del origen del concepto “negacionismo”, además de realizar ciertas distinciones necesarias para aclarar su sentido, revisar cual ha sido el tratamiento jurídico-penal que se le ha otorgado en determinados países que se constituyen como los grandes modelos de tipificación en esta materia (Alemania y Francia) y otro que, conforme a nuestra tradición jurídica, se visualiza sumamente ligado a nuestro país, como lo es el de España. Luego de aquello, se hará una mesurada exposición de cuales han sido los nodos problemáticos de este delito, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial. En segundo lugar, se abordarán los detalles de la propuesta legal nacional que busca incorporar al Código Penal el delito objeto de esta memoria, además de exponer cuáles han sido los momentos más relevantes respecto al debate político generado a propósito

⁷ La incorporación de este delito al ordenamiento nacional había sido propuesta ya en el 2011 mediante moción, en el Boletín N°8049-17.

⁸ Toda vez que el debate público se ha centrado en mayor medida en el tópico de colisión de derechos, en específico, con el derecho consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República: libertad de opinión. Una muestra de ello en SOTO, X. 2018. Negacionismo: comisión aprueba norma y gobierno adhiere a críticas. [en línea] La Tercera en Internet. 19 de diciembre, 2018 <<https://www.latercera.com/politica/noticia/negacionismo-comision-aprueba-norma-gobierno-adhiere-criticas/453470/>> [consulta: 4 septiembre 2019]

de este, y que puntos sustantivos se han abordado durante esta discusión. Finalmente, se afrontará la propuesta de tipificación penal desde la perspectiva del bien jurídico penal, tema abordado latamente en la doctrina penal y político criminal, fuente que ha de brindar las herramientas necesarias para contestar las preguntas centrales que se han planteado como objeto de esta investigación.

CAPÍTULO I: ORIGEN DEL FENÓMENO NEGACIONISTA Y SU REGULACIÓN EN EUROPA

1.1 Concepto de negacionismo

El Diccionario de la Real Academia Española define al negacionismo como la actitud que consiste en la negación de hechos históricos recientes y muy graves que están generalmente aceptados. Siendo el verbo central “*negar*”, este puede tener diversas acepciones, la que apuntan a “decir que algo no existe, no es verdad o no es como alguien como afirma”, “dejar de reconocer algo, no admitir su existencia, desdeñar, esquivar algo o no reconocerlo como propio”, “ocultar, disimular”⁹.

Mas allá del aspecto etimológico del concepto, se puede decir que el negacionismo tiene una raíz geográfica específica, teniendo su origen en cierto grupo de personas que realizaron esfuerzos intelectuales o “pseudointelectuales” para elaborar una tesis que negara la ocurrencia del genocidio de judíos -y de otras minorías tales como gitanos, homosexuales y presos políticos- o al menos, redujera cuantitativamente las consecuencias que se les había asignado al “Holocausto”, o “Shoá”.¹⁰

Si hubiese que identificar un pionero en esta corriente, es el francés Paul Rassinier (1906-1967), el cual en su publicación de 1950, “*La mentira de Ulises*”, se dedica a cuestionar el que en los campos de concentración murieran seis millones de judíos, afirmando que solo murieron entre quinientos y un millón de judíos, de forma gradual, y cuya causa de muerte era generalmente la insuficiente alimentación, enfermedades y malas condiciones físicas, mas no a la acción criminal sistemática de los nazis¹¹. Con posterioridad, en los años setenta, aparecen historiadores de mayor distinción que buscan otorgarle “academicismo” a la tesis negacionista, tales como Mark Weber, Bradley Smith, Freud Leuchter, Ernst Zundel, y David Irving¹², por

⁹ VANOSSI, J.R. .2014. 123p.

¹⁰ Expresión hebrea que significa “La Catástrofe”, mientras que el término “holocausto” se refiere al tradicional sacrificio religioso judío de animales al fuego.

¹¹ MAYOR FERRÁNDIZ, T. 2012. Los negacionistas del Holocausto. *Revista de Historia y Ciencias Sociales* (293):4.

¹² THUS, V. 2013. El anti negacionismo jurídico. Reflexiones político-criminales en torno a la prevención de genocidios. *En: VII JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORES*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales e Instituto de Investigación Gino Germani. pp. 19.

mencionar algunos de los más relevantes. Respecto a este último existió una relevante polémica judicial, en la cual Irving demandó en Inglaterra a la historiadora Deborah Lipstadt (a la cual se le debe la generalización del término “negacionismo del Holocausto”), debido a la publicación en 1993 de su libro *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, en el que califica como racista a Irving, debido a que este solo buscaría dar buena reputación a los grupos neonazis. Finalmente, el tribunal determinó que el demandante Irving había tergiversado deliberadamente y manipulado hechos históricos bien documentados cuando escribió que Hitler desconocía el genocidio de los judíos europeos, absolviendo a Lipstadt¹³.

Con base en las tesis sostenidas por estos historiadores negacionistas, se inició la creación de una propaganda propulsada fundamentalmente por grupos neonazis, que buscaban la rehabilitación de la imagen pública del nacionalsocialismo, la cual se puede resumir en los siguientes puntos: a) no existieron cámaras de gas destinadas al asesinato en masa; b) la tecnología disponible no permitía llevar a cabo gaseamientos masivos; c) los estudios realizados por historiadores en torno al exterminio de judíos se asientan en testimonio de supervivientes (que mienten para obtener beneficios económicos) porque no existe objetiva que pruebe el genocidio nazi, d) la población judía europea permaneció estable entre 1941 y 1945; y e) en último término, los procesos de Nuremberg no habrían sido más que vulgar propaganda de guerra destinada a condenar al enemigo alemán derrotado, una farsa judicial en beneficio de intereses judíos¹⁴. No debe mirarse en menos la relevancia de la temática vinculada a la propaganda, y menos aún en un mundo como el actual, donde el rol desempeñado por los *mass media* es cada vez más relevante, al alzarse como instrumentos que contribuyen a la institucionalización de una representación de la realidad¹⁵, y que pueden favorecer de manera directa (incluso indirectamente) a la masificación de estas ideas, de forma cuantitativamente más rápida y masiva, y cualitativamente más detallada y persuasiva, en comparación al nivel de divulgación que tuvieron los primeros trabajos negacionistas.

¹³ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.L. 2000. El debate en torno a David Irving y el negacionismo del holocausto. Cuadernos de Historia Contemporánea (22):383.

¹⁴ Ibid., p. 378.

¹⁵ WOLF, M., citado por FUENTES OSORIO, J. 2005. Los medios de comunicación y el Derecho Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (7):16.

1.2 Negacionismo y revisionismo histórico

Es necesaria la distinción entre estos dos conceptos, los cuales si bien se encuentran ligados en un plano histórico y semántico, implican cuestiones absolutamente distintas, según se ha resuelto por la doctrina.

Al revisionismo se le define como la tendencia a someter a revisión metódica doctrinas, interpretaciones o prácticas establecidas con la pretensión de actualizarlas¹⁶. Fronza la define más específicamente al plano histórico como la “*tendencia historiográfica a revisar las opiniones históricas consolidadas, a la luz de los nuevos elementos y conocimientos adquiridos durante las investigaciones, con el resultado de reinterpretación y reescritura de la historia*”¹⁷. Bajo esta concepción, todo historiador es necesariamente un revisionista, pues su actividad importa naturalmente una sucesión de modelos y paradigmas teóricos distintos¹⁸, dado que su labor toma lo que, a su vez, ha sido recogido por sus predecesores y tiende a profundizar, corregir y aclarar su reconstrucción de los hechos¹⁹.

Particularmente, después de la Segunda Guerra Mundial, el concepto revisionismo histórico fue degenerándose a expresiones más específicas, referidas a lo que fue el genocidio en el régimen nacionalsocialista. Un paradigmático revisionista histórico es Ernst Nolte, autor alemán, primero en realizar una relectura del nacionalsocialismo y de su carácter contrarrevolucionario frente a una URSS estalinista, valiéndose de relativizaciones de los crímenes cometidos bajo regímenes nazi y fascista, ya que, sin negar la existencia de estos, los contextualiza como una reacción al peligro bolchevique²⁰. Es de gran envergadura la polémica en torno a este autor y su tesis en el círculo de historiadores alemanes, la cual se vio reavivada en el año 2000 con el premio Konrad Adenauer de literatura recibido por Nolte²¹, polémica

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2001. Diccionario de la Lengua Española. 22º ed. Madrid, Real Academia Española.

¹⁷ FRONZA, E. 2011. 105p.

¹⁸ Ibid., p. 106.

¹⁹ DE FELICE, R, citado por TERUEL LOZANO, G. 2014. 23p.

²⁰ Ibid. 24p.

²¹ Por ejemplo, el historiador Hienrich Winckler, profesor de Historia en la Universidad Humboldt de Berlín acusó al Nolte de “tomar partido en una corriente intelectual que trata de integrar las posiciones revisionistas y de ultraderecha en el discurso conservador”. Ver GONZÁLEZ, P. 2016. En torno a la obra de Ernst Nolte. [en línea] La Crítica. 5 de octubre, 2016. <<https://lacritica.eu/noticia/904/pedro-gonzalez-cuevas/en-torno-a-la-obra-de-ernst-nolte.html>>

que volvía a poner en discusión, en aquel momento, el problema del negacionismo de los delitos cometidos en el régimen nazi.

Un segundo momento se encuentra en la coincidencia del negacionismo con las posturas radicales según las cuales el genocidio llevado a cabo por la Alemania nazi no existió, sino que representa un mito, una mentira, un fraude, para lo cual se recurren a los puntos elaborados para la propaganda negacionista expresados anteriormente²². El negacionismo, en palabras de Teruel Lozano, surgiría como un “*hijo degenerado del revisionismo histórico*”²³, el cual no se limita a realizar crítica o relectura histórica a partir de nuevas fuentes históricas, sino que niega directamente los crímenes del régimen nacionalsocialista, y trata abiertamente de manipular el pasado, normalmente con una finalidad ideológica²⁴. Para esto el negacionismo usa de tres métodos básicos fácilmente identificables²⁵:

- a) Trivialización de los crímenes cometidos (negacionismo minimizador)
- b) Justificación de los crímenes (revisionismo justificacionista)
- c) Negación de los crímenes (revisionismo negacionista)

Ahora, los autores que hacen uso de estas estrategias, parten de la premisa de la carencia de la historiografía oficial, después de haber dado una interpretación desvirtuada de las pruebas documentales, y no se preocupan de brindar argumentos o elementos que puedan fundar sus afirmaciones. De esta forma, para adherir a sus postulados se requeriría de un acto de fe, basado, sobre todo, en teorías como la conspiración judía más que en tesis documentadas²⁶.

La transición desde una denominación “revisionista” hacia una “negacionista”, además de tener una faz intelectual y teórica como la presentada, también lleva aparejada ciertas circunstancias fácticas que se ven propiciadas con la propaganda y difusión de las ideas promulgadas por los autores negacionistas: me refiero aquí al renacer político y propagandístico de los movimientos neonazi, y su estructuración política que, ciertamente, se acercaba a la de los partidos y gobiernos democráticos. Bajo esta nueva forma de presentación, además de recurrir a la arena política democrática en competencia con los partidos respetuosos del sistema,

²² *Supra*, 1.1., 9p.

²³ TERUEL LOZANO. 2014. 21p.

²⁴ *Ibid.* 22p.

²⁵ FRONZA, E. 2011. 10p.

²⁶ PISANTY, V., citada por FRONZA. 2011. 107p.

incurrían en métodos de tipo callejero violento y propagandísticamente vociferante y agresivo, lo que llevó con frecuencia a reales atentados contra personas o cosas: cementerios, sinagogas, establecimientos comerciales de personas que profesan la religión judía²⁷.

El tercer momento identificable, que se corresponde con el actual, es el que apunta a una extensión del concepto de negacionismo, extrayéndolo del ámbito geográfico al cual naturalmente se mantenía ligado: hoy en día no existe solamente “negacionismo del Holocausto”, pues se reconocen otras formas de negacionismo referidas a otros crímenes contra la humanidad, como lo son el negacionismo del genocidio armenio llevado a cabo por Turquía en 1915²⁸, o el negacionismo de los crímenes cometidos bajo el régimen soviético, las matanzas por hambrunas provocadas por Mao en China, el genocidio camboyano de Pol Pot, o los crímenes de los “tutsis” en Ruanda en 1994²⁹. De esta forma, es que el concepto se ha extendido también a nuestra región, refiriéndose, de manera evidentemente, a los delitos cometidos durante las dictaduras de la segunda mitad del siglo XX, no siendo la excepción el caso chileno, país en el cual han existido y perduran iniciativas legales que, además de buscar el reconocimiento de este fenómeno, buscan sancionarlo mediante vías propias del Derecho penal, temática que será abordada en el Capítulo II y III de este trabajo.

1.3 Criminalización en sistemas jurídicos europeos

Así como en Europa se encuentra el origen del negacionismo, es en los mismos estados que conforman este continente en donde se ha buscado la respuesta a este “odioso” fenómeno, el cual se opone directamente a aquella cosmovisión político-social generada en la época de la postguerra, la cual busca alzar el respeto a los derechos humanos, y repudiar los terribles actos cometidos durante el conflicto armado que afectó, principalmente, a la población de estos países,

²⁷ ETCHEVERRY, A. 2013. El delito de “negacionismo”: ¿Libertad de expresión o apología al delito? En: VAN WEEZEL, A. Humanizar y renovar el derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago, Legal Publishing Thompson Reuters, 1098p. La utilización de métodos violentos de propaganda siguen en plena vigencia, véase A.F.P. 2019. Profanación de 80 tumbas judías en Francia alerta a las autoridades. [en línea] La Tercera en Internet. 19 de febrero, 2019. <<https://www.latercera.com/mundo/noticia/profanacion-80-tumbas-judias-francia-alerta-las-autoridades/534894/>> [consulta: 4 octubre 2019]

²⁸ Teruel Lozano indica una peculiaridad en este negacionismo, toda vez que sería de carácter institucional, al ser el Estado turco el cual castiga a quien califique como genocidio actuaciones en contra del pueblo armenio, TERUEL LOZANO, G. 2014. 26p.

²⁹ VANOSSI, J.R. 2014. 124p.

y en específico, a determinados grupos sociales. Y la respuesta encontrada no ha sido otra, sino, la vía del Derecho penal.

Los tipos penales establecidos en diversas legislaciones no presentan redacciones similares, lo que hace que no podamos hablar de un tipo penal específico y común de negacionismo. Esto se debe a que la respuesta dada al fenómeno negacionista se dio de manera distinta en diversos países, que reaccionaron en tiempos y con respuestas diferentes³⁰. Con todo, si es un denominador común el que las regulaciones penales comienzan a surgir en la década de los noventa -existiendo en países como Suecia, Austria, República Checa, Polonia, Rumania, Lituania, etc.- y dentro de estas se encuentran algunas que son merecedoras de particular revisión, como lo son las de Francia, España y Alemania, esta última, comparativamente, la primera en aparecer en el panorama. La específica observación de la situación normativa de estos países se explica en la relevancia de sus sistemas jurídicos, que generalmente son tomados como objeto de referencia cuasi obligatoria en muchos proyectos de ley nacionales, y en la temática del negacionismo no es la excepción³¹. Además, es especialmente interesante el caso alemán, debido a su evidente vínculo histórico con la problemática fáctica subyacente al negacionismo.

1.3.1 Alemania

La situación de este régimen es paradigmática, en razón que en su legislación existe una notoria presencia del “pasado” como objeto de regulación. En este sentido, no es cuestión del todo novedosa la modificación realizada en 1994, que tipifica específicamente el negacionismo referido al periodo nacionalsocialista, la cual es una manifestación más que se agrega a otras figuras jurídicas, sean estas pertenecientes al Derecho privado, esto debido a la existencia en este régimen jurídico de una acción inhibitoria y resarcimiento de daños morales³², o directamente de Derecho penal, con tipos de apología de delito (artículo 140 StGB), vilipendio de la memoria de los difuntos (artículo 189 StGB), injuria y difamación contra personas

³⁰ Al respecto, en estados como el italiano e inglés, no se optó por la creación de un delito específico.

³¹ Al respecto, basta ver las referencias contenidas en el Informe “Negacionismo y libertad de expresión” elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios en el marco de la discusión del “Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación a la violencia” (Boletín N° 11424-17).

³² LUTHER, J. 2008. El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y europea. Revista DCE (9):251.

individuales, colectividades organizadas o categorías de personas no organizadas (artículo 185 StGB), y el delito de instigación a la población (artículo 130 StGB)³³. Eran precisamente estos los tipos penales utilizados en la persecución y punición del fenómeno negacionista, con anterioridad a la reforma efectuada al artículo 130 StGB, toda vez que se recurría a los tipos generales del ordenamiento penal³⁴.

El desarrollo jurisprudencial en la aplicación de estos preceptos penales previos a la reforma no fue menor, creándose una distinción entre dos tipos de discursos negacionistas: “mentira de Auschwitz simple” y “mentira de Auschwitz calificada”. La primera se refiere a la mera negación de la existencia del genocidio ocurrido durante el periodo nacionalsocialista. En la segunda, más allá de existir un comportamiento en el cual se negaba la ocurrencia del Holocausto, este mismo se condecía con la identificación con el régimen nazi, o se acompañaban las declaraciones con valoraciones o manifestaciones que degradaban a las personas, negándosele incluso el derecho a la vida³⁵. Esta distinción hacía que el juez pudiera identificar distintos bienes jurídicos afectados, y consiguientemente, aplicar tipos penales distintos: si estábamos ante la hipótesis cualificada el bien afectado correspondía a la dignidad humana, haciendo aplicable el delito de incitación a la población del artículo 130 StGB; en cambio, si era del caso la negación simple, el bien jurídico concebido como afectado es el honor, el cual es protegido indirectamente a través del delito de injuria o, si concurrían los correspondientes elementos objetivos del tipo, el delito vilipendio a la memoria de los difuntos³⁶.

En cuanto a la legislación vigente en Alemania, en concreto, el artículo 130 párrafo 3 (§ 130 Abs. 3) del Código Penal alemán prescribe:

“Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice un hecho cometido bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el §220a inciso 1, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública.

³³ LUTHER, J. 2008. 251p.

³⁴ TERUEL LOZANO, G. 2014. 148p.

³⁵ Ibid. 149p.

³⁶ Ibid. 150p.

También se sancionan las publicaciones que se realicen en conformidad con lo señalado en el inciso 3”.

Este precepto legal se ha asociado en doctrina a los denominados (y criticados) “delitos de clima”, esto en virtud de que el objeto de protección que aparece expresamente declarado en la norma de comportamiento es la paz pública, la cual además, debe cumplir con un requisito de idoneidad en su afectación. Esta categoría de delitos tienen su fundamento, como ya lo sugiere su nombre, en la voluntad del legislador de impedir la creación de un “caldo de cultivo”, una “situación de crispación”, generándose así un clima favorable a la potenciación de actos hostiles, violentos o discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos³⁷. En otras palabras, el delito de clima opera como una especie de disuasivo al favorecimiento o promoción de un clima predelictivo, de hostilidad o de inseguridad³⁸.

El tratamiento jurídico-penal brindado por la legislación alemana al fenómeno negacionista, no hace más que subrayar la notoria vinculación existente entre el discurso negacionista y los así llamados “delitos de odio”. La negación de delitos de lesa humanidad, y en particular, el referido al genocidio judío, se concretiza como un comportamiento que poco o nada tiene de “inocente”, en el sentido de que por lo general tales declaraciones no tienen la vocación científica de revisar los sucesos históricos, sino que más bien buscan la efectiva denostación o descrédito de aquel colectivo social afectado lo cual, en definitiva, sugiere la comisión en el futuro de delitos en contra de personas integrantes de estos colectivos humanos. En tales términos, desde la perspectiva de los delitos de odio, se elabora la distinción entre la incitación directa al odio (la forma más simple de denostar a un grupo social) y la incitación indirecta³⁹: a esta última categoría pertenecería el delito de negacionismo, concebido de manera amplia, abarcando comportamientos de negación, trivialización y minimización.

1.3.2 Francia

La regulación jurídico-penal del negacionismo en este país, tiene su raíz en la, así denominada, Ley *Gayssot*, esto en razón del diputado del Partido Comunista francés, Jean

³⁷ ALASTUEY DOBÓN, C. 2016. Discurso de odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (14):17.

³⁸ FUENTES OSORIO, J. 2017. El odio como delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (17):46.

³⁹ Ibid. 46p.

Claude Gayssot, quien se constituyó como el principal proponente de esta ley, que fuere promulgada el 13 de julio de 1990.

La innovación traída consiste en la modificación de la ley general de 1881, que regula a la prensa, insertando el artículo 24 bis, el cual indica:

“Será castigado con las penas previstas en el apartado sexto del artículo 24 aquel que cuestionare, a través de uno de los medios enunciados en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal y como son definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945 y que hayan sido cometidos bien por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho Estatuto, bien por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional”.

Realizando una somera observación de este tipo penal, se destaca de inmediato que el verbo rector de la conducta típica es “cuestionar”, y no “negar”, lo cual implica considerar una mayor significación de la acción injusta, descartando la hipótesis de una mera negación, sino que más bien se dirige a la punición de discursos que discutan, impugnen o cuestionen la existencia de los crímenes⁴⁰. Ahora bien, si lo anterior implica una reducción del campo típico, lo siguiente definitivamente trae consigo una ampliación. Y es que se ha entendido que el delito de negacionismo en Francia es de mera conducta, es decir, basta la sola manifestación negacionista, en los términos y por los medios del artículo 24 de la Ley de prensa escrita francesa, para que se considere consumado el delito, no existiendo exigencia alguna en la redacción del tipo penal de afectación de un grupo de personas, o de posible incitación a la violencia u odio⁴¹, o que deba afectar el orden o la paz pública, como ocurre en Alemania. Esto ha traído a colación la discusión acerca de si en el caso francés el juez, en el caso concreto, debe omitir el juicio de peligro concreto de la conducta negacionista realizada respecto a un bien jurídico, este último que, de todas formas, no aparece de manera clara.

⁴⁰ TERUEL LOZANO, G. 2014. 165p.

⁴¹ Ibid.167p.

Un último detalle de la tipificación francesa que es relevante mencionar, se refiere a los crímenes que son objeto del “cuestionamiento”. Estos son a cualquiera de los delitos de lesa humanidad definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, es decir, todos los que sean cometidos por el “Eje Europeo”⁴²(denominación contenida en el artículo 1 de dicho Estatuto) entre 1939 y 1945. Con esto se nota ya el matiz respecto a la regulación alemana del negacionismo, el cual se refiere solamente a los delitos de lesa humanidad cometidos por el Nacionalsocialismo. Incluso se ha visto como posible una interpretación más amplia del precepto, en cuanto este haría alusión al Estatuto del Tribunal de Nuremberg en cuanto a lo que este considera como delito de lesa humanidad, no acotándose a los delitos cometidos durante el periodo histórico 1939-1945, en lo que se trataría de una interpretación armónica con la Decisión Marco de 2008/913/JAI del Consejo de Europa, de mayor amplitud en su redacción, tal como se apreciará en el Capítulo II de este trabajo.

1.3.3 España

No siendo excepción a la regla, en el caso español se otorga un tratamiento penal al negacionismo a partir de la década de los noventa, concretamente con la modificación al código penal vigente de aquel entonces, realizada por la Ley Orgánica 4/1995, la cual se vería refrendada por el Código Penal Español (en adelante, CPE) de 1995. La modificación realizada en aquel entonces agrupa un conjunto de tipos penales graduables en atención a la magnitud del injusto que traen consigo, los cuales se alzan como mecanismos de represión de ciertos comportamientos discriminadores que se habían fortalecido a finales del siglo XX, debido a brotes de violencia racista y xenófoba que se extendían de forma preocupante por los países del entorno español, a los cuales este último no era ajeno⁴³. Aquellos delitos “primigenios” en esta materia para el caso español eran los siguientes:

(1) delito de genocidio (artículo 607.1 CPE);

(2) delito de provocación a la discriminación (artículo 510 CPE);

⁴² TERUEL LOZANO, G. 2014. 167p.

⁴³ LAURENZO COPELLO, P. 1996. La discriminación en el Código Penal de 1995. Revista de Estudios penales y criminológicos (19):224.

(3) delito de asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación (artículo 515 CPE) y;

(4) delito de difusión de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o, en general, promuevan las prácticas genocidas (artículo 607.2 CPE)

En el panorama actual, la regulación penal española vinculada a los fenómenos de discursos de odio y negacionismo tuvo su más reciente modificación con la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo de dicho año. Mediante esta última se introdujo un nuevo artículo 510 CPE, el cual regula conjuntamente y expande el ámbito típico de los delitos de provocación a la discriminación, el odio y a la violencia, y de justificación del genocidio, e introduce nuevos tipos penales⁴⁴.

Nuevamente la motivación para innovar en esta materia, y regular el problemático fenómeno negacionista proviene del contexto en el que se encuentra inserto España, sin embargo, la diferencia aquí radica en que la modificación tiene sustento normativo, y no meramente político-social como lo es la reiteración de actos que provienen de discursos de odio. De tal modo, es que en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 se alega la necesidad de adaptación a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa, del 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas. Es decir, el argumento otorgado en favor de la modificación legal tiene sustento en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado español como miembro de este órgano regional.

De esta manera, la vigente redacción del artículo 510 CPE nos interesa, en lo que respecta únicamente al negacionismo, en su letra c) que prescribe:

1. *Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:*
- d) *(Quienes) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología,*

⁴⁴ ALASTUEY DOBÓN, C. 2016. 1p.

religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

A diferencia de la regulación alemana, en el precepto legal transcrito además de contenerse la hipótesis negacionista (en el sentido amplio), se incorpora además el enaltecimiento de los autores de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Con todo, más allá de esta mayor amplitud en la redacción de la norma, que no hace más que agregar otra conducta típica, es posible apreciar la semejanza entre los tipos penales alemán y español. Y es que resulta imposible pasar por alto el que este tipo penal de negacionismo exige el favorecimiento o promover de un clima de violencia, hostilidad o discriminación hacia el grupo social afectado, lo cual resulta, en cierta medida, ser un símil a la afectación de la paz pública del artículo 130 StGB. Esta similitud en la identificación del bien jurídico afectado por la conducta típica⁴⁵, implica que sea posible calificar a este precepto jurídico penal como “delito de clima”, en virtud de los términos anteriormente descritos para la situación en Alemania, temática que será revisada en mayor detalle en el siguiente apartado.

1.4 Críticas doctrinales y jurisprudencia

Desde el establecimiento original de una tipificación en materia de negacionismo, y con las posteriores modificaciones realizadas en el Código Penal español, se ha producido un intenso debate doctrinal que ha encontrado correlato en la esfera jurisprudencial de dicho país, cuestión por la cual resulta sumamente pertinente referirse a las principales problemáticas subyacentes a su específico tipo de negacionismo que, en definitiva y como se verá, guardan una permanente relación con la inconstitucionalidad del precepto legal, y que demuestran la importancia de una correcta y bien meditada criminalización del fenómeno a tratar.

⁴⁵ Y no solo en este acotado tópico, sino que todo el artículo 510 CPE estaría inspirado en el artículo 130 StGB. Para más detalle, PORTILLA CONTRERAS (2015), pp. 721 s. “La represión penal del ‘discurso del odio’” en Quintero Olivares (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona.

Desde la creación del primer tipo de negacionismo, contenido por aquel entonces el artículo 670.2 del Código Penal, se advirtió en lo controvertido de castigar la expresión de una opinión, lo que entra en directa colisión con el derecho a la libertad de expresión⁴⁶ (art. 20 de la Constitución española). Sin embargo, más allá de aquello, existía conflicto por una contradicción con un precepto de la Parte general, el artículo 18.1 del Código Penal español de 1995⁴⁷, que mandataba solamente la punición de la apología a cometer un delito cuando este se configurara como una incitación directa a la perpetración de este. En tal sentido, el artículo 670.2 no contemplaba tal requisito, por lo que era menos exigente, lo que llevó a la doctrina a estimar que se estaba ante la criminalización de la apología en la lógica de los actos preparatorios⁴⁸. Con todo, existieron dos vías de interpretación para solventar esta contradicción: conectar ambos preceptos exigiendo la provocación directa en el tipo de negacionismo, o estimar que este último era una excepción al art. 18, y por lo tanto, no lo era exigible tal requisito. Debido a que fue voluntad del legislador, en su momento, de no exigir para el precepto legal de negacionismo la incitación directa, era difícilmente justificable la primera posición, por lo que algunos autores, rendidos ante aquella situación, intentaron sustentar interpretaciones que buscaban limitar el alcance del tipo, sea mediante una reducción teleológica del término “difusión de ideas o doctrinas”⁴⁹, o el estimar que se estaba ante un delito de peligro abstracto en el que se castigarían conductas que generen un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudiesen motivar actos específicos de discriminación, por lo que exige que, aparte del hecho de negar un determinado genocidio se expongan juicios peyorativos o humillantes respecto de sus víctimas⁵⁰.

Con todo, los esfuerzos intelectuales realizados con el objeto de validar un ámbito acotado de aplicación del tipo de negacionismo del art. 670.2, no lograron sostenerse en el

⁴⁶ ALASTUEY, 24p. RAMOS VAZQUEZ, J. (2009). La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo», 120p.

⁴⁷ Art. 18.1 CPE de 1995: «*La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.*

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.»

⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, J. L. en RAMOS. 121.

⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ en Ramos. 123

⁵⁰ LAURENZO COPELLO, P. en Ramos 123.

tiempo, en virtud de que, de todos modos, se forzaba excesivamente la interpretación del precepto legal, escapándose así de las exigencias del tenor literal. Al menos así se consideraba respecto al verbo “negar”, el cual no lograba encajar en la expresión de una apología, la cual implica, necesariamente, asumir los hechos como algo positivo, no negarlos⁵¹. En tal sentido, bastante pertinente es lo que indica Alastuey Dobón, en tanto reconoce como finalidad del negacionismo el lavado de la imagen del delincuente, lo que implica un juicio de valor negativo sobre los hechos cuya existencia se niega, lo que es incompatible con la incitación, aunque sea indirecta, a la comisión del delito⁵².

Tal era el estado de la cuestión, hasta que el Tribunal Constitucional español se pronuncia acerca de la constitucionalidad del delito contenido en el artículo 607.2 del Código Penal, esto a propósito de la sentencia del Juzgado de lo penal nº3 de Barcelona, que falló el conocido caso “Librería Europa”, donde resultó condenada una persona que vendía grandes cantidades (sobre 21.000 libros) de material relacionado al negacionismo del genocidio realizado por el régimen nacionalsocialista durante la Segunda Guerra Mundial. Concretamente, la duda acerca de la constitucionalidad del precepto venía dada por la atribuida naturaleza difusa del bien jurídico protegido por el delito, el cual sería identificable con el interés de evitar que se creara un clima favorecedor de conductas discriminatorias, lo cual no habilitaría, en definitiva, a que el legislador pudiese tomarlo, sin más, como el objeto de protección, todavía más teniendo en cuenta que ya existían otros mecanismos penales para la sancionar comportamientos que atentaren contra la dignidad de las personas⁵³.

En la sentencia 235/2007 del Tribunal Constitucional español, en uno de sus principales razonamientos, se estima que *“lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por la libertades científica [art. 20.1. b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el*

⁵¹ GIL, en ALASTUEY DOBON.

⁵² ALASTUEY DOBON. 25P.

⁵³ RAMOS, J.A. 2009. La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo”. Revista Penal (9): 127.

*legislador penal... En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código Penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional”*⁵⁴. Con esto, se recogía por parte de la jurisprudencia constitucional española el reparo proveniente desde la doctrina penal española desde los primeros años de entrada en vigencia del Código Penal de 1995, en lo que respecta a su tipo penal de negacionismo, aplicable en aquel entonces.

Reconocida la invasión del precepto penal en análisis sobre la garantía constitucional de libertad de expresión, el Tribunal se preocupa de revisar si es posible realizar una interpretación acorde a la Constitución, con tal de “desechar” solamente aquella parte en que no resulte conforme a la norma constitucional. Es en este punto en que realiza una importante distinción, la que versa sobre los dos verbos rectores del tipo objetivo: “negar” y “justificar”.

Atendida aquella diferenciación, la cadena argumentativa esbozada continúa con la exigencia de sistematicidad del artículo 607.2 con el artículo 18 del Código Penal, esto es, el requisito de incitación directa. Recogiendo así la crítica doctrinal, nuevamente, y teniendo presente las penas contempladas para el delito en cuestión, el Tribunal expresa: *“el legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada”*⁵⁵. Teniendo aquello en consideración, es posible abocarse a los verbos rectores utilizados por el legislador penal. En primer lugar, respecto al “negar”, se estimó que la constitucionalidad del precepto era solo defendible si se le añadiera hermenéuticamente un elemento de intencionalidad tendencial no presente en su tenor literal, a saber, que “toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito persigue objetivamente la creación de un clima de hostilidad social contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende o

⁵⁴ STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 6°.

⁵⁵ STC, resolución N° 273/2007, 14 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 7°.

bien que toda negación sea per se capaz de conseguirlo⁵⁶. Esta cuestión, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional español, no era acorde al principio de proporcionalidad, en tanto *“una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades”*⁵⁷. Y en segundo lugar, se argumentó que aplicando la interpretación literal del precepto legal, se estaría sancionando una conducta que permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión⁵⁸. En virtud de lo expuesto, entonces, se llega a la conclusión acerca de la inconstitucionalidad del delito de negacionismo del artículo 607.2 del Código Penal español, bajo la modalidad típica de “negar”.

A diversa conclusión llega el órgano de jurisdicción constitucional respecto a la justificación de delitos de genocidio. Respecto de esta forma peculiar de comisión del delito, se argumenta que este tiene como sustrato un determinado juicio de valor, en el cual si está presente aquel elemento tendencial en la justificación pública del genocidio⁵⁹. A partir de aquello, y en especial atención al riesgo que conlleva la fomentación de conductas tan graves, se expresa que la *“especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio”*⁶⁰. Desde ya se advierte el cómo según parece a primera vista, este Tribunal Constitucional no aplica la misma pauta interpretativa que aplicó respecto a la negación, en lo que se refiere a la exigencia de una incitación directa. Sin embargo, no haciendo caso omiso a aquella cuestión, argumenta que *“el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente*

⁵⁶ ROLLNERT, G. 2008. Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007). Revista de Derecho Político (73): 125.

⁵⁷ STC, resolución N° 199/1987, 16 de diciembre, fundamento jurídico 12°.

⁵⁸ ROLLNERT, G. 2008. 126p.

⁵⁹ STC, resolución N° 273/2007, 14 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 9°.

⁶⁰ Ibid.

amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE”⁶¹. La última referencia a normativa constitucional hace alusión a la conexión entre el derecho a la libertad ideológica y la libertad de expresión.

En definitiva, el tribunal llega a la conclusión de la constitucionalidad de esta modalidad de comisión del delito de negacionismo, finalizando su argumentación tal y como se evidencia en el siguiente considerando: *“resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio”*⁶².

Mas allá de algunas reservas que provocó la decisión recién abordada, en tanto algunos deseaban la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 607.2 del Código Penal español de 1995⁶³, las dudas que existían en este campo del debate doctrinal quedaron meridianamente satisfechas. Se había hecho un reconocimiento a que, a pesar de que ciertas expresiones, actitudes, ideas y pensamientos, estén en abierta contraposición al orden constitucional establecido, en ningún caso vulneraban a la Constitución salvo cuando postulan violencia como forma de acción política o se traducen en actos o comportamientos concretos que lesionan derechos ajenos tales como el honor individual o colectivo de otros miembros de la comunidad: la vigencia de los valores constitucionales no es ideológica, en el sentido de su cuestionabilidad teórica, sino vigencia jurídica, pues tales valores no pueden ser desconocidos ni vulnerados por actos que atenten lesivamente los concretos derechos que tienen como sustento los propios valores constitucionales⁶⁴. A esto se refieren los autores españoles cuando

⁶¹ STC, resolución N° 273/2007, 14 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 9°.

⁶² Ibid.

⁶³ Según RAMOS, 2009, 135p, ello en virtud de que es posible aplicar los mismos criterios tanto en la “negación” como “justificación”, porque la única diferencia que el TC observa entre una conducta y otra es la existencia del mencionado «elemento tendencial»; es decir, el TC está atendiendo a un criterio subjetivo que, como hemos dicho, ni tiene por qué estar presente en la justificación ni tiene por qué estar ausente en la negación (pues quien niega puede perfectamente tener la intención de «crear un clima social de hostilidad» contra los miembros de un determinado grupo étnico, nacional, religioso, etc.).

⁶⁴ ROLLNERT, G. 2008, 143p.

hablan de democracia “ingenua”, por contraposición a la democracia “militante”⁶⁵ o fuerte⁶⁶, en donde se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en un primer momento, a la Constitución.

Por lo anterior es que generó (y produce aún) perplejidad el que, el legislador penal español en el año 2015 haya creado un nuevo tipo penal de negacionismo (artículo 510 CPE), en donde se incorpora la modalidad típica de “negación”, toda vez que esta había sido ya declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en 2007, órgano que había dejado claramente delimitado, en este ámbito, los comportamientos que podrían acarrear a su autor responsabilidad penal, esto con el presupuesto de la no afeción del derecho a la libertad de expresión. Aquello no es más que una muestra de lo grave que pueden llegar a ser las discordancias entre los preceptos penales nuevos que son incorporados a los regímenes jurídicos, y la evolutiva interpretación de la Constitución. En el caso español no se concibe justificación alguna para esta incoherencia normativa, en razón de que no existió modificación alguna en las normas constitucionales atinentes, cuestión que de haber sido así el caso, efectivamente podrían haber afectado al alcance de ciertas libertades y su posible limitación. En este sentido, la política-criminal debe someterse a las limitaciones que le impone un sistema democrático de Derecho, en donde rige el principio de supremacía constitucional: el injusto material de la acción típica es ciertamente previo al Derecho penal, pero no a la Constitución⁶⁷.

⁶⁵ ALASTUEY DOBÓN, C. 2016, 21p; ROLLNERT, G. 2008, 112p.

⁶⁶ RAMOS, J.A. 2009, 137p.

⁶⁷ ROXIN, C. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid, Editorial Civitas S.A. 561p.

CAPÍTULO II: EL CASO CHILENO, SURGIMIENTO DEL DEBATE Y PRIMERAS INICIATIVAS LEGALES

2.1 Contexto

Si tuviese que colocarse un punto de partida, respecto al momento en que adquiere relevancia pública en Chile la problemática de la negacionismo, resulta sumamente acertado identificar aquel momento con el controversial homenaje rendido en el año 2011 al retirado brigadier del Ejército, Miguel Krassnoff Martchenko, quien (por aquel entonces) estaba cumpliendo una condena de 144 años de presidio, por 23 delitos cometidos durante la dictadura militar. Con motivo del relanzamiento de un libro, titulado “*Miguel Krassnoff. Prisionero por servir a Chile*”, cuya autoría corresponde a Gisela Silva Encina, el alcalde de la comuna de Providencia en conjunto con una organización privada, invitó a un acto en homenaje al retirado militar, el cual fue efectivamente realizado el 21 de noviembre de 2011, a pesar de la oposición de determinados grupos que criticaron la realización de esta ceremonia⁶⁸.

La cobertura mediática que alcanzó este evento, trajo consigo un, hasta entonces, desconocido debate, el cual tenía por objeto -sumamente vigente- la pregunta acerca de si son tolerables todo tipo de conmemoraciones o celebraciones en favor de personas, vivas o muertas, que hayan tenido participación en violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos durante la dictadura ocurrida en nuestro país.

2.2 Primeras iniciativas legislativas

La respuesta a la realización del citado homenaje no se hizo esperar, toda vez que la mera invitación a dicho acto produjo que se generara el conflicto. Como consecuencia, surgen dos proyectos de ley, que buscan reprimir fenómenos como el ocurrido el 21 de noviembre de 2011, y que recurren al Derecho penal para sancionar tales conductas: estas son las mociones contenidas en los Boletín 8.049-17 y 8.080, ambos, simbólicamente, propuestas en sus

⁶⁸ El MOSTRADOR. 2011. Organizaciones de DDHH funaron el homenaje a Krassnoff. [en línea]. El Mostrador. 21 de noviembre, 2011. <<https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/11/21/aviso-de-bomba-obliga-a-suspender-el-homenaje-a-krassnoff-en-el-club-providencia/>> [4 octubre 2019]

respectivas cámaras de origen el mismo día fijado para la celebración al condenado militar en retiro Krassnoff.

El primer proyecto, iniciado por el diputado Tucapel Jiménez, propone un artículo único que dispone lo siguiente:

“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”.

La segunda de las iniciativas legislativas, es presentada por la senadora Isabel Allende. Este proyecto, claramente inspirado en una oposición al homenaje rendido al brigadier Krassnoff, propone dos artículos, además de uno transitorio. En lo que interesa a los fines de este trabajo⁶⁹, resulta relevante el artículo primero, el cual establece dos tipos penales: uno que concibe como conducta típica la realización de actos en honor a condenados por delitos de lesa humanidad; mientras que el otro se refiere al financiamiento o patrocinio mediante la utilización de fondos fiscales de esta clase de actos. En lo concreto, el proyecto indica:

“Prohíbanse cualquier tipo de honores, tributos u homenajes a personas, vivas o fallecidas, que hubieran sido condenadas por delitos de lesa humanidad.

Las personas que convoquen o patrocinen este tipo de actos serán castigados con presidio menor en su grado mínimo.

El que, utilizando fondos fiscales, patrocine o financiare este tipo de homenajes incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio como también la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.”

⁶⁹ Esto, debido a que el artículo segundo se refiere a una modificación al Código Militar, respecto a la comisión de “actos deshonorosos” para la dignidad militar. En este sentido, no atiende al fenómeno negacionista aquí tratado, sino que se refiere a sanciones de carácter militar asociadas a una condena ejecutoriada al autor de crímenes de lesa humanidad.

Ambas iniciativas legales se encuentran, actualmente, en el primer trámite constitucional. Sin embargo, es el primer proyecto de ley, Boletín 8049-07 el que ha recibido mayor discusión en sede legislativa, recibiendo tramitación hasta el 30 de noviembre de 2017⁷⁰.

Este proyecto, en su revisión especializada por la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, fue objeto de reparos en varios puntos, los cuales vienen a presentar un “didáctico” panorama de los principales nodos problemáticos de una regulación jurídico-penal del negacionismo, tal como es planteada por el artículo único del Boletín 8049-07:

- a) Potencial presencia de una ley penal en blanco: toda vez que no aparecía una conducta típica suficientemente descrita, pareciendo la regulación más una “*declaración de principios y no una tipificación de delito*”.
- b) Conflicto con la garantía constitucional de libertad de expresión y opinión.
- c) Importancia de, primariamente, identificar que bien jurídico se está protegiendo.
- d) Inconveniencia de la tipificación: una regulación penal como la contenida en el proyecto podría favorecer a la fragmentación de la sociedad.
- e) Configuración como delito de peligro concreto o abstracto: si bien no se expresa en estos términos, se hace remisión a la legislación alemana, en tanto esta exige la afectación, mediante un medio idóneo, de la paz pública. En tal sentido, sería un delito de peligro concreto, mas no abstracto como apareciera la propuesta legal que se discute.
- f) Imposibilidad de atribuirse la creación de una verdad histórica oficial.
- g) Garantía de no repetición y cumplimiento de obligaciones internacionales.

La redacción del tipo penal propuesto sería modificada, tras la discusión en sede legislativa, quedando de la siguiente forma, que, de manera evidente, viene a tratar de solventar las dudas generadas, especialmente respecto al peligro de crear una norma penal en blanco, que incumpliese las exigencias del principio de legalidad, en su variante de *lex certa*. Para esto, se elimina la referencia a delitos de lesa humanidad de manera genérica, y más bien se especifican

⁷⁰ El estancamiento se debe a que aún no se emite un informe complementario por parte de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento, respecto a las indicaciones realizadas al proyecto en las discusiones generales realizadas.

ciertos tipos penales contenidos en el Código Penal, que corresponden a los principales ilícitos cometidos durante el periodo histórico de la dictadura.

“Artículo único.- El que públicamente negare hechos comprobados por sentencia judicial firme, referidas a delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, sustracción de menores, detención ilegal, tormentos o rigor innecesario y asociación ilícita, siempre que los hechos punibles hayan ocurrido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y que las personas condenadas hubiesen actuado como agentes del Estado en calidad de funcionario público o, tratándose de un particular, que hubiese actuado en el ejercicio de funciones públicas o con la aquiescencia, consentimiento o por instigación de un funcionario público serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio.”

Otra corrección, no menor, corresponde a la modificación de la pena asignada, toda vez que ahora se condice con el lenguaje propio de la escala general de penas del artículo 21 del Código Penal.

2.3 Proyecto de Ley de memoria histórica

Una segunda contramanifestación respecto a fenómenos negacionistas proviene de la moción presentada por la diputada Karol Cariola, quien el 25 de noviembre de 2014 ingresa el proyecto contenido en el Boletín N° 9746-17.

Esta vez la motivación a esta iniciativa, más allá de provenir del deseo de proscripción de realización de actos en homenaje a condenados por delitos de lesa humanidad cometidos durante el periodo 1973-1990, se opone a la existencia de determinados objetos creados en reconocimiento a la figura de ciertos personajes de la dictadura. En el mismo proyecto de ley se mencionan el busto en el Museo Marítimo y un navío de la Armada que recuerda con honor a José Toribio Merino, la biblioteca de la Academia de Guerra nombrada “Augusto Pinochet Ugarte” y que un monolito en la comuna de Cisnes recuerde a este último⁷¹.

⁷¹ Antecedentes del proyecto de ley que prohíbe el homenaje y/o exaltación de la dictadura cívico militar. Boletín N° 9746-17.

La moción aborda temáticas que van desde la educación⁷², financiamiento público⁷³ y, evidentemente, negacionismo. Con todo, no regula este último tópico en la manera que es abordado en el derecho comparado, sino que, al igual que el proyecto iniciado en 2011 por la senadora Allende, se refiere a lo que podemos syndicar como una modalidad típica específica de negacionismo, vinculada a la justificación de delitos de lesa humanidad, ante todo, no explícita, toda vez que lo que subyace al enaltecimiento de los responsables por aquellos delitos, es una justificación a los actos realizados en virtud de su decisión de privilegiar un bien superior. En definitiva, en lo que interesa el proyecto, contempla en su artículo 3° lo siguiente:

Actos públicos. Se prohíbe toda actividad de carácter público que tenga por objetivo la exaltación u homenaje de la dictadura cívico-militar.

Se entenderá que son de carácter público aquellos actos financiados en todo o en parte con fondos públicos, o aquellos que siendo financiados completamente con fondos privados se efectúen mediante publicidad o medios de comunicación escritos, sonoros o audiovisuales, se realicen en la vía pública, en recintos públicos, recintos privados de propiedad fiscal, bienes nacionales de uso público, o cuando su convocatoria se haya realizado mediante publicidad escrita, sonora o audiovisual y ésta contenga homenajes y/o exaltaciones de la dictadura cívico-militar en los términos de la presente ley.

2.4 Sobre la reactivación de la vigencia de la temática

Después de un periodo de tiempo donde los proyectos legales fueron discutidos arduamente, ganándose su espacio en la agenda pública, su relevancia fue cediendo terreno, quedando relegado a la revisión en comisiones especializadas en el Congreso, solicitud de informes, sin mayor urgencia. Sin embargo, y como ya se pudo apreciar la modalidad del fenómeno bajo el cual se verificó la necesidad de una regulación legal en el año 2011, fue la ocurrencia de ciertos actos, dados a conocer públicamente a la sociedad, los que provocaron la reinstalación de la problemática del negacionismo de hechos fehacientemente constatados, acerca de violación de Derechos humanos ocurridos en el periodo de la dictadura chilena.

⁷² Art. 6° y 7°

⁷³ Art. 8 y 9°

Concretamente, es durante el año 2017, en plena campaña electoral, donde una candidata a diputada negó hechos comprobados judicialmente en el caso “*Quemados*”, usando las redes sociales para atacar a las víctimas e intentar tacharlas de violentistas, desconociendo de tal forma la sentencia judicial recaída sobre los detallados hechos comprobados que fundamentaron la imposición de penas a los militares y policías responsables⁷⁴. La expresión pública de estas ideas fueron reprochadas por la madre de una de las víctimas, e incluso por el ministro en visita responsable de la investigación, aunque a pesar de esto, estas, a lo menos, “cuestionables” afirmaciones fueron respaldadas por la autodenominada “Multigremial nacional de personal de las FFAA, Carabineros y PDI en retiro”, grupo que apoya, blinda y reivindica a criminales de lesa humanidad⁷⁵.

Otro hecho de connotación pública fue el ocurrido en agosto de 2018, donde el recién asumido Ministro de Cultura, Mauricio Rojas, el cual alcanzó a desempeñarse solamente durante una semana en su cargo, debido a que este había señalado en libro de su autoría, que datan del año 2015 y 2016, que el Museo de la Memoria y los DD.HH. era un “*montaje cuyo propósito que sin duda logra, es impactar al espectador dejarlo atónito, impedirle razonar*”, y que constituía un “*uso desvergonzado y mentiroso de una tragedia nacional*”⁷⁶. Ahora, aunque dicha autoridad pública, en su momento expresó que aquello no reflejaba su pensamiento actual, nunca se retractó explícitamente de sus dichos, y tampoco se abordó por su parte lo contradictorio entre las ideas que manifestó, con su tajante posición acerca de que no había relativizado las violaciones a los DD. HH⁷⁷.

Declaraciones públicas de este carácter, en conjunto con su amplia difusión por parte de los medios masivos de comunicación, favorecieron el retorno de la temática negacionista a la agenda pública, y en ese nuevo contexto encontraría cabida en la discusión parlamentaria a

⁷⁴ EL DÍNAMO. 2017. Loreto Letelier: víctimas del Caso Quemados “se quemaron a sí mismas con molotov que explotaron”. [en línea] El Dínamo. 25 de septiembre de 2017. <https://www.eldinamo.cl/nacional/2017/09/25/loreto-letelier-dice-que-victimas-del-caso-quemados-se-quemaron-a-si-mismos-con-molotov-que-explotaron/> [consulta: 28 de noviembre 2019]

⁷⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. 2018. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2018. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. 48p.

⁷⁶ AHUMADA, M. 2018. Mauricio Rojas y polémica por sus dichos sobre Museo de la Memoria: "Hoy eso está muy lejos de lo que yo tengo, debo y quiero decir". [en línea] La Tercera en línea. 11 de agosto de 2018- <latercera.com/reportajes/noticia/mauricio-rojas-polemica-dichos-museo-la-memoria-hoy-esta-lejos-lo-debo-quiero-decir/278746/> [consulta: 24 de noviembre 2019]

⁷⁷ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. 2018. 32p.

propósito del proyecto de ley, iniciativa legal proveniente desde el ejecutivo en el año 2017, que busca incorporar al Código Penal el delito de incitación a la violencia⁷⁸. Con la intervención y asesoramiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos⁷⁹, se advertía, por lo pronto, la importancia de ampliar la discusión, incorporándose a los 3 tipos penales originales del proyecto uno nuevo que versaría sobre el negacionismo. En este sentido, se aprecia de inmediato la influencia del modelo español, que efectivamente trata este delito en el contexto de la incitación a la violencia o al odio.

De esta forma, es que desde finales de 2018 se incorpora, definitivamente, el tratamiento del negacionismo dentro del proyecto de incitación al odio, acelerándose en cierta medida su tramitación que se había visto dilatada en los proyectos previos, en tanto se aferra a otra temática sumamente controversial en el contexto nacional, como lo son los delitos de odio, tan vigentes en el extranjero como en Chile, debido a lamentables episodios que han marcado la pauta en los últimos años, y que incluso ya han generado modificaciones legislativas⁸⁰. Con todo, esta vez la asimilación a este nuevo proyecto de ley viene dada con la peculiaridad, esto es, que trae una agravante especial de la responsabilidad penal ante el caso de que la conducta tenga como sujeto activo a un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo. En definitiva, el proyecto que aún se tramita en el Congreso, se ha de discutir sobre la siguiente propuesta de texto legal, en lo que concierne al tipo de negacionismo⁸¹:

“Art. 161 E.- El que a través de cualquier medio justificare, aprobar o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas 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 Comisión 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, serán

⁷⁸ Boletín N° 11.424. Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia.

⁷⁹ INDH. 2018. Principales informes del INDH al Parlamento. Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁸⁰ Véase Ley N° 20.609, que Establece medidas contra la discriminación, coloquialmente denominada “Ley Zamudio”

⁸¹ Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia.

castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales.

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado y las multas se impondrán en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por 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 el ejercicio de funciones públicas.”

CAPÍTULO III: LA CRIMINALIZACIÓN DEL NEGACIONISMO DESDE LA ÓPTICA DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

3.1 Influencia desde el Derecho Internacional de los DD.HH.

La tipificación del negacionismo en diversas legislaciones europeas no responde, meramente, a la concurrencia de semejantes problemáticas aisladas, vinculadas a lo peligroso de la negación de hechos históricos, dolorosos aún para aquellas sociedades. Antes bien, ha existido una interesante actividad promotora de la criminalización de estos fenómenos, proveniente desde el Derecho Internacional, y más específicamente, de su rama vinculada a derechos humanos. Se verá además, que para el caso interamericano, se ha progresado en nociones que aportan relevantes elementos para la configuración de iniciativas legales en los Estados obligados para la preservación de la memoria histórica.

3.1.1 Europa

Un primer tópico que requiere ser abordado, se refiere al fundamento de carácter normativo que han encontrado los diversos sistemas jurídicos pertenecientes a la cultura occidental para reforzar la vigencia de los preceptos legales que castigan las conductas negacionistas, o que sirven para legitimar la necesidad de contar con un tipo penal que sancione este delito específico en aquellos ordenamientos jurídicos que no cuentan con este, correspondiendo esto último a la situación vigente en el caso chileno.

Es aquí donde aparece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y más concretamente, el sistema europeo de protección de DD.HH. como la fuente principal de normas de carácter vinculante para los Estados pertenecientes al Consejo de Europa (excepto Turquía). Adquiere particular relevancia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el cual en múltiples asuntos de carácter contencioso se ha abocado a la determinación de las limitaciones de uno de los derechos, en particular el contenido en el artículo 10 del Convenio (libertad de expresión), a propósito de la publicación de contenido ofensivo para determinados grupos de personas.

Es la jurisprudencia de este ente jurisdiccional útil al momento de determinar cuál es el sentido y alcance de las limitaciones imponibles a la libertad de expresión, en el contexto de una manifestación pública de negación, justificación o trivialización de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, el acento no está colocado en la interrogante de la legitimidad de los tipos penales, en cuanto si estos respetan o no los principios que restringen el *ius puniendi* de un Estado democrático de Derecho, sino que el análisis realizado se aboca, como ya se expresó, en las limitaciones que se le han de imponer al derecho a la libertad de expresión. Es decir, se da por sentado que no existe vulneración a derecho alguno en la existencia de esta figura penal. Esto se debería a que existe cierta conciencia de que esta tipificación en los países europeos responde “*más a razones político-simbólicas que a una ampliación del ámbito punible respecto a una situación anterior puesto que ya existía una jurisprudencia consolidada*”⁸². Esto se refiere a lo abordado en el Capítulo II, respecto a cómo a través del delito de injurias, de presencia habitual en los códigos penales, era el mecanismo mediante el cual se perseguía las conductas de corte negacionista.

Con todo, dentro del contexto europeo encontramos otras fuentes relacionadas a los DD. HH, pero no de una manera tan directa como lo es el Convenio y la interpretación de los derechos contenidos en este realizado por el TEDH. Estas otras fuentes hacen alusión al Consejo de Europa⁸³, perteneciente a la Unión Europea, que ha emitido dos cuerpos normativos -uno de carácter vinculante y otro que es calificable como norma de *softlaw*- que abordan expresamente la problemática del negacionismo, tomando una postura en favor de su criminalización: 1) Decisión Marco 2008/913/JAI (65) de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, y 2) Recomendación N°15 de la ECRI⁸⁴, órgano dependiente del Consejo de Europa, “*on Combating Hate Speech*, del 8 de diciembre de 2015.

⁸² BILBAO, J. M., citado por NOGUEIRA, H. 2012. Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín N° 8049-1. Estudios Constitucionales (1):407.

⁸³ Para un análisis detallado sobre esta materia, y en particular sobre los criterios esbozados por los órganos europeos sobre la limitación de la libertad de expresión a propósito del negacionismo del genocidio, véase ELÓSEGUI, M. 2017. La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación N.º 15 de la ECRI. Revista de Derecho Político UNED (98):251-334.

⁸⁴ European Commission against Racism and Intolerance.

La Decisión marco 2008/913 del 28 de noviembre de 2008 interesa en su artículo 1 letra c) que prescribe:

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

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;

Por su parte, la norma de *softlaw* correspondiente a la Recomendación N° 15 de la ECRI, en lo que respecta a una etapa de discusión acerca de la criminalización del delito de negacionismo (la parte restante del citado artículo hace alusión a cuestiones de índole procesal) indica en su artículo 10 que los Estados:

“10. Actúen de forma adecuada y decidida contra el uso en público de discurso de odio que tenga como finalidad, o quepa suponer razonablemente que va a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que van dirigidas, y ello mediante normas penales, siempre que otras medidas menos restrictivas puedan resultar menos eficaces, y se respete la libertad de expresión y opinión y, en consecuencia:

a. velen por que se definan claramente los tipos penales y se tenga debidamente en cuenta la necesidad de imponer una sanción penal”

Se puede apreciar que, si bien en esta normativa se promueve la persecución del negacionismo por parte de los Estados vinculados, los órganos internacionales no dejan de expresar una correspondiente limitación respecto a sus pretensiones de punición, en tanto se utilizan vocablos tales como “forma adecuada”, o “medidas necesarias”, que definitivamente hacen alusión a principios limitadores del poder punitivo del Estado, y mas específicamente al principio de proporcionalidad en su sentido amplio.

3.2 Sistema interamericano

A diferencia de la normativa formal existente en el sistema europeo, que promueve la criminalización de, entre otras, las conducta de corte negacionista, en nuestro propio ámbito no encontramos un símil. A pesar de ello, tal contingencia no obsta a que encontremos fuertes pronunciamientos respecto a esta materia, que si bien no versan acerca de -al menos directamente- el fenómeno humano aquí tratado, si tienen un vínculo imposible de obviar, y el cual puede constituir un relevante argumento en favor de la positivización en el sistema jurídico interno, de un tipo penal de negacionismo: se trata del derecho a la verdad.

Este concepto jurídico ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en lo que se ha constituido como un continuo esfuerzo para delimitar el contenido de este derecho, el cual, sin duda, va en continua expansión. Su aparición tiene como sustento fáctico inmediato los numerosos casos de desapariciones forzadas de personas que ha debido juzgar la Corte, delitos que se manifiestan como una violación compleja de derechos humanos, de carácter continuado, y que han sido la base sobre la cual se ha construido el fundamento del progresivo desarrollo del derecho a la verdad⁸⁵. Relevante a este punto es la sentencia recaída en 2003 en el caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala”, que da un buen primer acercamiento al contenido de este derecho: *“la Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad guatemalteca”*⁸⁶.

Un primer punto que se debe precisar es el carácter no autónomo de este derecho, esto debido a que no se encuentra expresamente reconocido en la Convención, no encontrándose subsumido tampoco en los derechos de los artículos 8,13,25 y 1.1 de dicho tratado, tal como ha

⁸⁵ Corte IDH. 2017. Desaparición forzada. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°6. San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos. 21p.

⁸⁶ Corte IDH, sentencia del Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párrafo 274.

sido expuesto por la CIDH⁸⁷. Con todo, ello no ha obstado a que se subsuma al derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento⁸⁸. A partir de esta base, se ha procedido a darle múltiples alcances, entre los cuales se identifican algunos tales como⁸⁹: es un derecho relacionado directamente con el acceso a la justicia, de carácter imprescriptible en razón de que trata de delitos de lesa humanidad, constituye un elemento esencial para el derecho a la reparación. De modo más relevante, se manifiestan como contenidos esenciales para la fundamentación de un delito de negacionismo los siguientes alcances: es un derecho que incluye exposición y reconocimiento público de los sufrimientos infligidos, es decir, inseparable de la verdad misma el que ella sea reconocida públicamente⁹⁰, la sociedad y sus comunidades tienen derecho a conocer y a exigir la verdad, en tanto no es un derecho privativo de las familias⁹¹, y, por último, se trata de un derecho que impone al Estado obligaciones concretas, entre ellas, realizar los actos legislativos, y de cualquier otra naturaleza, que sean necesarios para evitar la reiteración de los hechos acaecidos, implementando las medidas necesarias de protección y garantía⁹².

Respecto a estos alcances que aquí se reconocen como particularmente relevantes para este trabajo, la CIDH ha indicado que es deber del Estado, como medida de reparación que busca satisfacer el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad, recurrir a mecanismos idóneos para mantener viva la memoria de las víctimas y dar transparencia a los hechos que violentaron los derechos humanos por medio del establecimiento de espacios de memoria pública, ya sean estos memoriales, monumentos, museos, entre otros⁹³. Respecto a este punto se profundizará más adelante⁹⁴, pero por lo pronto se debe destacar la importancia que ha tenido

⁸⁷ Corte IDH, sentencia del Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 206.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ La identificación concreta de estos alcances corresponde a BERNALES, G. 2016. El derecho a la verdad. *Estudios Constitucionales* (2): 285.

⁹⁰ Corte IDH, sentencia del Caso *Comunidad de Río Negro vs. Guatemala*, 4 de septiembre de 2012, Serie N° C 250, párrafo 194.

⁹¹ Corte IDH, sentencia del Caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilla de Araguaia)*, 24 de noviembre de 2010, serie C N° 219, párrafos 201 y 211.

⁹² Corte IDH, sentencia del Caso de la *Masacre de la Rochela*, 11 de mayo de 2007, serie N° C N° 163, párrafos 193, 194 y 195.

⁹³ Corte IDH, sentencia del Caso *Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, 14 de octubre de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas., párrafo 234.

⁹⁴ *Infra*, 3.3.3.

este mecanismo, sea realizado en cumplimiento o no de las obligaciones emanadas de una sentencia de un órgano jurisdiccional internacional como la CIDH, en la construcción de una memoria histórica, en concreto respecto al caso chileno.

Visto someramente su contenido, queda pendiente la pregunta acerca de su vinculatoriedad para el Estado chileno, en tanto no logran resultar satisfactorios los argumentos que buscan la incorporación al ordenamiento jurídico interno de este derecho, que dicen relación a que este se encontraría incorporado al derecho al debido proceso⁹⁵, contemplado en el artículo 19 N°3 de nuestra Carta fundamental. Respecto a esta cuestión, se plantean soluciones como la remisión a ciertos artículos de la Convención Americana y, sin poder dejar de mencionarse, la incorporación vía artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República⁹⁶. Sin embargo, no se realizó un suficiente énfasis en otra alternativa: el control de convencionalidad. Este concepto, planteado por primera vez en el caso “Almonacid Arellano vs Chile”, se define como una herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia⁹⁷, y para los efectos de la temática aquí abordada, contempla dos puntos relevantes: uno es que, según ha resuelto la CIDH en su jurisprudencia, todos los agentes del Estado se encuentran mandatados a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto o fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento parcial o total de las obligaciones internacionales⁹⁸. Es decir, todos los agentes del Estado se encuentran sometidos al control de convencionalidad. Por otra parte, el segundo punto relevante queda ya expuesto en la definición dada más arriba, esto es, que los sujetos pasivos de la obligación aquí contemplada deben tener en atención no solo el contenido de los derechos contemplados en la Convención Americana, sino que también la jurisprudencia de la misma Corte⁹⁹. De esta forma,

⁹⁵ Respecto a lo poco convincente de aquella fundamentación, BERNALES, G. 2016.

⁹⁶ Ibid., 290p.

⁹⁷ Corte IDH. Control de convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2p.

⁹⁸ Corte IDH, sentencia del Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 225.

⁹⁹ Un ejemplo de aquello en Corte IDH, sentencia del Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 284.

el control de convencionalidad se dimensiona aquí, como la “vía de entrada” de la construcción jurisprudencial que constituye el derecho a la verdad, hacia los sistemas jurídicos internos, entre ellos, el chileno.

3.3 Constitución y bienes jurídicos

Entrando derechamente en el ámbito del derecho interno, y antes de abordar el vínculo entre los conceptos de Constitución y bien jurídico, se debe exponer la premisa desde la cual surge la relevancia de estudiar la criminalización de un fenómeno como el negacionismo -en un primer momento de la discusión- a partir de la perspectiva del bien jurídico protegido, esto a modo de aporte hacia la labor que el legislador penal debe desarrollar al momento de la discusión política.

Ante todo, la criminalización del negacionismo, como la de cualquier otro fenómeno que es visto como perjudicial para la vida en comunidad, ha de partir desde una concepción del bien jurídico como único objeto de protección posible dentro de un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho¹⁰⁰, constituyéndose en un principio limitador del *ius puniendi* del Estado el denominado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, o también principio de lesividad. Se desea abrazar, sin duda alguna, una noción de carácter tradicional de este principio, donde el bien jurídico es una fuente de validez material para el establecimiento de la responsabilidad penal, la cual necesariamente ha de depender de la lesión (o puesta en peligro) a un bien jurídico. Todo lo anterior en contraposición a una noción formal o inmanente de este concepto, la cual alega una tautología, en cuanto a que bien jurídico sería justamente aquello que el Derecho penal proteja, y por lo mismo, no sirve como criterio acerca de lo legítimamente criminalizable¹⁰¹.

Una concepción de bien jurídico de tipo formal, evidentemente, no ofrece ayuda alguna sobre cuáles son los criterios primarios que ha de tener el legislador penal al momento de decidir si puede o no criminalizar determinada conducta. Esto se debe a que este tipo de noción inmanente no realiza la distinción entre lo que es un bien jurídico en su sentido político-criminal,

¹⁰⁰ MIR PUIG, S. 2006. Derecho Penal. Parte General. 8ªed. Barcelona, Reppetor. 120p.

¹⁰¹ SZCZARANSKI, F. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política Criminal* 7(14):379.

el cual se refiere a aquel objeto que puede reclamar protección jurídico penal, respecto a un bien jurídico en sentido dogmático, que en cambio hace alusión a los objetos que actualmente son protegidos por el Derecho penal vigente¹⁰². Si solamente acogiésemos la idea de un bien jurídico en sentido dogmático, no existiría límite alguno acerca de los bienes jurídicos merecedores de protección, lo cual podría llegar a implicar que, al día de hoy, pudiera ser justificable la persecución penal en Chile de conductas homosexuales consentidas entre adultos¹⁰³.

De esta forma, siguiendo una noción material de bien jurídico es que se puede llegar a lo que es una teoría crítica del bien jurídico como instrumento de evaluación de la legislación penal positiva¹⁰⁴, en donde este concepto tenga una relevante función político-criminal, toda vez que el esfuerzo intelectual de esta teoría va dirigido directamente al legislador, el cual debe tener en consideración los postulados resultantes del análisis realizado a los proyectos de ley que buscan criminalizar una determinada conducta. Y es precisamente aquel el objeto de este trabajo, el cual busca dar respuesta a la incógnita sobre el bien jurídico protegido detrás de los delitos de negacionismo, y por ende si resulta legítima la intervención del Estado mediante el instrumento penal.

Ahora, siguiendo una noción de bien jurídico de este tipo, resulta inevitable la pregunta acerca de cuáles han de ser las fuentes que han de marcar el límite entre lo que es criminalizable o no. Al respecto, se ha recurrido a pautas de tipo ético, sociológico, político o jurídico-constitucional¹⁰⁵. Es esta última fuente la que ha captado una mayor atención por parte de la doctrina jurídica, explicándose esto en el atractivo de la vinculatoriedad de los preceptos constitucionales, los cuales se hayan en la cima de los ordenamientos jurídicos, además de la mayor proximidad teórica respecto a otras ciencias no jurídicas. De esta forma, y tal como indica Bascañan, “*en la remisión desde el bien jurídico a los derechos fundamentales contenidos en una Constitución se pretende realizar el sueño de la teoría del bien jurídico, en la medida de*

¹⁰² MIR PUIG, S. 2006. 120p.

¹⁰³ Con todo, el delito de sodomía que contenía el artículo 365 de nuestro Código penal fue derogado recién en el año 1999, bastante tarde en comparación a otros países como Alemania, donde la criminalización de conductas homosexuales consentidas entre adultos fue abolida en 1969.

¹⁰⁴ ROXIN, C. 2013. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (15):1-27.

¹⁰⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. 1995. Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal. *Revista Chilena de Derecho* 22(2):254.

*que se cuenta ahora con criterios que son a la vez independientes a la voluntad de legislador y jurídicamente vinculantes”*¹⁰⁶.

Dentro de esta teoría del bien jurídico que se acoge a la Constitución, se pueden distinguir dos variantes básicas: una estricta, en la cual el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante, siendo la Constitución de esta forma un modelo de criminalización o descriminalización de una determinada sociedad; y una amplia, donde la norma fundamental es un modelo de referencia para precisar las funciones protectoras y garantizadoras de los bienes jurídicos, pero que no agotan en su formulación¹⁰⁷.

Desde luego, se ha de indicar que no es posible seguir la variante estricta ya esbozada. Para fundamentar esto es válido hacerse la siguiente pregunta: ¿las declaraciones constitucionales, por ejemplo, las contenidas en el artículo N° 19 de la Constitución Política de la República, son bienes jurídicos, y más precisamente, pueden llegar a ser bienes jurídico-penales? Este no parecería ser el sentido de una Constitución, toda vez que esta tendría por finalidad regular la relación existente entre la sociedad política y la civil, no establecer preceptos penales ni regular todas las relaciones entre las personas¹⁰⁸. Es decir, no es suficiente que se trate de un bien constitucional, como lo es el derecho a la vida e integridad física y síquica (art. 19 N°1 CPR), o la propiedad (art. 19 N° 24 CPR), los cuales tienen, por cierto, sus respectivas normas penales que buscan asegurar las condiciones bajo las cuales tales derechos pueden ser efectivamente ejercidos, sino que como sostiene Mir Puig, lo que se requiere es que se protejan como bienes jurídico-penales las condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social¹⁰⁹. En la misma línea, Roxin indica que bienes jurídicos serán todas aquellas circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad¹¹⁰. Entonces, es que se debe

¹⁰⁶ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. Derechos fundamentales y Derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia* (9):53.

¹⁰⁷ MATUS, J.P. 1996. Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales. *Revista Universum* (11):124.

¹⁰⁸ BUSTOS, J., citado por MATUS, J.P. 1996. 129p.

¹⁰⁹ MIR PUIG, S. 1996. 121p.

¹¹⁰ ROXIN, C. 2013. 5p.

afirmar que el concepto de bien jurídico-penal no ha de responder exclusivamente a los derechos consagrados en una Carta fundamental, a raíz de que su concepto es más extenso.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, es que hemos de limitarnos solamente a reconocer que la relación entre la teoría del bien jurídico constitucional y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se debe enmarcar en que lo que no sea parte integrante del orden constitucional no es merecedor de protección penal, más los derechos constitucionales, concebibles como bienes de rango constitucional, no son objetos de protección penal sin más, toda vez que si se les desea amparar por el legislador penal, este deberá además realizar el análisis propio del principio de proporcionalidad, el cual se hace operativo gracias al principio de lesividad o exclusiva protección¹¹¹. Es allí donde se produce el punto de conexión jurídico de la inadmisibilidad de estos preceptos penales que no poseen un bien jurídico protegido identificable con la Constitución, el cual radica en la prohibición de exceso, a deducir del principio de proporcionalidad¹¹².

Por ello es que no se puede alegar la independencia del principio de lesividad respecto al de proporcionalidad (el cual se subdivide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto). Tal como indica Roxin, el principio de proporcionalidad en cuanto punto de referencia, a su vez, presupone un bien a proteger, para lo cual la teoría del bien jurídico puede ofrecer puntos de partida, sin que con ello, sin embargo, se hubiera prefijado la conclusión a alcanzar después de un examen jurídico-constitucional¹¹³.

De todas formas, esto no implica que la Constitución no pueda ofrecer otros mecanismos que colaboren a distinguir el rol que puede jugar el bien jurídico dentro de ella, en su relación con el principio de lesividad. Ya analizamos que no es posible argumentar un modelo de criminalización en base a un principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que se constituya de forma independiente al principio de proporcionalidad. Sin embargo, si podemos acoger una postura donde, reconociendo el rol que tiene una Constitución dentro de un Estado social y democrático de Derecho, en el sentido de que al estar el Estado al servicio de la persona humana, en reconocimiento a su dignidad, este si tiene el deber de no hacer imposibles de ejercer

¹¹¹ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. 54p.

¹¹² ROXIN, C. 2013. 22p.

¹¹³ Ibid., 23p.

los derechos reconocidos constitucionalmente. Es así como Matus indica que como toda tipificación penal importa, generalmente, una limitación a la libertad personal, en el sentido del libre desarrollo de la personalidad, y por su intermedio, una limitación al ejercicio de los derechos constitucionalmente declarados al establecer condiciones legales para su ejercicio con consecuencias penosas en caso de cumplirla (imposición de la pena privativa de libertad), entonces podemos concluir que toda tipificación penal ha de someterse a la garantía del contenido esencial del artículo 19 N°26 de la CPR¹¹⁴, cuestión que es particularmente relevante al momento de analizar una eventual afección a la libertad de expresión, temática que, sin embargo, en este trabajo no es tratada con el detalle que merece.

3.4 Memoria histórica

Es posible ya estimar como tradicional la protección de dos bienes jurídicos específicos mediante los tipos penales de negacionismo, tal como se han concretizado en sistemas comparados: la dignidad humana en relación a la honra, y la seguridad de determinados colectivos de personas, con peculiaridades que las hacen particularmente expuestas a ciertos riesgos. Sin embargo, una perspectiva mucho más interesante, y que se ha desechado sin mayor análisis al respecto¹¹⁵, es la que estima como posible bien jurídico protegido por el delito de negacionismo, tal como ha sido tipificado en los sistemas jurídicos comparados, puede ser la memoria histórica¹¹⁶. Sin embargo, parece ser que las observaciones realizadas desde las ciencias jurídicas no han comprendido del todo el concepto de memoria, y más específicamente la memoria colectiva y sus variantes, lo cual no es posible pasar por alto, toda vez que la cuestión de la memoria en las ciencias humanas camina al compás del siglo XX¹¹⁷, es decir, hace ya bastantes décadas. Esta temática ha sido abordada profusamente desde el prisma de variadas perspectivas y ramas, muy disímiles entre sí, tales como la filosofía, sicología, historia, sociología política, e incluso la literatura¹¹⁸.

¹¹⁴ MATUS, J.P. 1996. 131p.

¹¹⁵ En tal sentido, fundamentalmente FRONZA, E. 2011. 136p.

¹¹⁶ Con todo, no se busca profundizar aquí si en realidad estamos frente a un categoría de delito pluriofensivo, que además de lesionar la dignidad y/o la honra del individuo, además afecte de modo relevante a un (todavía eventual) bien jurídico de memoria histórica.

¹¹⁷ CUESTA BUSTILLO, J. 1998. Memoria e Historia. Un estado de la cuestión. Revista Ayer (32):203.

¹¹⁸ GARRETÓN, M. A. 2003. Memoria y proyecto de país. Revista de Ciencia Política (2):217. Este nos presenta, específicamente, a los siguientes autores según especialidad: en literatura, Semprún; filosofía, Ricoeur; psicología, Ruiz-Vargas, Vezzetti y Hacking; historia, Hobsbawm, Le Goff y Nora; y en sociología, esencial es Halbwachs.

El concepto que aquí se aborda no ha tenido desarrollo por parte de las ciencias sociales, sino hasta que Maurice Halbwachs, quien desde el plano sociológico, habla por primera vez de una memoria colectiva¹¹⁹, y también de una memoria histórica, la cual, sin embargo, no aparece como una singular especie de memoria colectiva como más bien es entendida hoy en día, toda vez que este autor la expone como una de las ocho tipologías de memoria predominantes: intimistas afectivas, intimistas ritualistas, estatutarias, socioeconómicas, comunitarias, societarias, anómicas y, precisamente, memorias históricas¹²⁰. Con posterioridad, esta temática adquiere su verdadera relevancia, que permanece hasta el día de hoy, tras la ocurrencia de tremendos episodios de violencia en diversos lugares del mundo -siendo los casos paradigmáticos el genocidio nazi, la guerra civil española, y las dictaduras en Latinoamérica- en lo que se concibe como un giro hacia el pasado, que produce un “boom” de la memoria sustentado por un marketing masivo de la nostalgia, construcción de museos, emprendimientos de protección del patrimonio, escrituración de memorias, aumento de documentos históricos, e incluso canales de televisión dedicados enteramente a la historia¹²¹.

Como fenómeno cultural relativamente reciente, las demandas públicas de memoria no nacen como recuerdos de una experiencia directa del pasado, que a pesar del tiempo transcurrido se mantiene viva en el presente, sino que, más bien, memoria histórica se utiliza como contrapunto a una falta de memoria respecto a aquellos hechos que una determinada sociedad carece actualmente¹²². El origen de tales peticiones provenientes de ciertos sectores de la comunidad, entonces, resulta concordante con esta idea de construcción social y colectiva, toda vez que el relato surgido respecto a determinados hechos históricos ampliamente corroborados, no se construye solamente con la sumatoria de todos los recuerdos personales de los individuo que vivieron el hecho objeto del recuerdo, sino que se elabora dentro de una dimensión colectiva, cultural, en función de los medios sociales y culturales en que tiene lugar la vida del

¹¹⁹ HALBSWACHS, M. 1925. *Les cadres sociaux de la mémoire* (Los marcos sociales de la memoria). Paris, Albin Michel.

¹²⁰ CUENEN-HUTHER, J, citado en CUESTA BUSTILLO, J. 1998.

¹²¹ GONZÁLEZ, P., PAGES, J. 2014. Historia, memoria, y enseñanza de la historia: conceptos, debates, y perspectivas europeas y latinoamericanas. *Revista Historia y memoria* (9):278

¹²² Respecto al caso español, y desde una perspectiva histórica, RUIZ TORRES, P. 2007. Los discursos de la memoria histórica en España. *Revista de Historia Contemporánea* (7).

individuo, no en vano en el aprendizaje social los recuerdos compartidos son los más fuertes y persistentes¹²³.

La noción colectiva de memoria histórica permite salvaguarda, desde ya, a una primaria objeción a la idea de memoria histórica en el tiempo actual, en tanto podría preguntarse el cómo sería posible concebir una memoria (y por ende, traer a nuestra conciencia determinada información acerca de sucesos pasados) por parte de una generación de personas que no vivieron aquellos eventos de manera directa, siendo que muchas veces ni siquiera quienes alegan la existencia de una memoria histórica habían nacido cuando ocurrieron tales hechos. Tal como se expondrá, aquella tarea correspondiente a la construcción de los eventos ocurridos en el pasado pertenece a la historiografía, que como disciplina especializada, cuenta con los mecanismos apropiados para los fines que se propone, los cuales resultan definitivamente más amplios que los que posee la memoria acerca de hechos históricos.

Ahora, y atendiendo a la enorme generalidad del concepto esbozado, es que se establecen ciertas distinciones en los tipos de memoria colectivas que podemos concebir, que para fines pedagógicos son de bastante utilidad¹²⁴:

- a) En virtud de su objeto:
 - a.1) Segmentada o parcial: existe cuando los individuos de una sociedad no están de acuerdo al objeto a recordar.
 - a.2) Compartida o común: existe conformidad respecto a lo que se rememora.
- b) En virtud de su grado de acuerdo:
 - b.1) Consensual: existe si se le asignan los mismos significados al hecho pasado.
 - b.2) Contradictoria: no existe acuerdo acerca de la significación del suceso, por lo que se habla de una memoria escindida, la cual puede ser antagonística si busca eliminar la memoria de otro.

En virtud de la clasificación anterior, es que un determinado grupo humano se puede calificar como “sociedad de memoria unificada”, o “sociedad de memoria fragmentada”¹²⁵. Fuera de esta sistematización, se puede hablar también de una memoria institucionalizada,

¹²³ RUIZ TORRES, P. 2007. 16p.

¹²⁴ Estas distinciones son elaboradas por GARRETÓN, M.A. 2003. 217p.

¹²⁵ GARRETÓN, M.A. 2003. 218p.

particularmente relevante en el ámbito jurídico, toda vez que es aquella que se materializa en normas o instituciones, monumentos¹²⁶, etc. Es en este sentido también, que se puede decir que la criminalización del fenómeno negacionista también se trata de una manifestación de la “institucionalización” de la memoria acerca de determinados hechos históricos, que son asimilados por la colectividad como sumamente importantes, de tal manera que marcan un antes y un después en el desenvolvimiento de la comunidad.

3.4.1 Distinción entre memoria e historia

Estos conceptos ciertamente pueden ser confundidos entre sí, debido al uso cotidiano que se le ha dado, por lo cual ha sido vital la identificación de las principales diferencias que mantienen estos.

Una primera diferencia atiende a la finalidad. Y es que la memoria, y particularmente la memoria histórica, no consiste en un sinónimo de “verdad histórica”, concibiendo esta como una constatación de lo efectivamente ocurrido en el plano real en un tiempo pretérito, sino que, tal como ya se expresó, es un constructo social, que tiene por finalidad cuestiones que pueden llegar a ser muy diversas, dependiendo del tipo de memoria colectiva que se trate. Pero como aquí interesa solamente aquella memoria colectiva que se refiere a sucesos pasados de gran significancia social, como lo son las violaciones a los derechos humanos cometidos en periodos de quiebre institucional, puede decirse aquí que la aspiración se vincula a dos propósitos esenciales: el respecto a la dignidad de las personas que fueron víctimas de estas violaciones, y la garantía de no repetición. Estos dos fines se encuentran plenamente en armonía con los que en Derecho Internacional de los DD.HH. se reconocen como garantías de reparación¹²⁷, especialmente el segundo fin, el cual es un ítem permanente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a “otras medidas” distintas a los medios tradicionales de indemnización, mientras que el primero es un principio que inspira a toda la regulación internacional de DD.HH.

¹²⁶ GARRETÓN, M.A. 2003. 218p.

¹²⁷ ROSENNE, SH., citada en NASH. 2009. Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 17p.

En la contracara, respecto a la historia, si bien se encuentra superado la corriente positivista y aquella búsqueda extrema de objetividad¹²⁸, ciertamente tiene una finalidad mucho más ambiciosa que la memoria colectiva de determinado grupo humano, toda vez que ciertamente involucra la búsqueda de una verdad factual, posicionándose el historiador en una pretensión de imparcialidad y objetividad, para lo cual debe relacionar un conjunto de hechos ocurridos con otros, de modo tal que no existe solución de continuidad y que en encuadre total de eventos no encontremos puntos de vista independientes, sino que la totalidad de hechos como son¹²⁹. La musa de la historia es Polimnia, y ello tiene todo el sentido pues esta rama del conocimiento se vincula a la búsqueda de una memoria universal del género humano¹³⁰. Ignorar esta distinción, implica desconocer una cuestión bastante consolidada en el campo historiográfico, en el cual se identifica claramente que el saber científico de los hechos pasados es materia propia de la historia, entendida como un saber acumulativo con sus improntas de exhaustividad, de rigor, de control de los testimonios, mientras que, por su parte, la memoria se refiere a hechos pasados cultivados por los contemporáneos y sus descendientes¹³¹.

Una segunda distinción se refiere a la relación existente entre memoria e historia, y es que la primera se ha perfilado como el objeto mismo de la segunda. Debido a la naturaleza limitada de la memoria, en tanto su selectividad, sea individual o colectiva, textura frágil, parcial, manipulada y discontinua por el paso del tiempo, por la acumulación de experiencias, por la imposibilidad real de retener la totalidad de hechos, y también por la acción del presente sobre el pasado¹³², la historia como disciplina crítica toma aquello en su proceso de investigación que busca construir datos sobre el pasado, ofreciendo corrección y o normalización¹³³. Esta corrección es realizada, desde luego, a través de las múltiples fuentes que son útiles para el historiador, tales como documentos oficiales, testimonios, objetos, etc.

¹²⁸ Respecto a esto, CARR, E.H. 1983. *¿Qué es la Historia?* Barcelona, Editorial Ariel. 99p. Este autor deja clara una importante característica de la historia y las ciencias sociales, la cual radica en que estas implican un estudio del ser humano tanto en calidad de objeto como de sujeto, lo cual distingue estas ramas con aquellas que abogan por el divorcio rígido entre sujeto y objeto, como las ciencias naturales.

¹²⁹ HALBWACHS, M. 85. A esto se refiere que, por ejemplo, puedo unir un conjunto de sucesos ocurridos en Chile en determinado año, los cuales pueden situarse temporalmente y de manera concordante con los sucesos de Argentina en aquella misma época,

¹³⁰ *Ibid.* 85p.

¹³¹ FABHET-SAADA, J. citado por CUESTA BUSTILLO, 1998, *Memoria e historia. Un estado de la cuestión.*

¹³² *Ibid.* 206p.

¹³³ GONZÁLEZ, P., PAGES, J. 2014. 282p.

3.4.2 Los peligros asociados a la protección penal de la memoria

La doctrina ha aceptado, de manera amplia, que a pesar del hecho que la incorporación de este delito se entrelaza con la tendencia a dar protección a la verdad histórica o memoria colectiva, estos no pueden convertirse en el bien jurídico penal fundante del tipo penal¹³⁴. En el mejor de los casos, se le reconoce a estos conceptos un rol de límite interno a las libertades de expresión y de información según algunos modelos constitucionales¹³⁵.

A partir de la postura anterior, en el más favorable de los escenarios a lo que puede optar una noción de memoria histórica como bien jurídico-penal tutelado por el negacionismo, es convertirse en una verdadera inversión de la *exceptio veritatis*, concepto proveniente de los tipos penales de calumnias e injurias. En estos, se define a la también denominada “prueba de verdad”, según Garrido, como la *facultad que tiene el responsable de una acción o expresión calificada como agravante y constitutiva de delito, de liberarse de la pena pertinente acreditando la veracidad de lo que expresó*¹³⁶. La doctrina nacional aparece dividida al respecto, ya que no existe uniformidad respecto a su ubicación dentro de la teoría del delito, toda vez que así definida, aparece como una causal de exclusión de la pena. Sin embargo, existe la tesis de que esta más bien se condice con una causal de justificación, en atención a que esta prueba de veracidad surte efecto respecto de todos los partícipes, característica propia de causales de exclusión de tipicidad o antijuridicidad, mas no de las causales de exclusión de pena, las cuales tienen atribuido un carácter personal¹³⁷.

Mas allá de la discusión acerca de la ubicación de la *exceptio veritatis* dentro de la teoría del hecho punible, lo relevante respecto a su conexión con la noción de memoria colectiva o verdad histórica, es la situación en que se estaría colocando a la víctima del delito de negacionismo: esta, seguramente representada por el Ministerio Público, se encontraría en el deber de probar la existencia de aquella memoria colectiva o hecho histórico, que justifica la limitación al derecho a expresar determinadas ideas u opiniones que vienen a desmentir hechos

¹³⁴ TERUEL LOZANO, G. 2014. 526p.

¹³⁵ Ibid. 527p.

¹³⁶ GARRIDO MONTT, M. 2010. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 216p.

¹³⁷ POLITOFF, S., MATUS, J.P, RAMÍREZ, M.C. 2009. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 646p.

fehacientemente comprobados, todo esto en concordancia con el principio de presunción de inocencia. Esta eventual consecuencia tiene un rasgo positivo desde un punto de vista sistemático, puesto que no se cae en la incoherencia de la inversión de la carga de la prueba, como efectivamente se acusa que ocurre en los delitos de injurias y calumnias, donde se produce una contradicción con el principio de presunción de inocencia, toda vez que correspondería al imputado realizar toda la actividad probatoria procesal tendiente a demostrar al tribunal que su propia conducta no corresponde al delito del que se le acusa¹³⁸.

Sin embargo, no deja de ser peculiar la posición en la que se deja al querellante o el mismo órgano público persecutor, los cuales deberían, hipotéticamente, en la etapa probatoria del proceso penal, demostrar ante el tribunal la ocurrencia de hechos sumamente documentados historiográficamente, y que son de amplio conocimiento público. Lo anterior rige, solamente, en caso de realizarse una tipificación penal como la contemplada en los inicios del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 8049-07, en donde el potencial objeto de la negación, trivialización o justificación es, genéricamente, el o los delitos de lesa humanidad cometidos durante el periodo histórico 1973-1990. Cuestión diversa ocurriría con una redacción del tipo penal tal y como aparece en el mismo proyecto de ley recientemente citado, tras las observaciones realizadas en la discusión legislativa, toda vez que la especificación de los concretos tipos penales (homicidio, secuestro, tortura, etc.) permite que en sede probatoria el sujeto activo de la pretensión penal tenga que acompañar al tribunal, la sentencia que condena el hecho que es objeto de la negación, trivialización o justificación.

Retornando a la temática vinculada a los peligros que han sido asociados a una noción de memoria histórica como bien jurídico protegido en el delito de negacionismo, la objeción central la resume de buena manera la siguiente frase de Fronza: “*no es función del derecho penal producir o reproducir una cierta versión de la historia y de hechos históricos, entrando en conflicto con la autonomía individual*”¹³⁹. Con mayor profundidad, se alega que en los delitos de negacionismo -en contraste a las normativas establecidas por las leyes de memoria- imponen al conjunto social recordar “de determinada forma” el hecho histórico, y no simplemente “recordar”, como lo hacen estas últimas. De tal manera, se debiese optar por, en lugar de hacer

¹³⁸ POLITOFF, S., MATUS, J.P, RAMÍREZ, M.C. 2009. 646p.

¹³⁹ FRONZA, E. 2011. 139p.

uso del instrumento penal para proteger el recuerdo sobre ciertos hechos, recurriendo necesariamente a la creación de una memoria institucionalizada, deberíamos seguir la senda de aquella memoria que prevalece a través de monumentos, memoriales, placas conmemorativas, formas de reparación simbólica de los crímenes contra la humanidad. Esta, ciertamente, es una observación sumamente aplicable al caso chileno, toda vez que iniciativas de aquel tipo no han sido objeto de un esfuerzo suficiente por parte de los gobiernos nacionales de turno, según el parecer de muchos de los grupos directamente afectados por la violencia sistemática cometida en dictadura¹⁴⁰. Muestra de aquello es que gran parte de los memoriales surgen desde iniciativas privadas, vinculadas a las familias de las víctimas de la dictadura, donde muchas veces incluso han surgido pugnas entre movimientos sociales y el Estado, cuando este último ha querido vender o destruir terrenos con gran significación¹⁴¹.

Sin desestimar lo correcta que resulta la perspectiva acerca de la utilidad de las construcciones de memoriales y museos como una forma de recordar, merece una revisión más profunda la afirmación que descarta la criminalización del negacionismo. Al respecto, se ha identificado que existe una interseccionalidad entre el proceso penal y el proceso de memoria, que transforma al juez en árbitro de la historia, cuestión que no se condice con las tremendas diferencias existentes entre los métodos histórico y judicial, y que en definitiva no justifican la existencia de esta “verdad oficial”, a saber: principio de congruencia versus amplia libertad de investigación sobre los hechos, duración limitada de la investigación por una parte, frente a un amplio margen temporal en la labor historiográfica, y el efecto de cosa juzgada de las sentencias, que impide el nuevo conocimiento del asunto contencioso -salvo recurso, o más correctamente, acción de revisión- contra el inherente trabajo de constante revisión y reinterpretación de los hechos por parte del historiador¹⁴².

Este punto de la crítica merece reparo, y es que el problema que subyace a esta es el uso indistinto de dos conceptos que son, en caso alguno, equivalentes. Estos son la historia y la memoria, y más concretamente, la memoria colectiva en su vertiente de memoria histórica. Se puede sostener que un tipo penal de negacionismo, en realidad, no está protegiendo, de manera

¹⁴⁰ DEL VALLE, N. 2018. Memorias de la (pos)dictadura: prácticas, fechas y sitios de memoria en el Chile reciente. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (232): 310.

¹⁴¹ BARREIRO, M. 2017. La memoria histórica en España y su situación en el ámbito educativo: la necesidad de crear un museo memorial en España. *Revista Historia Autónoma* (11): 270.

¹⁴² FRONZA, E. 2011. 135p.

indirecta, una determinada versión de la historia, la cual mediante fuerza de cosa juzgada de la sentencia es transformada en la verdad oficial de un determinado Estado, sino que, más bien, el bien protegido es mucho más modesto, esto es, la memoria colectiva, la cual en este contexto se presenta sumamente vinculada con la dignidad y honra de las personas que fueron víctima de la violencia sistemática de una dictadura, y los familiares de estas que al día de hoy viven aún las consecuencias.

Se dice aquí que el bien jurídico protegido es modesto, en el sentido que es limitado respecto al objeto del proceso conmemorativo, toda vez que no tiene las aspiraciones propias de la disciplina historiográfica, ciencia social que, tal como ya se indicó¹⁴³, responde a características de exhaustividad, rigor y control sobre los sucesos del pasado. Por ello es descartable aquella propiedad de reinterpretación constante sobre los hechos pasados que se alega como diferencia notable entre el proceso del historiador y del juez, toda vez que, en realidad, el proceso por el cual el juez llegue a formar su convicción se referirá a una memoria que en sí misma no se reinterpreta, sino que pretende mantener una sola línea interpretativa que pretende mantenerse en el tiempo, sin importar el paso de los años, y la cual tanto en el caso europeo como el chileno, se condice con la noción del máximo rechazo hacia los crímenes de lesa humanidad cometidos por los regímenes autoritarios, y en la idea de que estos sucesos no han de volver a repetirse a futuro, en el sentido de que para las poblaciones afectadas por la violencia, la memoria histórica tiene el valor de reconocimiento social y de justicia, por lo que puede tener un papel preventivo¹⁴⁴. Esto pues, el futuro de un país depende de cómo enfrente y elabore el legado de ciertos hitos¹⁴⁵.

En ese orden de ideas, también esta distinción entre memoria e historia es congruente con la concepción del proceso penal vigente en el orden jurídico nacional, en el sentido que inspirado en la lógica garantista, el proceso no es más que un método dialéctico de solución de conflictos intersubjetivos, donde se dispone a los particulares de un medio de solución heterocompositivo, en el cual el Estado actúa como garante del debate dialogal¹⁴⁶, el cual aspira

¹⁴³ *Supra.* 33p.

¹⁴⁴ BERISTAIN, C. citado por GABORIT, M. 2006. Memoria histórica: Relato desde las víctimas. *Revista Pensamiento Psicológico* 2(6):12.

¹⁴⁵ GARRETÓN, M.A. 2003. 215p.

¹⁴⁶ RUAY SANCHEZ, F. 2018. Aproximación a un estudio sobre los fines del proceso y la 'verdad'. *Ars Boni et Aequi* 13(1): 137

solamente a una verdad limitada epistemológica y normativamente, y condicionada subjetivamente, pues la verdad objetiva, cierta, absoluta es la expresión de un ideal inalcanzable y porque en un Estado de Derecho no resulta legítima la obtención de la verdad "a cualquier precio"¹⁴⁷. En este sentido, entonces, el concreto proceso penal en el cual, hipotéticamente, se conoce y resuelve una responsabilidad por el delito de negacionismo, no tiene pretensión de alcanzar aquella verdad objetiva, que se condice evidentemente más con los fines de la ciencia historiográfica, y no con un bien jurídico menos "pretencioso" como lo es la memoria colectiva.

Terminando este punto, también vinculado a cuestiones procesales penales, se ha criticado el rol que asumiría el juez, en el contexto del conocimiento y juzgamiento de una concreta causa de negacionismo, debido a que además de la injustificada protección de una verdad histórica, además se define el método del historiador. Tomando como ejemplo el caso *Theil* del Tribunal de Lyon, del 2006, donde el ente jurisdiccional razonó -en conformidad a la jurisprudencia del Tribunal europeo- que se debe realizar una evaluación de contexto, fines y método utilizados por el sujeto activo de la conducta negacionista, antes que el contenido- que lo esencial no es tanto analizar el contenido de la tesis defendida por el imputado, sino antes bien su método¹⁴⁸.

Si bien no es del todo desenfocada la observación que se refiere a lo indebido de una excesiva preocupación por tópicos de forma, antes bien de un apropiado análisis de la concurrencia de afectación del bien protegido por el tipo penal, es decir, lo sustantivo, también es cierto que este detalle puede ser relevante para efectos de determinar si, en base al conocimiento del imputado respecto a las reglas que rigen su ciencia u actividad, en contraste a al saber que es esperable de cualquier historiador respecto al método que ha de aplicar en sus investigaciones, es posible estimar que este efectivamente ha tenido, o bien no, la observancia de aquellos deberes que le impone su *lex artis*. Y dependiendo de esto, podríamos tener un elemento que nos aporte a determinar la concurrencia del dolo necesario para sustentar la configuración del tipo subjetivo, toda vez que este delito de negacionismo, tal como se materializa en el derecho comparado, admite solamente una modalidad dolosa, lo cual debiese

¹⁴⁷ FERRAJOLI, L. citado por LOPEZ, J. y HORVITZ, M.I. 2003. Derecho Procesal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 26p.

¹⁴⁸ FRONZA.E. 133.

igualmente presentarse en el contexto chileno, en el aún hipotético caso de su incorporación al derecho positivo.

Bajo este razonamiento, es que es desestimable el argumento que hace ver una no correspondencia en que el juez se preocupe de problemáticas del método del historiador, toda vez que muchas veces el adjudicador penal, para determinar la configuración del delito, y paradigmáticamente en las modalidades de imputación extraordinaria¹⁴⁹, donde se hace pertinente revisar la eventual infracción de un deber de cuidado, el juez deberá instruirse en cuestiones que ciertamente escapan de su conocimiento, el cual pertenece propiamente al aspecto jurídico. Sin embargo, aquella es una cuestión que se resuelve desde una perspectiva netamente práctica, a partir de la prueba ofrecida por las partes, en especial consideración a la de carácter pericial. Por ejemplo, si en un caso de negligencia médica se imputa a un profesional de dicho rubro el delito del artículo 491 del Código Penal, nadie puede llegar a decir, razonablemente, que el juez (o más correctamente, jueces) que conoce y resuelve ese caso, se comportan como médicos y que vienen a construir con su fallo la “ciencia médica”, sino que más bien podemos hablar de que estos se limitan a constatar la infracción de deberes pre-existentes en un campo especializado, que tienen relevancia jurídica para la determinación de responsabilidad penal. Podemos ciertamente coincidir que los deberes que se ven constatados pueden afectar la labor futura de los individuos que desempeñan una profesión u oficio determinado, en tanto pueden modificar prospectivamente los estándares de cuidado usados, pero aquello en caso alguno equivale, normológicamente, a la construcción de una norma obligatoria de carácter general, esto es, una ley.

3.4.3 Hacia un bien jurídico-penal

Siendo una cuestión a veces inadvertida, la distinción que aquí se aborda se alza como una cuestión necesaria para efectos de la realización de una política criminal que sea lo suficientemente restrictiva respecto a los ámbitos hasta donde puede extenderse el Derecho penal. Por ello es que se ve pertinente la elaboración de valoraciones específicamente jurídico-penales, que permitan extraer criterios propios a esta ciencia, que sean especialmente estrictos respecto a la elección de objetos que merecen amparo de la ley penal, y no solo un respaldo

¹⁴⁹ MALAÑICH, J.P. 2015. La imprudencia como estructura de imputación. Revista de Ciencias Penales 7(3):14.

jurídico *in genere*¹⁵⁰. Esta noción se encuentra, de hecho, incorporada en las diversas nociones de bien jurídico esgrimidas para el Derecho penal, sea que se afronte el concepto desde perspectivas sociales o individuales: se entienda al bien jurídico-penal como las propiedades de personas, cosas e instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo¹⁵¹, funciones sociales que –conforme a una Constitución particular y al momento histórico concreto– son valiosas en la estructura social¹⁵², o circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre esa concepción de los fines, o para el funcionamiento del propio sistema, pudiendo abarcar tanto estados previamente hallados por el derecho, como deberes que emanan de normas creadas por el Estado¹⁵³.

Con el objeto de materializar esta distinción, se exige al concepto de bien jurídico en sentido penal que este integre dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal¹⁵⁴. En similar sentido, y desde la vereda del principio de lesividad, Diez Ripollés explica que este bien jurídico, para ser protegido por una norma penal, debe verse afectado por un comportamiento que afecte necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima, y que sus consecuencias puedan ser constatadas en la realidad social, lo que implica accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales¹⁵⁵.

Con todo, en este lugar conviene solamente recalcar en la primera característica que se debe satisfacer, esta es, la suficiente importancia social, toda vez que la exigencia de necesidad es tópico propio del principio de proporcionalidad. En este sentido, aquí se adhiere a la observación de Bascuñan, en tanto expresa que la noción de bien jurídico no es más que la concreción para hacer el principio de proporcionalidad estricto sensu, o juicio de ponderación

¹⁵⁰ MIR, S. 1989. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius Puniendi. Estudios Penales y criminológicos (14):207.

¹⁵¹ KINDHÄUSER, U. 1996. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 67.

¹⁵² RUDOLPHI, H. 1975. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal (5) (1975): 341.

¹⁵³ ROXIN, C. 2003. Derecho penal. Parte General. Madrid, Editorial Civitas, 51p.

¹⁵⁴ MIR, S. 1989. 209p.

¹⁵⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. 1997. El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista. Jueces para la democracia (30):12.

entre el interés de afectación y el interés de protección¹⁵⁶, el cual va inmediatamente antecedido del juicio de necesidad, perteneciente al principio de proporcionalidad en sentido lato.

Tal como se dijo, esta importancia social que debe poseer el bien jurídico que se pretende proteger mediante el instrumento penal, debe ser posible de constatar, lo cual hace referencia a la materialidad inherente al concepto mismo: este último, de clara naturaleza abstracta, consiste en un juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, cuyo substrato puede ser dañado (o puesto en peligro) de un modo empírico-socialmente constatable, siempre entendiendo la dañosidad en un sentido sociológico¹⁵⁷. A ello se agrega la alteración de una realidad natural, que consiste en el soporte a las unidades de la realidad social¹⁵⁸.

Las ideas recientemente aquí planteadas son las que permiten, siempre desde una perspectiva político-criminal, diferenciar lo que es realmente un bien jurídico en sentido penal, en contraste a meros valores morales, facilitándose así la delimitación entre los ámbitos propios de la Moral y el Derecho¹⁵⁹. Y es que esto resulta sumamente pertinente frente a la pregunta sobre si la memoria histórica respecto a hechos constatados fehacientemente en materia de violación a derechos humanos, puede llegar a constituirse como bien jurídico-penal, toda vez que a al delito de negacionismo se le ha acusado de, efectivamente, un tipo penal donde prevalecen las respuestas emotivas e irracionales, donde resulta difícil identificar un bien jurídico autónomo de los fines generales de la protección penal, y donde eliminado el reprochable carácter, desde un ángulo puramente moral, no queda nada en el ataque negacionista que sea exteriormente visible y socialmente cierto¹⁶⁰.

En los párrafos que siguen, se intentará demostrar como esta última afirmación, respecto al carácter meramente moral que se atribuye al bien jurídico tutelado por el tipo penal de negacionismo, es falsa, en razón a que si se afronta la indeterminación acerca del bien jurídico protegido desde la existencia de una memoria histórica concreta, en su relación con la dignidad humana, es posible salvaguardar la crítica de los detractores de este delito, en tanto a la atribuida

¹⁵⁶ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. 54p.

¹⁵⁷ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. 1997. 18p.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ MIR, S. 1989. 207p.

¹⁶⁰ FRONZA, E. 2011. 140p.

incertidumbre sobre la facticidad respecto a su existencia, y superado este punto, también en cuanto a su dañosidad social.

Con este fin, el que de manera evidente no es posible alcanzar, al menos exclusivamente, con las herramientas que presta la ciencia jurídica, es que se presenten ramas como la sociología y la psicología social como auxiliares en la elaboración de un concepto de memoria histórica, particularmente aplicable para la situación vigente en nuestro contexto social. Ya se expusieron los argumentos bajo los cuales, desde un punto de vista sociológico, con la base fundacional del concepto otorgado por Halbwachs¹⁶¹, se puede tratar a esta memoria como una construcción social, tratado profusamente por la literatura especializada y que sigue en pleno desarrollo respecto a sus alcances. Sin embargo, esta idea debe ser abordada con mayor profundidad, y “aterrizada” hacia nuestro concreto sistema social.

Tratado el tema desde una arista psicosocial, se ha dicho que la memoria es una dimensión tanto constituyente como constitutiva de la realidad social, que presenta rasgos performativos como descriptivos¹⁶². Respecto al primero, la memoria histórica es una acción social, política y cultural construida simbólicamente y de carácter hermenéutico, fruto del proceso colectivo en el que entidades, tanto objetuales como sociales, organizacionales, e institucionales, interaccionan creando significados y símbolos compartidos, lo que lleva a su vez a entender a la memoria como un proceso de interpretación del pasado que tiene efectos en el tipo de relaciones e identidades sociales que contribuyen a construir¹⁶³. Ahora, en cuanto al segundo, se concretiza la memoria en un sentido descriptivo al crear el discurso sobre el pasado, los que constituyen una trama de relaciones en las que contenido y forma son indistinguibles¹⁶⁴, pero nunca con una finalidad de establecer la verdad sobre los hechos que se recuerdan, sino comprender como diferentes actores sociales elaboran versiones de ese pasado¹⁶⁵.

Es muy probable que la dimensión performativa del fenómeno de la memoria sea el más visible exteriormente, toda vez que este se concretiza en la realización de conmemoraciones, y

¹⁶¹ Véase *supra* 3.3.

¹⁶² PIPER, I. y FERNÁNDEZ, R. 2013. Psicología Social de la Memoria: Espacios y Políticas del Recuerdo. *Psykhe* 22 (2): 20.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ PIPER, I. y FERNÁNDEZ, R. 2013. 21p.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 22p. En este sentido, se concuerda plenamente con la distinción ofrecida entre memoria e historia, respecto a sus pretensiones y objeto.

en la modificación misma del espacio público, mediante la construcción de memoriales, también denominados “sitios de memoria”. Son miles los lugares de este tipo los presentes en el país, los cuales fueron utilizados como centros clandestinos de tortura, reclusión, y exterminio durante el periodo dictatorial, señalándose como ejemplos de importante data los ubicados en Villa Grimaldi, Londres 38, José Domingo Cañas, Nido 20 y una sección el Estado Nacional¹⁶⁶. Es posible encontrar una multiplicidad de lugares con estas características en regiones, muchos de los cuales han surgido a instancia de la sociedad civil, paradigmáticamente de las familias de las víctimas de los crímenes perpetrados en dictadura, aunque se debe mencionar que es, a partir del Comisión Valech, donde se sugiere por primera vez desde la institucionalidad, una serie de medidas para la reparación de carácter simbólico que iban en la línea de declarar monumentos nacionales a los principales centros de tortura, construir memoriales y sitios recordatorios de víctimas de la violencia política¹⁶⁷.

Este puede considerarse como uno de los primeros esfuerzos, provenientes del Estado, donde se reconoce la existencia de una memoria que no estaba siendo lo suficientemente apoyada, aunque este tópico no está exento de críticas, en virtud de un diagnóstico que nos revela que la política pública chilena ha sido la ausencia de una política, la falta de una estrategia en materia de memoria y derechos humanos que coordine a diferentes instituciones de la sociedad civil y el Estado¹⁶⁸, donde si bien existen iniciativas por lo que se ha podido apreciar, no existe política que defina objetivos, desarrolle un instrumento y lleve a cabo un programa, lo que evidencia una actividad performativa del Estado, en este ámbito, débil¹⁶⁹. Esto tendría explicación en la práctica sistemática de evitar el conflicto social, por parte de los gobiernos de la transición democrática, y por su dificultad en abordar un pasado complicado y traumático respecto del cual todavía existen controversias importantes en la sociedad chilena¹⁷⁰.

De cualquier modo, no puede omitir mencionarse aquí la relevancia que conllevó el trabajo realizado por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada mediante

¹⁶⁶ ICSO. 2011. Verdad, justicia y memoria por violaciones de derechos humanos en tiempos de dictadura, a 40 años del golpe militar. Santiago, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP, p.60.

¹⁶⁷ GOBIERNO DE CHILE. 2004. Informe de la comisión nacional sobre prisión política y tortura. Santiago, Ministerio de Interior.

¹⁶⁸ DEL VALLE, N. 2018. Memorias de la (pos)dictadura: prácticas, fechas y sitios de memoria en el Chile reciente. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales (232): 316.

¹⁶⁹ PIPER, I. y FERNÁNDEZ, R. 2013. 28p.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ, R. 2015. Lugares de memoria de la dictadura en Chile. Bitacora 25 (1):133.

Decreto Supremo N° 355 del 9 de mayo de 1990, que, como instrumento propio de la justicia transicional, tuvo como objetivo contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidos en el periodo dictatorial, esto con el fin de colaborar con la reconciliación¹⁷¹, tan necesaria en los primeros años del retorno a la democracia chilena¹⁷². Este, sin duda, se alza como un aporte relevante a la construcción de la memoria histórica chilena reciente, en tanto presta información concreta la cual fue dada a conocer a toda la sociedad civil, para que esta tomara conciencia de los abusos cometidos, permitiendo que las memorias individuales y las pequeñas memorias colectivas contaran un correlato institucional coherente.

Con todo, el aporte de la “Comisión Rettig” no se queda ahí, ello en razón de que según lo dispuesto en el artículo 2° inciso segundo del Decreto Supremo que crea a este ente, se obliga al último a disponer al Poder Judicial, sin más trámite, los antecedentes recibidos sobre hechos que revistan carácter de delito¹⁷³. Esta disposición está en coherencia con carácter no jurisdiccional de la Comisión, tal como dispone el artículo 2° inciso primero. Aquella obligación fue efectivamente resuelta, y los efectos de aquello perduran hasta el día de hoy, en tanto se continúan conociendo y resolviendo casos contra agentes del Estado que cometieron graves ilícitos penales en el periodo 1973-1990, lo que trae aparejado un nuevo aporte a la configuración de una memoria histórica desde la perspectiva institucional, esta vez, mediante las sentencias condenatorias dictadas en dichos casos.

En este último aspecto, primeramente transcurrió un periodo donde la labor de la Corte Suprema era más bien deficitaria respecto al conocimiento de casos acerca de violaciones a los derechos humanos cometidos en el periodo de dictadura, en tanto mantenía la aplicación del Decreto Ley de Amnistía, y de la prescripción de la acción penal. Esta situación tuvo como ejes del cambio el cese de la aplicación de dicho decreto, en el año 1998, y luego con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, desde diciembre de 2006, esto con fundamento en consideraciones de derecho internacional, informes de la Comisión

¹⁷¹ CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN. 1996. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Volumen I. Tomo I. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Ip.

¹⁷² Esto no quiere decir, sin embargo, que este sea un tema totalmente superado, tal como se puede apreciar. Por ello genera aún tanta discordia las problemáticas asociadas al negacionismo.

¹⁷³ GOBIERNO DE CHILE. 1990. Decreto N° 355.

Interamericana de Derechos Humanos, y jurisprudencia de la CIDH y Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁷⁴. Lo anterior, sin perjuicio de sentencias donde, si bien no provienen del máximo tribunal, ya se había descartado la prescripción y la amnistía, tal como ocurrió en el Caso José Julio Llaulén y Juan Eleuterio Chauquepán¹⁷⁵, o Caso Bárbara Uribe y Edwin Van Yurick¹⁷⁶.

En la actualidad, el rol del Poder Judicial parece adquirir una mayor relevancia. Al año 2013, existían alrededor de 1.350 causas por DD.HH. bajo investigación, habiéndose resuelto, al menos hasta fines de julio del mismo año, 153 causas, donde 140 resultaron con sentencia condenatoria¹⁷⁷. Por otra parte, en el tiempo más reciente han existido condenas de aún mayor connotación pública, verbigracia, el fallo judicial del Ministro en visita extraordinaria Alejandro Madrid, que condenó a seis personas por su participación en el homicidio del ex Presidente Eduardo Frei Montalva¹⁷⁸ o la condena dictada en el Caso “*Quemados*”¹⁷⁹, ambas de primera instancia y emanadas durante el primer semestre de 2019.

Por otra parte, de un modo mucho más explícito, ya existe, a lo menos, un reconocimiento por medio de sentencia judicial respecto al bien jurídico que constituiría la memoria histórica. La Corte de Apelaciones de Rancagua estimó en fallo recaído en un caso de delito de lesa humanidad, que más allá de procurar un justo reconocimiento a la víctima, y la reparación integral de sus familiares (estos, bienes jurídicos individuales), también ha de reconocer que lo que se encuentra en juego es algo que excede aquel ámbito, en tanto se compromete el derecho a la memoria histórica de los pueblos¹⁸⁰, el cual viene a satisfacer una necesidad vital para hacer efectivo el respeto de los derechos humanos y evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan¹⁸¹, y el que aplicado a nuestra concreta sociedad chilena, constituye un “*derecho irrenunciable... a conocer la verdad de lo ocurrido, así como las*

¹⁷⁴ FIDH. 2011. Chile. Avances obstáculos en la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet. Santiago, Federación Internacional de Derechos Humanos. 8-10p.

¹⁷⁵ Juzgado de Letras de Lautaro. Rol. 37.860. 20.09.1993.

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 38.638-1994, 30 de septiembre de 1994.

¹⁷⁷ INFORME. 29p.

¹⁷⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol N° 7.981-B, 30 de enero de 2019

¹⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol N° 143-2013, 21 de marzo de 2019.

¹⁸⁰ Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia Rol N° 243-2016, 03.03.2017, C.19°. Confirmada por Corte Suprema, sentencia Rol N° 21.596-2017, 26.03.2018.

¹⁸¹ Ibid., c.21°

razones y circunstancias en las que se llegaron a cometer atroces atropellos de derechos básicos y fundamentales de nuestros conciudadanos, en aras de precaver que estos hechos se repitan en el futuro".¹⁸² Esta sentencia, además de tener importancia por constatar la memoria histórica como un derecho colectivo de particular relevancia, se perfila además como -en términos prácticos- un control de convencionalidad, tal como se definió y delimitó más arriba¹⁸³, ya que si bien la Corte no expresó textualmente que estaba realizándolo, si lo concreta en su razonamiento, en tanto primero hace remisiones al Derecho Internacional Humanitario y Derechos de los Derechos Humanos, y acto seguido reconoce la necesidad de un "*expreso reconocimiento en este primer nivel que se limita al juzgamiento penal*"¹⁸⁴, además de señalar la existencia de un "*imperativo ético de declarar y establecer en sus sentencias como una verdad inalterable e inmutable que los ilícitos cometidos en el aludido contexto histórico... constituyeron crímenes de lesa humanidad y ello forma parte de nuestro legado histórico*"¹⁸⁵.

De igual manera, interesantes avances se plantean más allá de los hechos que son confirmados, y el correspondiente juicio de responsabilidad penal contenido en una sentencia judicial definitiva. A raíz del fallo condenatorio recaído en Causa N° 43.113-2017 de la Corte Suprema, en donde se estableció que tres personas habían sido víctimas de homicidio calificados como crímenes de lesa humanidad, familiares de las víctimas solicitaron a tres diarios de circulación nacional la rectificación de una nota publicada con fecha 2 de octubre de 1973, donde se tildaba a las víctimas, junto con otras siete, de "extremistas", calificándose sus homicidios como "ejecuciones en conformidad al bando N° 24". El diario "La Tercera" no atendería a la petición, ante lo cual los afectados recurrieron por vía acción de protección, donde finalmente la Corte Suprema confirmó el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 84.116-2018, ordenando al recurrido realizar la rectificación "*en los mismos términos en que fue realizada la publicación original habrá de abarcar no menos de la mitad de una de las páginas de la edición en que la misma se concrete y deberá informar acerca de los citados hechos en la forma que quedó establecida en la sentencia dictada en la causa rol 11-2014, del ingreso del Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago, "Episodio Jorge*

¹⁸² Corte de Apelaciones de Rancagua, c. 22°

¹⁸³ *Supra*, 3.2.

¹⁸⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, c.20°.

¹⁸⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua, c.21°.

*Oyarzún y otros*¹⁸⁶. Lo aquí resuelto por el tribunal, no hace más que reforzar el punto acerca de la relevancia de los medios de comunicación, y concretamente uno tan tradicional como el periódico, respecto a su capacidad de permisión de información y consiguiente formación de opinión pública, lo que lo transforma en conjunto a otros mecanismos, en importantes agentes de control social¹⁸⁷, y que en esta materia tienen un relevante rol en la preservación de la memoria colectiva, y en su difusión a las diferentes capas que conforman la colectividad.

¹⁸⁶ Corte Suprema, sentencia Rol N° 11.044-2019, 17 de septiembre de 2019, c.8°.

¹⁸⁷ FUENTES OSORIO, J. 2005. 2p.

Conclusiones

La expresiones que niegan, justifican o trivializan la ocurrencia de hechos consistentes en violaciones a los derechos humanos, sucedidos en tormentosos periodos de la historia reciente, son una problemática vigente en la agenda pública de aquellas sociedades que desean tomarse en serio el respeto a la dignidad humana, para lo cual se ha tenido especial enfoque a aquellos sectores sociales que fueron los principales afectados, aunque también sin olvidar la entrega de un mensaje a la comunidad respecto a la importancia de recordar estos sucesos. La historia chilena de fines del siglo XX es fiel registro de que no estamos exentos a la triste realidad de la violación sistemática de derechos humanos, cuyo conocimiento y resolución sigue en manos de la justicia que, ciertamente debió haber aparecido antes, y que a casi 30 años del retorno a la democracia sigue resolviendo asuntos sumamente dolorosos para víctimas y familiares de ellas.

Este fenómeno humano denominado negacionismo ha sido abordado por el Derecho, y paradigmáticamente, por la rama penal en los sistemas comparados desde principios de los años noventa, en lo que fue una reacción institucional a la infracción de derechos individuales como la honra de las personas, aunque teniendo además presente un interés y preocupación de amplio rango, esto es, el temor a la repetición de aquellos terribles acontecimientos ocurridos en el ámbito europeo, de los cuales las sociedades aprendieron una dura lección acerca del valor de la dignidad humana, la cual no ha sido comprendida, tristemente, por algunos sectores marginales.

Nuestra situación era, hasta hace poco tiempo, ajena a todo aquel desarrollo legislativo y jurisprudencial que se generaba en otros lugares, lo que encuentra justificación en el ambiente social surgido con posterioridad a la dictadura, caracterizado por la preocupante presencia de militares en los poderes del Estado, además del poco colaborativo- en un principio- rol del Poder Judicial en el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones a los derechos humanos. En tal sentido, los esfuerzos dirigidos al reconocimiento de aquella verdad que había sido derechamente negada en dictadura, provinieron desde mecanismos de justicia transicional, como lo fueron tanto la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, con sus respectivos informes.

Con el paso de los años, y con una reconfiguración en la percepción social respecto a la existencia de flagrantes e impunes hechos constitutivos de delitos de lesa humanidad, la expresión pública de declaraciones, o la celebración de determinados actos de reconocimiento, que venían en claro sentido a justificar, negar o minimizar los abusos cometidos en el periodo dictatorial, y a enaltecer a los responsables de aquellos actos, devino en una cuestión intolerable, imposible de sostener racionalmente, y ante la cual el Estado no podía desentenderse.

A partir de esta incipiente necesidad de regulación legal es que no nos podemos sustraer de los progresos realizados en otros sistemas jurídicos, especialmente en cuanto estos plantean relevantes puntos acerca de los límites que posee el derecho fundamental a la libertad de expresión. Sin embargo, tampoco es posible introducir a nuestro régimen jurídico (y concretamente, el penal) un delito que no tiene antecedente alguno en nuestra tradición jurídica, sin realizar la debida adecuación a nuestro contexto social y normativo, y respecto a este último, a las imposiciones a que nos somete la Constitución.

Conforme a ello, se ha puesto en perspectiva el asunto de la criminalización del fenómeno negacionista desde el que aparece -conforme a las ciencias penales y la política criminal- como un principio insoslayable desde que la doctrina ha acogido y fortalecido el rol del bien jurídico en un sentido material, este es, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, también conocido como principio de lesividad. La natural interrogante que surge a partir de aquello es, entonces, que bien jurídico se está tutelando en un tipo penal de negacionismo, ante lo cual han surgido respuestas tradicionales, como lo son las que se refieren a la protección de bienes jurídicos desde luego ya protegidos por otros delitos, como lo es la honra en relación a las injurias y calumnias. También han existido remisiones a la seguridad de determinados grupos sociales, tesis que no se presenta muy sostenible, toda vez que incorpora las complejidades y dudas propias de los delitos de “clima”, con la consiguiente indeterminación que evidentemente porta el mismo concepto.

Si bien la primera respuesta a la problemática de la elección del bien jurídico protegido encuentra suficiente sustento material, en tanto no podemos negar que es la honra de las personas, en relación a su dignidad, la que se ve vulnerada con expresiones públicas de lo que se conoce como negacionismo en sentido “amplio”, esta encuentra una notoria crítica, que se refiere a la posibilidad de sancionar aquellas conductas con los tipos penales vigentes en nuestro

ordenamiento jurídico-penal, tales como los delitos de injurias y calumnias, ante lo cual devendría innecesaria la incorporación al Código Penal de un nuevo tipo que consagre al negacionismo como delito, lo que vendría a ser no otra cuestión que una manifestación de derecho penal simbólico.

No conforme con aquello con aquella crítica, en estas páginas se ha tratado de exponer que la temática del bien jurídico protegido en este eventual delito para nuestro ordenamiento, no se reduce a los factores antes esbozados, en razón a la existencia de un valor social que existe en nuestro país (y muy probablemente, igual o mejor elaborado en otros países), el cual consiste en la memoria histórica como bien jurídico a proteger. Para ello, se han dado respuestas a las principales objeciones a su alzamiento como tal, las que se refieren, esencialmente, a confusiones entre este concepto con el de Historia, con las subsecuentes consecuencias y temores que conlleva aquello en relación al proceso penal. Luego, se hace necesario constatar la existencia material de esta modalidad de memoria colectiva, en concreta aplicación al caso chileno, lo que nos da una evidente respuesta positiva.

La posibilidad de que efectivamente en nuestro país se consagre positivamente en su sistema jurídico un delito de negacionismo, se manifiesta como un notable avance legislativo en la protección de los derechos humanos, lo que nos pondría en la vanguardia en esta materia en el ámbito latinoamericano. Consecuente a ello, se estaría dando un más que evidente cumplimiento a obligaciones internacionales que el Estado tiene en materia de derechos humanos, ya que si bien no se ha mandado desde un órgano internacional la promoción de la tipificación de las conductas negacionistas, tal como se ha dado en el ámbito europeo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos si ha elaborado mediante su jurisprudencia un derecho a la verdad, asociado directamente al derecho a la memoria histórica, asunto que obliga al Estado chileno, normativamente, sea por cualquiera de las vías de entrada que se han contemplado. Al respecto, se plantea aquí como innovador e interesante el camino esbozado por el control de convencionalidad.

Con todo, la discusión pública respecto a la criminalización del negacionismo, evidentemente, debe seguir su curso, y es deseable que vuelva a plantearse como un tema relevante de la agenda pública, y de seguro así ocurrirá en el futuro próximo, aunque se desea, de todas maneras, que no sea producto de la ocurrencia de nuevos y tristes sucesos como los

que se han visto en el pasado. Aquí se ha planteado una visión respecto del primer problema que debe resolverse al momento de decidir el tratamiento jurídico-penal que se le da a un fenómeno externo que se alza como dañoso para la sociedad. Sin embargo, el análisis político criminal debe proseguir, y por lo pronto se aprecian, prospectivamente, intensos debates respecto a la problemática relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad *lato sensu*, que traerá la disyuntiva acerca de los límites que en nuestro concreto contexto normativo podemos aplicar al derecho a la libertad de expresión, para lo cual serán de mucha utilidad, por ejemplo, las sentencias provenientes del Tribunal Constitucional español, o las dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que posee una amplia jurisprudencia en la materia. De superarse aquello, un nuevo desafío ha de ofrecernos la redacción del tipo objetivo de este delito, toda vez que desde ya se aprecian las justificadas reservas acerca de su extensión, en lo que se refiere a la elección del o los verbos rectores a consagrar, la exigencia o no de publicidad de la conducta, y también sumamente relevante, en cómo se ha de resolver el punto del objeto que es negado¹⁸⁸, para lo cual, claramente, deben tomarse todos los resguardos para la satisfacción del mandato constitucional de determinación de la conducta típica.

Como punto último, no se puede finalizar este trabajo sin hacer alusión a que, en el evento de que efectivamente se alcance la tipificación e incorporación al Código Penal del negacionismo, esta medida no puede constituirse en un hito aislado en el reconocimiento institucional de la memoria histórica: se requiere una adecuada incorporación de esta materia en los currículos educativos, además del deseable discurso unitario proveniente desde los órganos del Estado y sus funcionarios, respecto al irrestricto respeto de los derechos humanos y la memoria, cumpliéndose de tal modo las exigencias provenientes del control de convencionalidad, cuestión que se vincula además a otra medida que, si bien ha encontrado mayor respaldo con en el último tiempo, requiere aún más apoyo, que es lo que se refiere a la construcción y mantenimiento de memoriales, monumentos y museos que preserven la memoria, para combatir nuestra inevitable propensión al olvido, en un mundo donde cada vez es más fácil perder de vista los valores realmente importantes dentro de la comunidad social, propia de las sociedades democráticas.

¹⁸⁸ Tomando, una vez más, el concepto en su acepción más amplia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

BARREIRO, M. 2017. La memoria histórica en España y su situación en el ámbito educativo: la necesidad de crear un museo memorial en España. *Revista Historia Autónoma* (11).

BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. Derechos fundamentales y Derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia* (9).

CARR, E.H. 1983. *¿Qué es la Historia?* Barcelona, Editorial Ariel.

CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN. 1996. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Volumen I. Tomo I. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

CUESTA BUSTILLO, J. 1998. Memoria e Historia. Un estado de la cuestión. *Revista Ayer* (32).

DEL VALLE, N. 2018. Memorias de la (pos)dictadura: prácticas, fechas y sitios de memoria en el Chile reciente. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (232).

DIEZ RIPOLLÉS, J.L. 1997. El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista. *Jueces para la democracia* (30):12.

ETCHEVERRY, A. 2013. El delito de “negacionismo”: ¿Libertad de expresión o apología al delito? *En*: VAN WEEZEL, A. *Humanizar y renovar el derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago, Legal Publishing Thompson Reuters.

FERNÁNDEZ, R. 2015. Lugares de memoria de la dictadura en Chile. *Bitacora* 25 (1).

FIDH. 2011. Chile. Avances obstáculos en la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de Augusto Pinochet. Santiago, Federación Internacional de Derechos Humanos.

FRONZA, E. 2011. ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (5).

FUENTES OSORIO, J. 2005. Los medios de comunicación y el Derecho Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (7).

FUENTES OSORIO, J. 2017. El odio como delito. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (17).

GABORIT, M. 2006. Memoria histórica: Relato desde las víctimas. Revista Pensamiento Psicológico 2(6)

GARRETÓN, M. A. 2003. Memoria y proyecto de país. Revista de Ciencia Política (2).

GARRIDO MONTT, M. 2010. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

GOBIERNO DE CHILE. 2004. Informe de la comisión nacional sobre prisión política y tortura. Santiago, Ministerio de Interior.

GONZÁLEZ, P., PAGES, J. 2014. Historia, memoria, y enseñanza de la historia: conceptos, debates, y perspectivas europeas y latinoamericanas. Revista Historia y memoria (9).

HALBSWACHS, M. 1925. Les cadres sociaux de la mémoire (Los marcos sociales de la memoria). Paris, Albin Michel.

ICSO. 2011. Verdad, justicia y memoria por violaciones de derechos humanos en tiempos de dictadura, a 40 años del golpe militar. Santiago, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP.

KINDHÄUSER, U. 1996. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. 1995. Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal. Revista Chilena de Derecho 22(2).

LAURENZO COPELLO, P. 1996. La discriminación en el Código Penal de 1995. Revista de Estudios penales y criminológicos (19).

LOPEZ, J. y HORVITZ, M.I. 2003. Derecho Procesal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- MATUS, J.P. 1996. Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales. *Revista Universum* (11).
- MAYOR FERRÁNDIZ, T. 2012. Los negacionistas del Holocausto. *Revista de Historia y Ciencias Sociales* (293).
- MIR, S. 1989. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius Puniendi*. *Estudios Penales y criminológicos* (14).
- MIR, S. 2006. *Derecho Penal. Parte General*. 8ªed. Barcelona, Reppetor.
- NASH. 2009. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- NOGUEIRA, H. 2012. Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. *Boletín N° 8049-17. Estudios Constitucionales* (1).
- PIPER, I. y FERNÁNDEZ, R. 2013. *Psicología Social de la Memoria: Espacios y Políticas del Recuerdo*. *Psyche* 22 (2).
- POLITOFF, S., MATUS, J.P, RAMÍREZ, M.C. 2009. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.L. 2000. El debate en torno a David Irving y el negacionismo del holocausto. *Cuadernos de Historia Contemporánea* (22).
- ROXIN, C. 1997. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Madrid, Editorial Civitas S.A.
- ROXIN, C. 2013. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (15).
- RUAY SANCHEZ, F. 2018. Aproximación a un estudio sobre los fines del proceso y la 'verdad'. *Ars Boni et Aequi* 13(1).
- RUDOLPHI, H. 1975. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *Nuevo pensamiento penal* (5).

RUIZ TORRES, P. 2007. Los discursos de la memoria histórica en España. *Revista de Historia Contemporánea* (7).

SZCZARANSKI, F. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política Criminal* 7(14).

TERUEL LOZANO, G. 2014. La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano. Memoria de doctorado en investigación, Murcia, Universidad de Murcia, Facultad de Derecho.

THUS, V. 2013. El anti negacionismo jurídico. Reflexiones político-criminales en torno a la prevención de genocidios. En: VII JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORES. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales e Instituto de Investigación Gino Germani.

VANOSI, J.R. 2014. La criminalización del “negacionismo” frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho. *Pensamiento Constitucional* (19).

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia Rol N° 243-2016, 3 de marzo de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 38.638-1994, 30 de septiembre de 1994.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol N° 7.981-B, 30 de enero de 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol N° 143-2013, 21 de marzo de 2019.

Corte Suprema, sentencia Rol N° 11.044-2019, 17 de septiembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de mayo de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso *Comunidad de Río Negro vs. Guatemala*, Serie N° C 250, 4 de septiembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilla de Araguaia)*, serie C N° 219, 24 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso *Masacre de la Rochela*, serie N° C N° 163, 11 de mayo de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Serie C, N° 101, 25 noviembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso *Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, 14 de octubre de 2014

Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 199/1987, 16 de diciembre de 1997.

Tribunal Constitucional Español, resolución N° 273/2007, 14 de noviembre de 2007.