



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS DE PUNIBILIDAD DEL DELITO
DEL NEGACIONISMO EN CHILE. REVISIÓN DE DERECHO**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile

Andrea Alejandra Pulgar Muñoz
Profesor guía: Germán Ovalle Madrid

Santiago, 2022

*“Construir la paz sobre el olvido de la dignidad de las víctimas
es la mejor manera de seguir creando víctimas en el país”.*

José María Tojeira

*Dedicado a
todas las víctimas de violencia de Estado
durante la dictadura cívico-militar.*

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: NEGACIONISMO, SU DEFINICION Y ORIGEN.....	10
1.1 Negacionismo.....	10
1.2 Revisionismo.....	11
1.3 Revisionismo Histórico.....	11
1.4 Revisionismo del Holocausto.....	11
1.5 Exponentes del negacionismo en el mundo.....	14
1.6 Categorías de negacionismos.....	17
1.7 El negacionismo como continuación del genocidio.....	20
CAPÍTULO II: DISYUNTIVA: DISCURSOS DE OTRO EN CONTRAPOSICIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESION.....	23
2.1 Discursos de odio.....	23
<u>2.2</u> Discursos de odio como discursos sociales.....	27
<u>2.3</u> Elementos del discurso de odio.....	30
<u>2.4</u> Clasificaciones de Discursos de Odio en Instrumentos Jurídicos Internacionales.....	31
<u>2.5</u> Libertad de expresión y discursos de odio.....	42
2.6 Discurso de odio en el Derecho Comparado.....	45
2.6.1 Canadá.....	46
2.6.2 Reino Unido.....	47
2.6.3 Alemania.....	48
2.7 Instrumentos jurídicos internacionales y la libertad de expresión.....	51
CAPÍTULO III: NEGACIONISMO EN EL DERECHO COMPARADO.....	58
3.1 El antinegacionismo jurídico en Europa.....	58
3.1.1 Alemania.....	58
3.1.2 Francia.....	61
3.1.3 España.....	63

3.1.3.1 Reforma del año 2015.....	73
CAPÍTULO IV: NEGACIONISMO EN CHILE.....	76
4.1 Breve introducción al negacionismo en Chile.	76
4.2. Proyectos de Ley antinegacionistas en Chile.....	80
4.2.1 Boletines N° 8049-17 y N° 8080-17.....	80
4.2.2 Boletín N° 9746-17.....	84
4.2.3 Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín N° 11424-17).	87
4.2.4 Proyecto de ley que sanciona el delito del negacionismo de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período de dictadura.	91
CAPÍTULO V: TIPIFICACIÓN DEL NEGACIONISMO Y POSIBLES RIESGOS.....	93
5.1 Los riesgos de penalizar el negacionismo.....	93
5.1.1 Libertad de expresión.	93
5.1.2 Naturaleza del bien jurídico protegido.	94
5.1.2.1 Memoria histórica como bien jurídico-penal.	94
5.1.3 Bienes jurídicos supraindividuales.	97
5.1.4 Jueces como árbitros de la historia.	98
5.1.5 Déficit de taxatividad de las acciones típicas del negacionismo.	98
5.1.6 Imprecisa limitación de objeto de negación.	99
5.2 Rebate a las críticas de la tipificación del negacionismo y posibles soluciones....	100
5.2.1 Falta de taxatividad.	100
5.2.2 Juez como árbitro de la historia.	100
5.2.3 Naturaleza del bien jurídico.	101
5.2.3.1 Criterios para determinar bien jurídico-penal susceptible de protección.....	101
5.2.3.2 Criminología del Daño Social.	103
5.2.4 Derecho a la memoria.	106
5.2.5 Derecho a la verdad.	107

CAPITULO VI: CONCLUSIÓN.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	112

Resumen

El negacionismo es un fenómeno que nace en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, principalmente negando, trivializando o minimizando los crímenes cometidos por el régimen nazi, específicamente lo sucedido en el contexto del holocausto judío. En Europa comienzan a nacer las primeras manifestaciones de antinegacionismo jurídico en la década de los noventa como respuesta a la violencia que azotaba a algunos países de la región, obedeciendo también a su pasado histórico luego de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, el negacionismo no obstante haber nacido como un movimiento negador del Holocausto, no es exclusivo y que se ha expandido a diversos hechos históricos relacionados con crímenes de lesa humanidad como el genocidio. Chile no es ajeno a estas prácticas que se han acentuado en la última década, donde se han emitido declaraciones acerca de los hechos ocurridos en el período de dictadura-cívico militar, que han traído como consecuencias iniciativas legislativas para sancionar el negacionismo mediante la creación de un tipo penal de negacionismo.

El presente trabajo tiene como objeto analizar las normas que tipifican el delito del negacionismo en países europeos y también las iniciativas legislativas chilenas de sancionar las conductas negacionistas, y junto con esto analizar los peligros que se han suscitado a nivel internacional sobre la legislación de un tipo penal como el negacionismo, y también las posibles soluciones a estos reparos.

Introducción

En Chile desde el retorno a la democracia, no ha existido una política gubernamental en contra del negacionismo, y es fruto de esto que con los años se han ido validando ciertos tipos de discursos negacionistas frente a los crímenes cometidos en la dictadura cívico-militar que se extiende desde 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990. Estos discursos se han perpetuado a lo largo de los años, y se han amparado, como en otros países, en el argumento de la libertad de expresión como derecho fundamental garantizado por la Constitución.

En los últimos años, autoridades del país, han planteado discursos negacionistas en escenarios públicos, especial relevancia tiene la realización de un homenaje a Miguel Krassnoff Martchenko el año 2011, condenado por su participación en graves violaciones a los derechos humanos, en donde además se iba a lanzar un libro, el cual se llevó a cabo en un recinto perteneciente a la Municipalidad de Providencia, asistiendo también el alcalde de ese entonces Cristian Labbé. Producto de este evento se generó un debate acerca de si en democracia debían ser aceptados homenajes o celebraciones a favor de personas viva o muertas que hayan tenido algún grado de participación en las violaciones masivas y sistemáticas a los Derechos Humanos en Chile, lo que conllevó a que se presentara la primera iniciativa legislativa para sancionar conductas negacionistas¹.

Es por esta razón que es menester estudiar el negacionismo como fenómeno, la colisión existente con el derecho a la libertad de expresión, las reacciones jurídicas que han suscitado en países europeos que lo sancionan penalmente, analizar las propuestas legislativas nacionales y analizar los argumentos que se han presentado en favor y en contra de la penalización del negacionismo, para luego de esto desarrollar conclusiones y proponer soluciones en caso de determinar que es necesario tipificar el negacionismo, entendiendo como una forma de proteger y reparar a las víctimas de los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile durante la dictadura cívico-militar.

¹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Minuta legislativa sobre negacionismo. 2011 [en línea] Instituto Nacional de Derechos Humanos. <<http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/71>> [consulta: 22 enero 2022].

Capítulo I: Negacionismo, su definición y origen

1.1 Negacionismo.

El negacionismo según la Real Academia Española es: “*Actitud que consiste en la negación de hechos históricos recientes y muy graves que están generalmente aceptados*”².

Este concepto está fuertemente relacionado con la reacción de ciertos sectores de la comunidad europea de posguerra, de cara al genocidio que llevaron a cabo los nazis, específicamente del holocausto judío³, siendo este el ejemplo paradigmático. Pero no el único, pudiendo mencionar también, el del genocidio armenio, genocidio de origen étnico o racial que negaban la naturaleza humana de quienes fueron sus víctimas. Así mismo, se hace extensible a las violaciones de derechos humanos acaecidos en la región de América Latina, donde mediante confusos argumentos políticos y adulteraciones históricas se pretende justificar o definir como inevitables las acciones cometidas por ciertos sectores de la sociedad, de esta manera exonerándolos de responsabilidad por los hechos cometidos⁴.

Según el autor Luther, el negacionismo consistiría en un fenómeno cultural, político y jurídico que en lo central niega “la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos de máxima injusticia y por tanto objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial de las responsabilidades que se derivan de ellos”⁵.

Para comenzar este análisis es necesario definir y despejar duda sobre conceptos que en muchas ocasiones son usados de manera indistintas para el fenómeno del negacionismo pero que sin embargo no son lo mismo.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del español jurídico [En línea] <<https://dle.rae.es/?w=Negacionismo>> [consulta: 9 septiembre 2019].

³ THUS, V. El antinegacionismo en jurídico: derecho internacional vs. Derecho local. Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos. *Pensar en Derecho* (2): 81-121, 2013. p.81.

⁴ BRODSKY, R. Negacionismo y Libertad de Expresión. [en línea] COOPERATIVA. 20 de diciembre, 2018. <<https://opinion.cooperativa.cl/opinion/politica/negacionismo-y-libertad-de-expresion/2018-12-20/085709.html>> [consulta: 10 septiembre 2019].

⁵ LUTHER, J. El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (5): 247-295, 2008. p. 248.

1.2 Revisionismo.

El concepto del negacionismo está estrechamente relacionado con el revisionismo que, en términos neutros, es la “tendencia a someter a revisión metódica doctrinas, interpretaciones o prácticas establecidas con el propósito de actualizarlas y a veces de negarlas”⁶, aplicado al área historiográfica el revisionismo es la actividad habitual de la investigación científica que se caracteriza por utilizar métodos científicos y precisos para analizar, explicar y actualizar los hechos históricos con información recién descubierta⁷. Sin embargo, el término revisionista se ha relacionado con corrientes que se han opuesto o refutado lo que se conoce como versión oficial con connotación negativa⁸.

1.3 Revisionismo Histórico.

Este concepto estaría referido en concreto a un movimiento que comienza a partir de la segunda mitad del siglo XX que propone una relectura radical, opuesta a la interpretación marxista y con intención revisar en sentido cuasi-reaccionario de dos ideas fundamentales para entender la vida en la Modernidad: la revolución francesa de 1789 y el Fascismo. Ernest Nolte fue el primero en realizar una relectura del nacionalsocialismo otorgándole un cariz contrarrevolucionario frente a la URSS, así se basaba en la comparación de estos regímenes para relativizar los crímenes cometidos bajo el mando nazi y fascistas, puesto que, si bien no negaba la existencia de estos, los caracterizaba como una reacción al peligro de los soviéticos y establecía un nexo causal entre ellos⁹. Aquí comienza lo que más tarde se dejará entrever con mayor fuerza en la historia como revisionismo del Holocausto.

1.4 Revisionismo del Holocausto.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del español jurídico [En línea] <<https://dle.rae.es/revisionismo>> [consulta: 11 enero 2021].

⁷ BLOCH, P. Response to Professor Fronza's The Punishment Of Negationism (30): 627-643, 2006. p.629.

⁸ 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, p.23.

⁹ *Ibidem*, p.24.

Término acuñado por Henry Rousso, para distinguirlo de lo que se conoce como “revisionismo histórico”, puesto que no solo realiza una crítica o una relectura del nacionalsocialismo a partir del estudio de nuevas fuentes históricas, pues también niega sin tapujos sus crímenes y manipula el pasado generalmente con una finalidad ideológica¹⁰. Cabe precisar que este fenómeno comienza en el periodo de la postguerra con quienes decían ser historiadores e investigadores, la mayoría adhiriendo a ideologías de extrema derecha y antisemita.

El negacionismo del Holocausto comienza poco después del año 1945 como un movimiento de propaganda activo en los Estados Unidos, Canadá y Europa Occidental¹¹, pero comenzó a ser estudiado y desarrollado con mayor profundidad en la década de los noventa¹², caracterizándose por una gradual desaparición de generación de testigos de los crímenes del nazismo y también por el derrumbe del comunismo en la Europa Central y Oriental, trayendo como consecuencia la tendencia a revisar y reescribir aquellas partes de la historia que fueron manipuladas o suprimidas por dichos regímenes¹³.

El negacionismo del Holocausto se caracteriza por realizar ciertas afirmaciones que ha realizado el movimiento del negacionismo respecto del holocausto nazi, las cuales van desde la negación total de los hechos a la minimización y la trivialización de los crímenes del régimen Nacional Socialista. Caso particular fueron las expresiones durante la II Guerra Mundial de parte de los alemanes nazi quienes se caracterizaban por utilizar un lenguaje eufemístico y burocrático llamando al genocidio “Solución Final al problema judío”. Por ejemplo, los deportados que iba a ser asesinados a manos de los nazis pasaron a llamarse “los reasentados en el Este” y los escuadrones de la muerte se conocían por el nombre de “grupo de tareas”, también encontramos

¹⁰ *Ibidem*, p.25-26.

¹¹ THUS, V. Op. cit, p.88.

¹² SINEAEVA-PANKOWSKA, N. How to understand and Confront Holocaust Denial. Thematic Leaflet (2): 1-8, 2008. p.1.

¹³ *Ídem*.

otros como el “internamiento”, “trabajos forzados”, “custodia preventiva” o “distrito de asentamiento judío”¹⁴.

Sin embargo, también existen las negaciones explícitas de los hechos relativos al genocidio de judíos, lo cual según los negacionistas jamás ocurrió y que todo esto del holocausto no fue más que una maquinación del pueblo judío para favorecer los intereses del Estado de Israel en formación y de la “Conspiración judía mundial”. Muchos fundan su cuestionamiento en la inexistencia de las cámaras de gas, afirmación que es completamente refutable debido a las evidencias infraestructurales o testimoniales de supervivientes, lo que les genera un perjuicio puesto que se les acusa de actuar en defensa de su propio interés o a veces marginarlos a la categoría de farsantes. Otro punto dentro de su estrategia fue cuestionar y tachar de flasedad el diario de Ana Frank ampliamente conocido por la población mundial, estos dicen que fue escrito luego de terminada la Segunda Guerra Mundial¹⁵. En definitiva esta primera afirmación se sustenta en la idea de que todo es discutible incluso hechos que están aceptado como verdades universales.

Como las afirmaciones del párrafo anterior se hacen imposible sostenerlas, debido a que tales hechos eran de tan notorio conocimiento por los vestigios existentes, informes o testigos, los revisionistas del Holocausto comenzaron a cuestionar si acaso el número de las personas que fueron asesinadas realmente fue mucho menor, de esta forma presentan que todos los informes acerca de las atrocidades ocurridas durante el holocausto son “simples exageraciones”. Lo que finalmente buscan es minimizar por completo todo el daño causado a las víctimas de los nazis, y justificando su muerte mediante explicaciones fraudulentas como enfermedades o confrontación bélica, mas nunca por la política de exterminio de Alemania y sus aliados¹⁶.

También existen otras manifestaciones negacionistas que, con el objeto de trivializar y relativizar los crímenes del régimen nazi, se basan en justificarse a través de la afirmación que su violencia y crímenes no fueron peor que los que cometieron los aliados durante la Segunda

¹⁴ TURIENZO, A. El delito de negación del holocausto. InDret Revista para el análisis del derecho (1): 1-42, 2015. p. 4.

¹⁵ *Ibidem*, p.2.

¹⁶ *Ídem*.

Guerra Mundial, un ejemplo de ello son los bombardeos aliados en Alemania, especialmente Dresden. Incluso algunos parlamentarios ultraderechistas han utilizado el término Bombas del Holocausto para referirse a los bombardeos de los aliados sobre la capital de Sajonia¹⁷.

Otra forma de las cuales se valen para naturalizar o normalizar la brutalidad de su régimen es apelar a otro tipo de atrocidades que se han cometido durante la historia, de esta forma exonerar de toda responsabilidad a los nazis de sus crímenes los cuales usarían métodos parecidos como por ejemplo regimenes comunistas en una especie de jugar al empate, con su adversario político, de esta manera postularían que las acciones de Hitler vendrían a ser un intento de conservar los valores europeos frente a los comunistas¹⁸.

Los negacionistas o revisionistas del Holocausto les gusta ser considerados como historiadores, los que se caracterizan por utilizar métodos científicos y precisos para analizar, explicar y actualizar los hechos históricos con información recién descubierta¹⁹, es por esto que los historiadores académicos no acostumbran a aceptar el término revisionismo del Holocausto aplicado al negacionismo, de esta forma poder desmarcarlo de legítimo revisionismo histórico, los que utilizan estándares académicos, pruebas disponibles y aplican métodos científicos²⁰.

1.5 Exponentes del negacionismo en el mundo.

A continuación, nos referiremos de manera más o menos somera acerca de algunos de los exponentes negacionistas renombrados en el mundo.

Uno de los negacionistas que presentaré primero se trata de Paul Rassiner, conocido como el padre del negacionismo, quien tiene la particularidad que con el tiempo fue mutando de ideología política, partió siendo militante del partido comunista del cual fue expulsado, hasta llegar a formar parte de una derecha dura. Lo impactante de este autor es que Rassiner sufrió de los horrores del Holocausto nazi, debido a que formaba parte de la resistencia francesa, por lo

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ibídem, p. 2.

¹⁹ Ídem.

²⁰ THUS, V. Op. cit, p. 90.

que fue prisioneros en campos de concentración para confeccionar bombas volantes. Es en abril de 1945 donde es llevado de ese campo a uno de exterminio a través del tren conocido como “tren de la muerte”. Gracias a una maniobra que realizó el tren para poder tomar una curva es que salto fuera de este, siendo baleado por miembros de la SS (Schutz-Staffe)²¹ quedando mal herido, pero siendo rescatado por soldados norteamericanos²².

En el año 1950, Paul Rassiner publica la tesis “La mentira de Ulises”, que apunta cuatro principales pilares:

- “1.- Nunca hubo un plan para la aniquilación sistemática de la judeidad europea;*
- 2.- El número de las víctimas judías fue de un millón;*
- 3.- Fueron los judíos los que declararon la guerra a Alemania; y*
- 4.- Los testimonios de los sobrevivientes se encuentran exagerados y son poco fieles.”²³*

En este trabajo Rassiner se dedica a cuestionar el número de judíos asesinados, y que la muerte se debió a distintas razones, como la mala alimentación, pestes, y enfermedades, pero jamás a las políticas nazis implantadas contra los judíos como campos de concentración y exterminio. Además, sostiene que muchos judíos europeos se autoexiliaron a Israel antes y durante la Segunda Guerra Mundial, concluyendo así que en su mayoría estos judíos no habían sido asesinados por nazis²⁴.

También tenemos al autor Robert Faurisson, negacionista francés y profesor asociado de literatura en la Universidad de Lyon II, fue protagonista del conocido “Asunto Faurisson” quien publicó cartas en el periódico Le Monde²⁵, donde afirmaba que las cámaras de gas son un

²¹ En español “escuadras de protección”, creadas en 1945 con el objetivo de ser guardias personales del líder nazi Adolfo Hitler.

²² MAYOR, T. Los negacionistas del Holocausto. Revista de Historia y Ciencias Sociales (293): (1-31), 2012. p. 3-4.

²³ Ídem.

²⁴ Ibídem, p.4.

²⁵ BLOCH, P. Op. cit, p.629.

invento sionista, y que jamás existieron, fue declarado culpable bajo la Ley N°90-615 de 1990, o ley Gayssot (ley francesa que sanciona la “puesta en duda -conteste- en forma pública, de los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad perpetrados por las potencias del Eje durante la Segunda Guerra Mundial, ejecutados por personas u organizaciones declaradas culpables por tribunales nacionales o internacionales”²⁶). Sentencia que trató de impugnar el estatuto como una violación del derecho internacional ante el Comité internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sin embargo, el comité confirmó la sentencia²⁷.

Siguiendo en nuestro recorrido por autores negacionistas encontramos a David Irving, escritor negacionista británico, quien es conocido por sus teorías basadas fundamentalmente en la ignorancia de Hitler acerca de los horrores vividos bajo su régimen. Básicamente lo que señala es que la SS hacían lo que se les antojaba sin tener ningún tipo de control para cometer crímenes en contra de los judíos, para él Hitler era a un hombre al que los subordinados engañaban constantemente siendo este inocente, por tanto, eximiéndolo de toda responsabilidad, así es como éste culpa a la figura de Himmler y a miembros del partido de esconderle lo que acontecía. Más atrevido aún, afirmaba que este si realmente Hitler sabía lo que sucedía en el régimen, este se hubiera opuesto a él²⁸.

Importantísimo aquí es nombrar el caso que se desató con la investigadora norteamericana Deborah Lipstadt y la Editorial Penguin. El conflicto comienza cuando Lipstadt incluye a Irving en su libro “Negando el Holocausto”, acusándolo de negar el holocausto nazi y difundir propaganda nazi. Este por su parte, apoyado por la legislación británica puso una denuncia en contra de la historiadora por difamación, esto debido a que esta lo definía “como uno de los más peligrosos negacionistas”. Sin embargo, a pesar de los intentos de Irving, su denuncia fue rechazada²⁹.

²⁶ MEZA-LOPEHANDIA, M. Negacionismo y libertad de expresión. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2018. [en línea] <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26825/1/BCN2018_Negacionismo_y_libertad_de_expresion.pdf> [consulta: 20 enero 2021].

²⁷ Ídem.

²⁸ MAYOR, T. Op. cit, p. 4.

²⁹ SINEAEVA-PANKOWSKA, Op. cit, p.5.

Por último, tenemos a Mahmud Ahmadinejad expresidente de Irán durante el periodo de los años 2005-2013, quien en el año 2006 planifica una conferencia internacional en Teherán sobre el Holocausto, entre los asistentes estaban David Duke, líder del Ku Klux Klan y Federick Toben un australiano que estuvo encarcelado en Alemania el año 1999, debido a expresiones negacionistas. Algunas afirmaciones de Mahmud en esta conferencia, fue acerca de la “Visión Mundial del Holocausto”, quien aseguró que “gracias a Dios, la curva de la vida del régimen sionista está al declive”. También afirmó: “Igual que la tierra se preparó para acoger a este régimen, el régimen sionista será derrocado por sus partidarios” y agregó que “estas medidas de parte del lado occidental serían beneficiosa para la paz mundial”³⁰.

Esto solo deja ver la creencia de Mahmud que el holocausto no es más que un simple cuento del cual se ha aprovechado el pueblo judío a través de la historia, complicando así las relaciones israelí-palestinas, donde solo consigue un “sentimiento nacionalista de Israel”, de este modo no contribuye a las labores de ciertas personas que intentan buscar una solución pacífica al conflicto israelí-palestino³¹.

1.6 Categorías de negacionismos.

Ahora bien, hay que entender al negacionismo en sus diversas formas, es por esto que comenzaremos a explicarlos de forma expositiva para poder comprenderlos. Entender el discurso político y sus propósitos que existen detrás de ellos, incluso la forma de comunicarlos lo cual es sumamente relevante al momento de verificar un discurso negacionista. No obstante, esta sistematización no solo aplica para la negación del Holocausto nazi, sino que, para todo genocidio, como el armenio o latinoamericano, por nombrar algunos.

Israel Charny nos habla de un concepto conocido como “Melevolent Bigotry” cuya traducción es fanatismo malvado, este abarca todo tipo de negación incluso aquellas

³⁰ LA NUEVA ESPAÑA. Ahmadineyad afirma en la conferencia del Holocausto que Israel “está en declive”. [en línea] LA NUEVA ESPAÑA. 13 de diciembre, 2006. <<https://www.lne.es/internacional/2006/12/13/ahmadineyad-afirma-conferencia-holocausto-israel-21964251.html>> [consulta: 20 marzo 2021].

³¹ MAYOR, T. Op. cit, p. 7.

desarrollados por personas entendidas como “inocentes”, entendidos como aquellos gobiernos que niegan el genocidio ocurrido en ese mismo estado, o personas naturales las cuales tienen ideologías nazis, neonazis supremacistas y fanaticos³².

Profundizando más en el perfil de personas definidas como “inocentes”, según Charny, debemos agregar una categoría no tradicional, conocida como “inocent denier”, traducido al español como el “inocente negador” el cual podemos abarcar dos expresiones, la primera abarca la negación entendida “como un proceso psicológico de defensa frente a experiencias traumáticas”. Las segundas apelan al rescatar el derecho de estas opiniones impopulares basados en la libertad de expresión y académica, en estas sociedades democráticas y plurales actuales³³.

Así es como Charny entiende como otro tipo de negacionismo aquella posición del intelectual Noam Chansky, en lo referido al conocido “Escándalo Faurisson”, el autor afirma que estos grupos se escudan en los ideales y derechos fundamentales protegidos por las legislaciones de las sociedades actuales, como el derecho de la libertad de expresión, la pluralidad y la tolerancia para ejercer sus discursos negacionistas. Sin embargo, no hacen más que suprimir la verdad y tratar de escribir nuevamente la historia, sin realizará investigaciones científicas históricas.

Por otro lado, el autor Adam Jones, identifica otros tipos de discursos negacionistas:

- A) En primer lugar, encontramos una modalidad relacionada con la cantidad de víctimas que existieron conocida en inglés con el término “Hardly anybody died”.
- B) Otra forma la podemos encontrar bajo el criterio de la intencionalidad como la defensa propia, resumida en inglés como “It was self defens”.

No podemos dejar de relacionar este caso de negacionismo con lo que ha sucedido en Chile durante y después del golpe militar del año 1973, puesto que muchas veces

³²THUS, V. Op. cit, p.92.

³³ Ídem.

ciertos sectores de la población han justificado muertes y violaciones a los derechos humanos diciendo que existía un plan, denominado “plan Z” el cual consistiría en un supuesto plan del gobierno de Salvador Allende, para exterminar la oposición del gobierno. En este caso no existe documentación que lo confirme, sin embargo, el historiador Gonzalo Vial, junto a varios periodistas y políticos que apoyaron el Golpe de Estado, declararon haber conocido evidencia al respecto³⁴.

- C) También tenemos la justificación de la “existencia violencia mutua”, es decir, que las muertes no fueron intencionales y que no había una directiva centralizada, la cual esta fundada en el ejemplo del genocidio en Ruanda el año 1994³⁵, cuyos orígenes se remontan al colonialismo en el siglo XIX cuando los belgas tomaron el control, y clasificaron a la población según etnias, así la etnia Tusti quienes eran minoría tomaron lugares más privilegiados en la sociedad debido a su parecido con la población europea, dejando a los Hutu relegando siendo la gran mayoría de la población, los cuales se rebelaron contra el poder, asesinando al Presidente Juvenal Habyarimana y su primer ministra, comenzando así la matanza en contra de la población.
- D) Por otro lado, categoriza aquellas posiciones jurídicas que descartan la posibilidad de la tipificación de genocidio. (Por ejemplo, no integrar las víctimas la categoría de grupo conforme a los criterios de la Convención).

Es necesario también comentar que la criminología que se define “del daño social”, en inglés “social harm approach”, han puesto especial interés en lo que ellos denominan “Estados de negación”. Este grupo realiza una fuerte crítica, respecto del rol que jugó la criminología en el periodo post Segunda Guerra Mundial, puesto que no se abocaron al estudio de las atrocidades cometidas en esa época, lo que entienden como un claro “Silencio” o que ellos denominan como “negacionismo omisivo”³⁶.

³⁴ MEMORIA CHILENA. Plan Zeta. [en línea] <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-96802.html>> [Consulta: 10 marzo 2021].

³⁵ THUS, V. Op. cit, p.93.

³⁶ *Ibidem*, p.88.

Otro autor que debemos destacar, que también nos presenta un abanico de distintos modos de negación, es Stanly Cohen, autor de la obra “Estados de Negación”, este no se refiere a los simples negadores de la Shoah, sino como dice Zaffaroni: “penetra la intrincada fenomenología que abarca la negación misma del presente, aunque el límite entre ambos momentos lo atribuye con acierto a la comunicación masiva: una masacre comienza a entrar en el pasado cuando deja de ocupar el centro de la comunicación. La investigación se adentra en los vericuetos de la psicología para arrojar bastante luz acerca de las diferentes tipologías de la negación de atrocidades, demostrando la altísima complejidad social y psicológica del negacionismo”³⁷.

Por ultimo, tenemos al autor de “Memorias y Representaciones”, Daniel Feierstein, el cual rescata dos conceptos que son de interés para este estudio: 1) Pacto denegativo 2) Ideología del sin sentido. Los cuales pasaremos a explicar a continuación:

- 1) Pacto denegativo: Este se produce cuando se erige un acuerdo inconsciente en la sociedad, y se produce un rechazo de todo atisbo de los eventos históricos catastróficos que ocurrieron. Es por esto que se van produciendo unos mecanismos colectivos de ajenización y distanciamiento mediante un proceso narrativo exento de la primera persona de forma consciente, así se forma la narración de algo que le ocurrió a otros.
- 2) Ideología del sin sentido: Es un momento superior del proceso de represión, que busca instalarlo en el plano de la conciencia, de esta manera concederle una solidez narrativa, y restablecer algo de coherencia en la identidad, al momento de excluir la existencia del “yo” el cual ya fue descartado anteriormente. Buscan insensibilizar y junto con el pacto denegativo, erige una legitimación y justificación de esta exclusión de la primera persona, finalizando su visibilización al postular la idea de que no hay nada que elaborar porque nunca hubo nada ahí³⁸.

1.7 El negacionismo como continuación del genocidio.

³⁷ ZAFFARONI, E. Décimo segunda conferencia: Las últimas palabras o el desbande (I), La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2011: p. 283.

³⁸ THUS, V. Op. cit, p.94

El fenómeno del negacionismo de cierta forma comienza a perpetuar y a continuar el proceso genocida, esto es debido a que como dice Daniel Feierstein, este tiene una sucesión de acontecimientos que forman parte de él: 1) la construcción de una otredad negativa, 2) el hostigamiento, 3) el aislamiento, 4) las políticas del debilitamiento sistemático, 5) el aniquilamiento material y 6) la realización simbólica de las prácticas sociales genocidas.

Desde esta mirada se indica que el negacionismo formaría parte del sexto momento señalado anteriormente, a este se le entiende como la “realización simbólica de las prácticas sociales genocidas”, esto quiere indicar a las formas en que las distintas sociedades posgenocidas, representan y narran la experiencia traumática³⁹.

Es menester dejar de ver el tema del negacionismo como algo inocente o neutro, ya que nunca es así, lo que hace es validar el crimen, negar lo sucedido de esta manera los sobrevivientes y testigos quedan en un plano de completa desprotección y como foco de dudas y cuestionamientos, de esta forma es muy difícil poder vivir un duelo a cabalidad, lo anula, lo aniquila, los hacen invisibles, como si nada existió, les transmite esa sensación de completa impunidad ante actos como estos sobre todo en sistemas judiciales en donde no se sanciona el negacionismo como en en nuestro país, por lo que no se garantiza ninguna forma de reparación ni otras acciones que mandan tratados internacionales en casos de delitos de lesa humanidad.

Lo anteriormente mencionado no es un caso ajeno a nuestro país, ya que durante o después de concluido el golpe cívico militar, muchos sectores sobre todo del más conservador y de tendencia política de derecha, justificaban de distintas manera las atrocidades realizadas a lo largo y ancho de este país, las víctimas y sobrevivientes han tenido que escuchar hasta la actualidad que, las vejaciones y violaciones recibidas en distintos campos de concentración no fueron así, muchas veces se concurría a ciertos centros para arreglar a los cautivos y fotografiarlos para evidenciar que estos no se encontraban en las condiciones que algunos medios de oposición informaban que estaban.

³⁹ *Ibíd.*, p. 90.

Otra manifestación que se presenta bastante es la burla hacia las mujeres que habían perdido a sus maridos en enfrentamientos, ataques, o secuestros de parte de la fuerza y represión estatal, diciéndoles que se habían ido con otras mujeres al exilio y que las habían dejado abandonadas, mentiras que mucho tiempo después se fueron descubriendo gracias a las gestiones de las agrupaciones de familiares detenido desaparecidos y/o ejecutados políticos, quienes solicitaban incansablemente a los tribunales de justicia pericias en lugares donde testigos o soldados conscriptos daban el lugar donde tales cuerpos habían sido enterrados después de, en muchos casos, fusilarlos sin defensa, acusando que se trato de una escapada de los prisioneros frente a los cuales fue imperativo disparar a matar⁴⁰.

Esta visión acerca de la continuidad del genocidio mediante los actos negacionistas son también compartidas por los profesores Israel Charny y Helene Pirolan, algo que ellos denominan como “análisis psicológico del negacionismo”⁴¹. En particular Charny entiende al negacionismo como una especie de arma que utilizan grupos facistas para, de esta forma contribuir a las prácticas negacionistas. Estas prácticas lo que buscan es enaltecer la destrucción causada, provocándole a las víctimas mucho daño, así como también aquellas personas que velan por la vida de todos los seres humanos, Charny los define como asesinos de la verdad histórica y la memoria colectiva.

⁴⁰ MEMORIA VIVA. 2020. Berguer Guralnik Carlos. [en línea] <<https://memoriaviva.com/nuevaweb/ejecutados-politicos/ejecutados-politicos-b/berger-guralnik-carlos/>> [Consulta: 5 julio 2021].

⁴¹ THUS, V. Op. cit, p.91.

Capítulo II: Disyuntiva: Discursos de odio en contraposición a la libertad de expresión.

Para comenzar a tratar esta discusión, que ha preocupado durante años ampliamente a toda la comunidad internacional en el ámbito social, así como en el jurídico, es necesario aclarar y comenzar a despejar del gran cúmulo de información acerca de este concepto, para poder dar una definición clara, exacta y explicativa de este. Junto con esto trataremos su conflictiva coexistencia con el derecho a la libertad de expresión reconocida y amparada por una gran cantidad de países alrededor de mundo tanto en los tratados internacionales como en su Carta Magna.

2.1 Discursos de odio.

Al tratar de definir el discurso de odio nos encontramos con gran cantidad de información acerca de él, lo que se torna una tarea compleja, es por esto que a continuación expondré distintas concepciones de discurso de odio recogidas por autores o instrumentos jurídicos internacionales que han tratado de conceptualizarlo, y junto con eso explicar sus clasificaciones y aspectos en general de éste.

Una de las acepciones que expondré, se encuentra en la recomendación núm.R97 por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la cual lo define como “aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”.

Ejemplos de discurso de odio en particular en Chile hay muchos, es el caso de los discursos de odio racistas en contra de la comunidad extranjera llegada a nuestro país en la última década, en particular a raíz de lo acontecido en el norte del país durante el año 2020 donde se agudizó mucho más la tensa relación con los extranjeros provenientes de Venezuela que cruzan las fronteras a pie, los cuales son trasladados de la ciudad de Colchane a Iquique y

siendo dejados en residencias sanitarias hasta cumplir la cuarentena obligatoria, a partir de esto han surgido innumerables relatos y comentarios, afirmando que los migrantes incumplen las normas sanitarias saliendo en las noches de las residencias infringiendo su cuarentena, otros que venden drogas, asaltan en la vía pública, y un sinnúmero de relatos en contra de la comunidad venezolana en Chile. Esta situación empeoró cuando extranjeros de nacionalidad venezolana, cumplidos su periodo de cuarentena debían buscar refugio, pero producto de la precariedad con la que migraron muchos se vieron obligados a levantar campamentos en distintas plazas de la ciudad, trayendo conflictos con vecinos cercanos, habitantes de la comuna, incluso problemas sanitarios. Esto trajo como consecuencia múltiples reacciones de la comunidad iquiqueña resaltando por supuesto los comentarios xenofobos y racistas.

Incluso cuando podríamos pensar que estos discursos de odio son inocuos en abstracto, lo que hace es fomentar el odio e incluso generar violencia de parte de una comunidad creyente a ciegas de estas afirmaciones. En Chile en el año 2017, un joven de nacionalidad haitiana fue apuñalado con un cuchillo carnicero en su lugar de trabajo en el terminal pesquero en Lo Espejo, luego de que un hombre chileno, que realizaba la misma labor que la víctima, se viera motivado a agredirlo con la justificación de que los extranjeros “les quitan empleo a los chilenos” siendo compartida esta opinión por sus compañeros de trabajo. La víctima no solo fue agredida, sino que no fue socorrida por ninguno de los trabajadores del lugar⁴².

Un ejemplo muy reciente es el fenómeno del “Asian Hate” que se vio aumentada exponencialmente luego de que se desatara la pandemia de coronavirus en China, producto de esto es que muchas personas comenzaron a discriminar a las personas de origen asiático señalándolos como responsables de la enfermedad, no solo quedándose en simples actos de habla como discursos de odio hacia la comunidad asiática sino que generaron una oleada de violencia física, ubicándose los agresores en sectores o barrios donde habitan mayormente

⁴²ADN RADIO. Haitiano fue apuñalado por la espalda en terminal pesquero en Lo Espejo. [en línea] ADN Radio. 25 de mayo, 2017. <<https://www.adnradio.cl/nacional/2017/05/25/haitiano-fue-apunalado-por-la-espalda-en-terminal-pesquero-de-lo-espejo-3473831.html>> [consulta: 5 junio 2021].

asiáticos para atacarlos brutalmente de manera desprevenida, incluso eligiendo personas de tercera edad para atacar de forma cobarde e impune⁴³.

En Estados Unidos sucede algo similar debido a la discriminación racial histórica en este país en contra de la población afroamericana, donde existen movimientos racistas reconocidos a nivel nacional y mundial como el Ku Klux Klan, creado en el siglo XIX, movimiento de extrema derecha y de supremacía blanca, que promueve por medio de la violencia y la propaganda la xenofobia, el antisemitismo, la homofobia, entre otras ideologías. Un caso emblemático lo encontramos en el asesinato de Viola Gregg Liuzzo en el año 1965, activista que luchaba por la igualdad de los derechos civiles en Alabama, quien fue ejecutada en un viaje por autovía acompañada de otro activista, quienes fueron acribillados por miembros de Ku Klux Klan, muriendo Viola de manera instantánea⁴⁴.

Es así como en esta tesis se busca abordar y delinear ciertos aspectos del “hate speech”, los cuales serán tratados de manera expositiva para plasmar lo que nos dicen los diferentes autores e instrumentos jurídicos internacionales.

Jeremy Waldron en su libro “The harm in hate speech”⁴⁵, nos entrega ciertas nociones para poder identificar un discurso de odio en una sociedad democrática. En primer lugar, la palabra “discurso” que se podría entender por algunos como un acto de habla sencillamente, que no tiene permanencia en el tiempo y fácilmente olvidable en términos materiales siendo esto lo que debemos sancionar, ahora bien, entendemos que los discursos de odio no sólo los encontramos en expresiones verbales sino que a través de la escritura, como pueden ser agresiones publicadas en papel, más ahora con el avance tecnológico tenemos nuevas formas de manifestación, como videos, imágenes las cuales en su gran mayoría se suben a las redes sociales, todo esto muchas veces amparados en el anonimato que existe al poder crear perfiles

⁴³ MEZA, A. #StopAsianHate, el movimiento que rechaza los ataques contra asiáticos en EE. UU. [en línea] France24. 23 de marzo, 2021. <<https://www.france24.com/es/programas/revista-digital/20210323-stopasianhate-movimiento-ataques-odio-asiaticos-eeuu>> [consulta: 11 junio 2021].

⁴⁴ LA VANGUARDIA. Cuando el Ku Klux Klan se hizo pasar por feminista. [en línea] La Vanguardia. 9 de noviembre 2020. <<https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20201107/790787/ku-klux-klan-feminista.html>> [consulta: 11 junio 2021].

sin una identidad real, estas nuevas formas de expresión tienen la particularidad de permanecer a través del tiempo en línea de manera indefinida, porque por el nivel de difusión es prácticamente imposible poderlos eliminar por completo de internet. Por otra parte, esta petición que se hace a distintas redes sociales o plataformas para bajar una publicación que contiene un discurso de odio por quebrantar alguna norma de convivencia de la comunidad de la red social, muchas veces se ve atrapada por esta pugna entre lo que para algunos ofende o es agresivo y discriminatorio para otros puede ser humor y es aquí donde la libertad de expresión comienza a jugar un rol importantísimo que profundizaremos más adelante.

El término “odio” es definido por la Real Academia española como “antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”⁴⁶, lo que genera cierta confusión a la hora de legislar en términos conceptuales. Lo que nos dice Waldron es que con esta definición se puede entender que es este sentimiento lo que realmente debe ser sancionado⁴⁷, por lo que se estaría exigiendo una especie de perfeccionismo humano, es por esto que él afirma que su regulación debe sentarse sobre la base de los efectos nocivos que el discurso plantea en la composición de una sociedad democrática y en la dignidad de los individuos que integran las colectividades en contra a las que se dirige.

Entendiendo lo anterior, es que Waldron considera que una característica central que distingue al discurso de odio es la capacidad que tiene para afectar la dignidad humana, entendiéndolo como un estatus social que debe ser resguardado por las legislaciones para reconocer su existencia. Esta dignidad humana el autor la entiende como una posición social, fundamento de una reputación básica que le permite y asegura a las personas ser tratadas como un igual frente a sus conciudadanos en el curso ordinario de la sociedad. De ahí la importancia de regular los discursos de odio, puesto que esa posición que se le asegura a las personas con la ley se ve menoscabada con estos discursos, debido a su raza, religión o nacionalidad, donde muchas veces se comienza a asociar esas características con conductas criminales de manera constante, por lo tanto, pierden la confianza en esta dignidad que se les debe asegurar para ser

⁴⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del español jurídico [En línea] <<https://dle.rae.es/odio>> [consulta: 15 junio 2021].

⁴⁷ DÍAZ, J. Una aproximación al concepto de odio. *Revista de Derecho del Estado*. (34): 77-101, 2015. p.86-87.

tratados como iguales, tener los mismos derechos del resto de la sociedad, y también exigir el reconocimiento de esta dignidad ante los otros miembros. Finalmente, lo que asegura esta dignidad es que este grupo vulnerable⁴⁸ se mueva con seguridad en una sociedad, poder ejercer sus derechos con igualdad y de poder realizar su vida cotidiana con tranquilidad⁴⁹.

Pues bien, entendemos que finalmente lo relevante de este discurso de odio es que se puede materializar y difundir de distintas formas, lo que es sumamente peligroso puesto que puede generar una escalada de violencia, razón por la cual los discursos de odio deben ser sancionados para proteger la dignidad de estos grupos vulnerables.

2.2 Discursos de odio como discursos sociales.

También es necesario, conceptualizar el discurso de odio frente al discurso social, como ya se trató el discurso de odio se caracteriza por utilizarse en contra de un grupo de personas que son discriminadas o segregadas de la sociedad por razones étnicas, religiosas, sexo, idioma, origen nacional y/o social. Por lo tanto, no es de extrañar que estas acciones creen un ambiente de hostilidad, estos discursos pueden incentivar la intolerancia e incluso la violencia.

Ejemplos cercanos tenemos varios, sobre todo relacionados con los discursos de odio xenofóbicos con la creciente oleada de migrantes llegando a nuestro país que ya expuse párrafos atrás, o cuando las mujeres salen a la calle a exigir derechos básicos e igualdad frente al estado en una sociedad machista, recientemente en una marcha por el aborto “Seguro, Libre y Gratuito” en las cercanías del escenario donde se realizaba el acto final, tres mujeres fueron apuñaladas por un sujeto desconocido sin mediar ninguna agresión o violencia anterior⁵⁰.

⁴⁸ El concepto “grupos vulnerables” será el utilizado en el desarrollo de mi tesis debido a que considero que si bien se les ha nominado como “grupo minoritario” a un sector de la población históricamente discriminados, pues en muchos casos los grupos discriminados no son necesariamente una minoría, como es el caso de los negros en el mundo, o más patente aun en el caso de las mujeres que son la mitad de la población mundial y que sin embargo estos grupos son amparado por legislación internacional como son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer también conocido como Convención Belém do Pará, respectivamente.

⁴⁹ DÍAZ, J. Op. cit, p.86-87.

⁵⁰ EL DESCONCIERTO. Tres mujeres fueron apuñaladas en la marcha por el #AbortoLibre en Santiago. [en línea] El desconcierto. 25 de julio, 2018. <<https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2018/07/25/tres-mujeres-fueron-apunaladas-en-la-marcha-por-el-aborto-libre-en-santiago.html>> [consulta: 14 junio 2021]

Casos que merecen el repudio entero de una sociedad, pero lamentablemente es una violencia que se vive a diario en las interacciones sociales, el trato en las calles, incluso en conversaciones familiares en donde es tan común la expresión de este tipo de discursos, en los que no existe ningún cuestionamiento respecto de ellos, debido también a la poca educación que tenemos como país en estos ámbitos tan relevante para la buena convivencia y la construcción de una sociedad igual para todas las personas.

Es así como el discurso social se define como “todo aquello que se dice y se describe en un determinado momento histórico en una sociedad dada, todo lo que se “narra y se argumenta” en un determinado momento a través de los medios de comunicación, las conversaciones públicas o las redes sociales”⁵¹.

Cuando hablamos de estos discursos sociales los entendemos como cierta pauta para organizar lo que se puede decir, lo que se puede opinar en un momento histórico en específico. Estos son llamados encadenamientos discursivos que prescriben formas legítimas del decir que logran que este tenga “eficacia social y públicos cautivos”⁵².

Como dice Angenot, estos discursos sociales van determinando patrones de lo que se debe decir y lo que no, llevan definidas las formas de conocer y de representar lo conocido, manifiestan intereses sociales y las normas de conducta que se deben desarrollar en la comunidad que se habita generando una memoria discursiva, de formas y contenidos, que determina globalmente lo que legítimamente se puede decir y lo que no se puede decir. En simples palabras estos discursos sociales nos enseñan una pauta, una doxa, donde nos definen de qué forma contamos lo que contamos, las normas que debemos seguir para comportarnos, enseñándonos qué hay ciertas cosas que no hay que decir.

⁵¹ RIBADERO, Martín. El discurso social: Los límites históricos de lo pensable y lo decible. Prismas [online] 2011, vol.15, n.1 [citado 2022-01-10], pp.241-243. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-04992011000100007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 15 junio 2021].

⁵² Ídem.

Como se menciona anteriormente, esta pauta se termina conformando en una doxa⁵³, lo necesario para poder pensar lo que se piensa y decir lo que se dice⁵⁴. Por tanto, están cargadas de ideas y conceptos preconcebidos sobre las cualidades y las intenciones de “otro”. De esta forma este “otro” se entiende más conocido por las suposiciones que se tienen de él y no de sus propias características. Normalmente estas suposiciones sobre otro provienen de miedos, del desconocimiento o incluso de ignorancia de épocas muy anteriores desconocidas para nosotros. En Chile históricamente ha existido el discurso discriminatorio acerca del pueblo mapuche cuando constantemente algunas personas hacen comentarios como “los mapuche son flojos”, “les gusta andar tomando todo el tiempo”, “son terroristas” y un largo etcétera que lamentablemente como discurso social esta naturalizado y aceptado, cargado sin duda del prejuicio ya que muchas veces no han tenido la oportunidad de conocer su cultura, su forma de vivir, sino que únicamente lo conocen a través de las opiniones o lo que les dijeron de ellos y ese es el discurso que se instaló en este país desde la época de la colonia y que se ha reproducido a lo largo de toda la historia de nuestro país. Estas formas de discurso en donde se une una determinada concepción del mundo y las normas de conducta frente a esta concepción son las que intentan impedir el ejercicio de la libertad y la igualdad.

Por lo tanto, los discursos de odio, como discursos sociales, tratan de imponer una única manera de interpretar los acontecimientos, cómo forma correcta de desenvolverse en la sociedad, dada justamente por esta precondition dóxica, que generalmente es tradicional, lo que explica que en los discursos de odio, donde siempre el objetivo de ellos sean personas que no encajan en esta sociedad preconcebida, por lo que toda persona que represente una amenaza para esa forma de entender y habitar el mundo es víctima de él.

Después de hacer un bosquejo acerca de lo que significa el discurso de odio como un atentado a la dignidad humana y con potencial de generar violencia, es que corresponde revisar

⁵³ Doxa es un término que no está dentro del diccionario de la Real Academia Española (RAE). Doxa es una palabra griega, que alude a una opinión o punto de vista, utilizado por el filósofo Parménides al presentar y contrastar la doctrina de la opinión, doxam en cuanto apariencia, ilusión o engaño, con la verdad.

⁵⁴ RIBADERO, Martín. Op. cit, Disponible en:
<http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-04992011000100007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 15 junio 2021].

los distintos elementos, clasificaciones, criterios y formas de expresión de los discursos de odio desde diferentes autores y perspectivas.

2.3 Elementos del discurso de odio.

Para evaluar si estamos ante un discurso de odio que debiera ser sancionado (o prohibido), cómo y en qué medida, Rosenfeld en su ensayo “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo” plantea que se deben atender a diversos elementos a considerar:

- a) Quiénes y qué está involucrado
- b) Dónde y bajo qué circunstancias surgen estos casos

a.1) Quiénes:

El quiénes es siempre plural, puesto que abarca al emisor de la declaración que se traduce como discurso de odio y también a las personas foco de estos dichos, que es el público objetivo, a quien se dirige que puede incluir tanto al público como a otros públicos, o puede estar limitado a un público que no incluye a ningún miembro del grupo elegido como objetivo. La identidad de este público puede variar dependiendo de un conjunto de razones, entre una de ellas es la valoración del daño producido por el discurso de odio y los mecanismos jurídicos disponibles para sancionar el discurso de odio. Por tanto, no todos los emisores son iguales, no es baladí si el discurso es pronunciado por un alto funcionario de gobierno o un líder de opinión relevante, o si se trata de un mensaje proferido por un grupo minoritario de la población que no tiene credibilidad ni apoyo de la sociedad, factores que deberían considerarse jurídicamente a la hora de legislar en esta materia.

a.2) Qué (o el mensaje pronunciado en el contexto del discurso del odio):

Este es sumamente importante, y podría o no, de acuerdo con su forma y contenido, requerir una sanción o castigo. Podemos hablar del “discurso del odio en forma” que es aquel que conlleva insultos o provocaciones racistas burdas. En contraposición del “discurso del odio

en sustancia” que implica declaraciones que no insultan de manera explícita, sin embargo, están contruidos para difundir este odio o desprecio, de igual manera que los “en forma”, ejemplo clásico de esto son las declaraciones de negación del Holocausto u otros mensajes encubiertos.

b.1) “Dónde”:

Nos presenta una variable geográfica, cultural o social ya sea dentro de un mismo país o a nivel global. Un ejemplo sería discurso social contra los alemanes en un centro social judío donde concurren víctimas del Holocausto, se entendería que no debería sancionarse de la misma manera si estas declaraciones fueran realizadas en un lugar abierto a todo público.

b.2) “Circunstancias”:

También en este aspecto debemos distinguir. Por ejemplo un discurso de odio proclamado por un grupo de afroamericanos contra blancos en Estados Unidos, que mirado bajo una lupa más abstracta al momento de sancionarlos podría ser considerado igual de dañino que el de blancos contra ellos, pero justamente es en la circunstancia donde debemos ser más acuciosos y aplicar el contexto, ya que por ejemplo si estas declaraciones de odio de afroamericanos contra blancos se da luego de un asesinato de una víctima inocente racializada por parte de un policía blanco acontecido en un lugar donde el departamento de policía es conocido por tener un sesgo racial, sus consecuencias jurídicas deberían diferir dependiendo de las circunstancias en las que se hayan dado los hechos.

En términos más universales, establecer o definir cuál de las variantes mencionadas anteriormente debería aparecer en el tratamiento constitucional del discurso de odio depende de los valores que se intenta fomentar, de los perjuicios provocados y percibidos que están involucrados y finalmente de la importancia atribuida a estos daños.

2.4 Clasificaciones de Discursos de Odio en Instrumentos Jurídicos Internacionales.

Primero me gustaría exponer una de las clasificaciones de discursos de odio que provienen de distintos instrumentos jurídicos internacionales. Para comenzar es necesario contar que una de las primeras contribuciones para poder clasificar los discursos de odio proviene de una organización llamada Artículo 19, en una publicación llamada “Los Principios de Camden sobre La Libertad de Expresión y la Igualdad”. Los que recomiendan:

Principio 12: Incitación al odio⁵⁵

12.1 Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio). Los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autoritativa, que:

i. Los términos ‘odio’ y ‘hostilidad’ se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo.

ii. El término ‘promoción’ se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo.

iii. El término ‘incitación’ se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos.

Esta declaración de principios dió pie para que distintos organismos internacionales establecieran criterios y/o factores para detectar un discurso de odio, para su posible sanción.

Otro instrumento es el Plan de Acción de Rabat de la ONU, elaborado el año 2013 cuyos criterios fueron:

- (i) el contexto social y político prevalente al momento que el discurso de odio fue emitido y diseminado;

⁵⁵ ARTÍCULO 19, Los principios de Camden sobre libertad de expresión e igualdad. 2009. [en línea] <[https://www. article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf](https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf)> [consulta: 14 junio 2021].

- (ii) La posición y el estatus social del emisor del discurso, incluyendo la postura del individuo o de la organización en el contexto de la audiencia a la cual se dirige el discurso;
- (iii) La intención del emisor del discurso;
- (iv) El contenido o la forma del discurso que puede incluir la evaluación de hasta qué grado el discurso fue provocador y directo, así como un enfoque en la forma, estilo y naturaleza de los argumentos expresados;
- (v) El ámbito del discurso, incluyendo elementos como el alcance del discurso, su naturaleza pública, la magnitud, y el tamaño de la audiencia;
- (vi) La posibilidad, inclusive la inminencia, de que exista una probabilidad razonable de que el discurso tenga éxito en incitar a una acción real contra el grupo al que se dirige, reconociendo que esa relación de causalidad debe ser más bien directa⁵⁶.

Un ejemplo en nuestro país, han sido las declaraciones del diputado Ignacio Urrutia, quien en varias ocasiones ha emitido opiniones odiosas en el hemiciclo del congreso nacional, una vez haciendo alusión a los exiliados políticos tratándolos de “terroristas con aguinaldo”⁵⁷, en otras ocasiones se ha expresado en contra de la comunidad LGBTIQ+ afirmando que los hombres homosexuales no pueden formar parte de las Fuerzas Armadas debido a que “no son bien hombrecitos”⁵⁸.

Estas variantes permiten al Plan de Acción poder definir tres tipos de discursos de odio según su sanción:

- (i) las expresiones que constituyan un delito,
- (ii) las expresiones que no son sancionables penalmente pero que podría justificar un proceso civil o sanciones administrativas, y

⁵⁶ ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Plan de Acción de Rabat. 2013. [en línea] <https://www.ohcr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf> [consulta: 14 junio 2021].

⁵⁷ DIARIO UCHILE. Diputado Urrutia califica de “terroristas con aguinaldo” a víctimas de DDHH. [en línea] Diario UCHILE. 19 de abril, 2018. <<https://radio.uchile.cl/2018/04/19/diputado-urrutia-udi-califica-de-terroristas-a-victimas-de-dictadura/>> [consulta: 27 septiembre 2021].

⁵⁸ RIVAS, S. El historial de polémicas de Ignacio Urrutia, el diputado UDI que se burló de la interpeladora por hablar en mapudungún. [en línea] <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/historial-polemicas-ignacio-urrutia-diputado-udi-se-burlo-la-interpeladora-hablar-mapudungun/440825/>> [consulta: 14 julio 2021].

(iii) las expresiones que no son legalmente sancionables “pero que aún generan preocupación en términos de la tolerancia, el civismo y el respeto de los derechos de los demás”.

Por tanto, el factor relevante es el daño que pueden provocar estos discursos de odio y también permiten clasificar las distintas acciones que se pueden adoptar frente a ellos y que no necesariamente sean sancionarlos y censurar su discurso⁵⁹.

Por otro lado, tenemos el Proyecto UMATI elaborado el año 2013, el cual fue creado luego de las elecciones del año 2007 en Kenia, luego de que hubiera miles de muertos y desplazados, con el objetivo claro de analizar la circulación de discursos de odio en internet. La metodología que utilizaron para identificar, recopilar y clasificar este tipo de discurso fue la aportada por Susan Benesch sobre discurso peligroso, es decir, que tiene potencial de catalizar la violencia colectiva. Las variables son: (i) la influencia del orador, (ii) la receptividad de la audiencia, (iii) entender el contenido del discurso como una llamada a la acción, (iv) el contexto social e histórico en que se despliega el discurso y (v) el medio de difusión por el que se emite⁶⁰.

Proyecto UMATI, combina la regularidad de los enunciados, su contenido específico, condiciones de enunciación y contexto. De esta mixtura UMATI nos plantea según el nivel de influencia del hablante y lo que se percibe como un llamado a la acción:

a. Discurso ofensivo:

Llamado así debido a que discrimina verbalmente, pero tiene un bajo potencial de provocar violencia. La intención principal es ofender a un miembro de determinado grupo ya sea por su pertenencia a él, o a todo el grupo. Sin embargo, el orador tiene poca influencia en el público o la audiencia, sus declaraciones no incitan a cometer actos violentos contra el grupo ofendido. Como insultos burdos (tales como referencia a golosinas con cobertura de chocolate como “super8”) a vendedores a haitianos en una feria libre, que si bien ofenden a las personas

⁵⁹ TORRES, N y TARRICO, V. Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos. Centro de Estudios de Libertad de Expresión y Acceso a la Información. 1-24, 2009. p.2.

⁶⁰ Idem.

objetivos no tiene repercusiones o apoyo del resto de las personas presentes ni mucho menos genera violencia en contra de estas.

b. Discurso moderadamente peligroso:

Los oradores generan intervenciones de poca o moderada influencia sobre su público o audiencia. Produce efecto mixto: algunos lo consideran como inflamatorias y otros solo ofensivas.

Para UMATI es más importante la influencia del orador que el contenido de la declaración. Es el caso que se ha dado muchas veces de comentarios de comunicadores en los medios donde existe gran cantidad de audiencia, por ejemplo, el año 2020 cuando un periodista argentino realizaba comentarios machistas durante un noticiero contra una colega que analizaba un partido de fútbol: *“Ustedes son mujeres no entiendes de fútbol porque eres mujer. No entiendes de fútbol”*, lo que tuvo repercusión social y sobre todo reacciones de destacadas mujeres futbolistas como la portera chilena “Christiane Endler” y la jugadora “Estefanía Banini”⁶¹.

c. Discursos extremadamente peligrosos:

Aquellas expresiones que tienen llamados claros, o implícitos a vencer, desalojar por la fuerza o matar a una persona o un grupo determinado de personas.

Declaraciones hechas por oradores con influencia moderada o alta sobre sus audiencias. Existe mayor potencial para crear escenarios violentos al proporcionar un plan de acción claro que puede ser bien comprendido por el público al que se dirige. En el ascenso de la ideología del nazismo en el periodo de 1933 a 1945 fue clave la propaganda política dirigida por Joseph Goebbels, quien logró posicionar a Hitler como un líder carismático frente al pueblo alemán, también desarrolló tácticas para acrecentar el nacionalismo en la población estudiando a

⁶¹ 24 HORAS. “No entiendes de fútbol, eres mujer”. El comentario machista que indigna en redes sociales. [en línea] 24 HORAS. 27 de agosto, 2020 <<https://www.24horas.cl/deportes/futbol-internacional/no-entiendes-de-futbol-eres-mujer-el-comentario-machista-que-indigna-en-redes-sociales-4415085>> [consulta: 27 septiembre 2021].

profundidad cada detalle como uso de luces, colores, música, simbolismos, también organizaban grandes desfiles de uniformados con música militar orquestada, todo esto con promesas de orden frente al caos en que se encontraba el país en ese momento, controlando por completo los medios de comunicación masivos utilizándolos exclusivamente para propagar la ideología nazi, todo esto sumado al clima que existía en Alemania en la época post Primera Guerra Mundial más la Gran Depresión del año 1929 fue la tormenta perfecta para que un discurso de odio tan potente como era del partido nacional socialista prosperara entre algunos alemanes⁶².

Ahora bien, dado estos factores que plantea la UMATI es que podemos reconocer un discurso de odio singular y plural. Tenemos discurso de odio plural como un discurso genérico del cual se ramifican otros discursos específicos según el tipo de daño que generan: “discurso de odio” (singular), “discursos discriminatorios” y por último el “discurso hostigador”.

En primer lugar, tenemos el discurso de odio en singular el cual se refiere al discurso que se forma en prácticas enunciativas de incitación a cometer actos violentos que atentan contra la vida humana y la seguridad de una persona o grupo de personas. Como las amenazas de muerte en contra del árbitro español Jesús Tomillo quien se declara homosexual, ha recibido mensaje por redes con frases “Te asesinaremos puto sida”; “tienes poco de vida” o “preparate para lo que viene marica” con fotos de pistolas y metralletas⁶³.

Luego tenemos el discurso discriminatorio, que pretenden imposibilitar que una persona o grupo de personas no puedan ejercer sus derechos, es decir, como menciona Waldron vendría a afectar su dignidad humana, pues se percibe una desigualdad que afectaría su estatus social frente a otros, debido a no poder exigir sus derechos de la misma forma que el grupo no afectado, estatus que debe ser reafirmado por la ley. Un caso icónico en Chile era el matrimonio para personas del mismo sexo, quienes en muchos países no pueden contraer matrimonio, por ejemplo, el partido de la unión demócrata independiente luego de la declaración del Presidente

⁶² JORIC, C. Hitler, al poder por la propaganda. [en línea] LA VANGUARDIA. 21 de enero, 2021 <<https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20200121/472986273341/tercer-reich-propaganda-goebbles.html>> [consulta: 27 septiembre 2021].

⁶³ DURAN, L. Amenazas de muerte al árbitro que se declara homosexual: “Preparate para lo que viene marica” [en línea] El Mundo. 13 de septiembre, 2016 <<https://www.elmundo.es/deportes/2016/09/13/57d705abe5fdea80468b4614.html>> [consulta: 14 julio 2021].

Sebastián Piñera, perteneciente a su misma coalición, el cual hiciera un anuncio para impulsar el matrimonio igualitario, el partido se mostró en contra y para hacer sentir su molestia estudiaron ingresar indicaciones para ampliar el Ingreso Familiar de Emergencia, suma de dinero en ayuda de las familias golpeadas por la pandemia, medida que el ejecutivo ha rechazado tajantemente⁶⁴.

La tercera y última clasificación que nos brinda el proyecto UMATI es el “discurso hostigador” como bien nos señala Díaz, se trata de una práctica discursiva que se emplea, ya sea para impedir o limitar el uso de la palabra en el espacio público, por lo tanto, lo que persigue es coartar el derecho de la libertad de expresión, mediante el sometimiento apocando al grupo que es objeto de este discurso de odio. En Chile durante la dictadura cívico militar iniciada el año 1973 se caracterizó por la censura en todos los ámbitos de la sociedad, se prohibieron periódicos de tendencia contraria al régimen, se perseguían a periodistas que informaban o registraban mediante diferentes medios escritos o audiovisuales y de ser encontrados eran eliminados, todas las publicaciones o noticias en la prensa estaban sujetas a censura previa por un grupo de personas dedicadas exclusivamente a ello, tampoco en los lugares públicos tenían cabida expresiones culturales que criticaran o denunciaran lo que sucedía en Chile, caso simbólico de lo que significó acallar a un sector de la población fue la quema masiva de libros, emblemática fue la ocurrida el 23 de septiembre de 1973 tras el allanamiento de las torres de San Borja en Santiago⁶⁵. Este discurso de hostigamiento en Chile segregó por completo a una parte de la población dejándola sin espacios en la sociedad y sobretodo generando propaganda en contra de estas en los medios de comunicación masivos que ellos controlaban.

Siguiendo a Waldron en su pensamiento, los discursos de odio transmiten un mensaje difamatorio, el cual intranquiliza a los receptores pues les envían señales de no ser aceptados en la sociedad. También, es capaz de clasificar los discursos difamatorios en cuatro tipos que deberían estar sancionados por la ley, los cuales son:

⁶⁴ DIARIO UCHILE.UDI busca bloquear anuncio sobre matrimonio igualitario del Gobierno. [en línea] Diario Uchile. 2 de junio, 2021 <<https://radio.uchile.cl/2021/06/02/udi-busca-bloquear-anuncio-sobre-matrimonio-igualitario-del-gobierno/>> [consulta: 14 julio 2021].

⁶⁵ FAJARDO, M. El bibliocausto chileno: cuando los libros se convirtieron en peligro público. [en línea] El Mostrador. 26 de agosto, 2013 <<https://www.elmostrador.cl/cultura/2013/08/26/el-bibliocausto-chileno-cuando-los-libros-se-convirtieron-en-peligro-publico/>> [consulta: 27 de septiembre 2021].

- La imputación de forma generalizada a los miembros de un grupo de la comisión hechos ilícitos.
- Mediante caracterizaciones que denigran de los miembros comunidad; como señalar que los judíos son avaros o maliciosos.
- A través de referencias a animales o cosas, de modo que se prive a los miembros de la colectividad atacada de su condición de seres humanos.
- Mediante prohibiciones en atención a los rasgos definidores del grupo, como prohibir la entrada a sitios públicos de personas de color⁶⁶.

Además de todas las clasificaciones y tipos de discurso de odio que nos brindan distintos autores y organizaciones, nos plegamos también a tres formas de expresión al referirnos a los discursos de odio, según la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: a) expresiones destinadas a cometer actos criminales; b) expresiones graves pero que, sin embargo no son susceptibles de ser sancionadas por el sistema penal sino que pueden considerarse como sancionables pero dentro de otro sistema ya sea civil o administrativa; c) por último, están las expresiones que si bien no representan un peligro real para las personas afectadas, son afirmaciones a las que hay que prestarles atención porque de forma muy sutil pueden afectar la convivencia social, la tolerancia y sobre todo el respeto de los derechos ajenos. Entonces, entendemos que como criterio general dependerá de la gravedad del discurso de odio, y debemos atender a diversos criterios: a) contexto del mensaje; b) la posición, estatus o popularidad del emisor; c) la intención de incitar el odio; d) el contenido del mensaje (incluyendo la forma, estilo, o naturaleza de los argumentos); e) la difusión que haya logrado el mensaje y por último f) la probabilidad de que dicho mensaje logre efectivamente incitar el odio⁶⁷.

⁶⁶ DÍAZ, J. Op. cit, p.88.

⁶⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso. 2013. [en línea] <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf>. [consulta: 29 septiembre 2021].

Cómo última clasificación expondré la visión de Yéssica Esquivel Alonso la cual distingue cuatro tipos de discursos de odio. En primer lugar, encontramos el discurso de odio por motivos étnicos y raciales, originado por una intolerancia a la diferencia entre los seres humanos, por la creencia en que algunos son mejores o superiores que otros, que históricamente se ha manifestado en un enaltecimiento de una “raza superior” más desarrollada en todos los ámbitos que el resto de las personas. En el mundo, por ejemplo, existe una tendencia generalizada de creer que las personas blancas son esta raza superior, donde los rasgos físicos y culturales son los predominantes en el mundo, los cuales deberían ser un modelo para el resto del mundo, producto de un proceso de colonización y conquista que se da a partir del descubrimiento de América por orden y financiado por reinos cuya mayoría pertenecían a Europa, quienes practicaban la religión católica, por tanto todo aquel que no encajara en la concepción que se tenía de persona civilizada era segregada de la sociedad, tratados como bestias sin almas susceptibles de ser esclavizados. Es así como el mundo de Occidente marca la pauta para el resto del mundo y se transforma en un modelo para el resto de la humanidad, anulando o invisibilizando al resto del mundo, muchas veces se les considera más primitivos o rústicos por sus costumbres, rituales religiosos y su cosmovisión que en algunos países resulta diametralmente opuesta a la religión predominante en occidente que es el cristianismo, lo que ha acarreada innumerables problemáticas a nivel mundial, destacando la discriminación que existe hacia la religión musulmana en general.

En la segunda categoría de discursos de odio tenemos el que se origina por motivos religiosos, aquí el conflicto reside en el derecho de ejercer la libertad religiosa, y que esta no se vea mermada por la intolerancia de cierto grupo de personas.

Un ejemplo contemporáneo y reciente sucedido el año 2005 es lo que ocurrió con una caricatura que se hizo de Mahoma en el periódico de derecha danés *Jyllands-Posten*, donde se publicaron doce caricaturas satíricas sobre el dios musulmán, el cual fue acompañado de un artículo de autocensura y libertad de expresión, todo esto se originó debido a que ningún artista quisiera ilustrar los libros infantiles sobre Mahoma del autor danés Kåre Bluitgen, por miedo a las represalias que podrían surgir de grupos más extremistas, puesto que para los musulmanes está prohibido representar la figura de su dios, Alá y de Mahoma, incluso si es de manera

positiva. Estas caricaturas trajeron consecuencias graves, como la quema de embajadas de Dinamarca y Noruega en Damasco, como también boicot a productos daneses⁶⁸.

Según Esquivel, en esta categoría se desprende al menos dos discursos de odio que se esconden bajo el estigma de la religión, en enaltecimiento de los actos de terrorismo cometidos por fanáticos religiosos y la “islamofobia”. El primer discurso de odio se basa en la exaltación de actos terroristas provocados por la obsecacion y brutalidad de cara a personas que difunden ideas diferentes a las que prescribe una religión determinada. Y, por otro lado, es una manifestación de discriminación social y política en contra del “otro”, ejemplos ya vistos como las burlas o el prejuicio que existe frente a la religión del islam⁶⁹.

También tenemos la apología del delito, violencia y la hostilidad, donde como en todo discurso de odio, se plantea el límite de la libertad de expresión, donde se ha concluido por parte de tribunales constitucionales, esta libertad permitiría criticar, incluyendo expresiones que “puedan molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”⁷⁰. Sin embargo, no esta exento de controversias debido a que muchas veces se comete un abuso de derecho al ejercer la libertad de expresión, dando mensajes ofensivos, humillantes o que menosprecien a una etnia, raza o un grupo de cierto sector de la población. Es por esto que se pone como límite cuando un discurso extremo comienza a “afectar los derechos de otros, el derecho nacional o internacional”.

Los países pueden invocar principios como el orden y paz social para establecer un límite y resguardar los principios de la democracia, frente a “cualquier tipo de discriminación que afecte la dignidad humana”.

⁶⁸MUÑOZ, J. Miles de manifestantes sirios incendian las embajadas de Dinamarca y Noruega. [en línea] El País. 4 de febrero, 2006. <https://elpais.com/diario/2006/02/05/internacional/1139094007_850215.html> [consulta: 9 agosto 2021].

⁶⁹ESQUIVEL ALONSO, Yéssica. El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuest. Const.* [en línea]. 2016, n.35 [consulta: 12 de agosto, 2021], pp.3-44. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000200003&lng=es&nrm=iso>

⁷⁰ Ídem.

Por último, pero no menos importante encontramos el discurso negacionista, este concepto ya lo hemos tratado en el primer capítulo, estamos ante un discurso de odio, si bien es un concepto amplio que se aplica para varias situaciones, es en el evento histórico del Holocausto por excelencia en donde se ha estudiado en profundidad el negacionismo, esto debido a que existe un consenso de que se trataría de una “atrocidad única”, algunos autores han tratado de vislumbrar cuales son las razones para considerarlo como tal, Lipstadt por ejemplo plantea: “ a) que fue un proceso de aniquilación premeditado en contra del pueblo judío; b) que fue un acto llevado a cabo por una nación industrial, avanzada y económicamente desarrollada (Alemania) en contra de un grupo de seres humanos que compartían un mismo rasgo étnico (judíos); y c) que el asesinato masivo de judíos debía ser total”⁷¹.

He planteado anteriormente que los discursos de odio pueden expresarse a través de distintos formatos y aunque se tiende a pensar que el acto de habla es el más nocivo y común de los discursos de odio es una afirmación errónea. Para Waldron el más peligroso es el que se expresa en soporte escrito, como bien podemos imaginar cuando una persona emite un discurso de odio utilizando la voz para expresar sus ideas estas si bien son dañinas solo existen en el tiempo que estas son dichas, dejando fuera las posibilidades de que este sea grabado y reproducido innumerables veces. Esto no ocurre con las declaraciones que son plasmadas por escrito, ya sea en papel o de forma virtual, ya que este permanece en el tiempo, es leído una vez, pero sigue disponible para releerlo cuantas veces se desee, es concreto y visible, esta disponible de manera permanente. De esta manera podemos ejemplificar con los discursos de Hitler en que constantemente profería discursos de odio en contra de una parte de la población estereotipándolos, como los gitanos, judíos, comunistas, personas afrodescendientes, etc. Si bien de por si ya es peligroso, siguiendo a Waldron sería mucho más preocupante su libro publicado bajo el nombre “Mi lucha”, ya que es impreso y vendido hasta el día de hoy por diversas editoriales, disponible para su lectura a todas las personas alrededor del mundo incluso de manera virtual completamente gratuita a pesar de haberse publicado esas ideas hace 96 años.

El autor nos plantea que en su mayoría los discursos de odio adoptan una afirmación fáctica: “una imputación genérica de peligrosidad tiene un impacto directo y permanente en las

⁷¹ Ídem.

relaciones sociales de todos los miembros del grupo”⁷². Esto se puede detectar de manera patente en los discursos del Ku Klux Klan al levantar las premisas de que los hombres de raza negra eran una amenaza para la sociedad sobre todo para las mujeres debido a que eran bestias que no controlaban sus impulsos sexuales y que por naturaleza era violadores. Es por esto que se dice que es un constante ataque a la dignidad y reputación de las personas por tener determinados rasgos, pertenecer a una religión en particular, a una raza o etnia, lo que provocaría que se impida que estas personas se desarrollen de igual manera que el resto de las personas y es por esto que no deben ser tolerados en una sociedad democrática.

2.5 Libertad de expresión y discursos de odio.

Cuando tratamos los discursos de odio y sus límites es inevitable el conflicto con el derecho fundamental de la libertad de expresión, ya que justamente la discusión es delimitar este derecho en pos de la dignidad y equidad que deben estar asegurada a todas las personas para desarrollarse en la sociedad de manera plena y segura.

La libertad de expresión es un derecho fundamental garantizado en la mayoría de las constituciones de los países democráticos y además posee protección a nivel mundial mediante diversos instrumentos internacionales, como Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos y la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo número 19 dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Por un lado,

⁷² WALDRON, J. *The Harm in Hate Speech*, London, Harvard University Press, 2012. p.57.

tenemos el derecho de poder expresarnos sin censura y libremente y por otro, tenemos un deber de abstención del estado, una obligación de no hacer frente a esta facultad que tienen las personas solo por el hecho de ser tales. He aquí nuestro tema de discusión, pues si bien tenemos asegurado este derecho no puede ser absoluto en vista de que puede existir un abuso de derecho, es decir, que las personas en ejercicio de su derecho generen daño a otras personas, generalmente a un grupo vulnerable de personas dentro de la sociedad, mediante ciertas afirmaciones que fomenten el odio, la discriminación, rechazo y segregación en contra de este.

Es por lo anterior que se plantea la regulación de este tipo de discursos nocivos, siendo su punto inicial posterior a la Segunda Guerra Mundial, debido a las consecuencias que trajo el nazismo y sus principios. Este tema ha sido foco de diversas discusiones ¿Hasta dónde llega la garantía de expresar todo tipo de pensamiento o idea? ¿Cuál es el límite que se pondrá a las expresiones de las personas? Existen dos grandes posturas respecto a esto que veremos más adelante en este capítulo.

Para Michael Rosenfeld, existen cuatro justificaciones filosóficas de la libertad de expresión en los Estados Unidos, lo que extendiendo a todas las naciones democráticas del mundo: 1) la justificación a partir de la democracia 2) la justificación a partir del contrato social 3) la justificación a partir de la búsqueda de la verdad y 4) la justificación a partir de la autonomía individual. Cada una de estas justificaciones le da a la libertad de expresión una legitimidad distinta e incluso dentro de ellas mismas pueden existir variaciones que otorguen una protección distinta, donde este límite de qué discurso será protegido se irá moviendo⁷³. Analizaremos brevemente cada una de ellas:

- 1) Justificación a partir de la democracia: está cimentada en la idea que sin la libertad de expresión no puede existir un autogobierno democrático, debido a que no existía un intercambio de ideas, entonces, para conservar y fomentar la democracia es necesario poner límites y sancionar a los discursos antidemocráticos y de odio, ya que en ningún caso cumplirían este objetivo.

⁷³ ROSENFELD, M. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: Análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional* Año XI. (11): 153-198, 2003.p.163.

- 2) Justificación a partir de la teoría del contrato social: se parece a la justificación anterior, sin embargo, no necesariamente existen la protección del mismo discurso. Aquí se plantea la idea de que en el contrato social es necesario tener un intercambio de ideas de manera libre, de manera que no considera posible que algunos puntos de vistas sean excluidos y otros aceptados, de manera que se deberían aceptar incluso ideas incompatibles con la democracia porque podrían influir en la decisión de un participante del contrato social de adoptar las instituciones fundamentales del sistema de gobierno o aceptar cualquier formar particular de organización política.
- 3) Justificación a partir de la búsqueda de la verdad: Basada en la filosofía utilitaria de John Stuart Mill conocida como el libre mercado de ideas, en ella lo que plantea es que se trata de un proceso experimental que debe perfeccionarse dándose una discusión con el único límite de que no incitara a la violencia, es decir, no tendría protección alguna si esta representare un “peligro claro y actual”. Para Stuart Mill este era el único mecanismo para erradicar la falsedad⁷⁴. Sin embargo, para Waldron esta posición liberal podría atentar gravemente a la sociedad, debido a que, si bien existe un límite, no todos los discursos de odio representan un “peligro claro y actual” pero igualmente generar prejuicios, estereotipos dañinos, y discriminación a grupos vulnerables. Es por esto que Waldron argumenta la regulación de los discursos de odio basado en el concepto de John Rawls conocido como la “sociedad bien ordenada” (well-ordered society), a propósito de su teoría de la justicia, que será “aquella que posibilite la elección de los criterios de justicia en una posición original de igualdad, por un lado, y que guíe sus acciones a nivel personal como institucional desde dichos principios”. De esta manera estaríamos respetando la libertad de las personas, su dignidad⁷⁵. Se trata de un equilibrio en la distribución de derechos y deberes de las personas, que nadie tenga en abundancia y escases. Sin embargo, Waldron se distancia debido a que considera que la teoría de Rawls permite que todo sea publicado aunque “cuestione los principios básicos de la sociedad”, a diferencia de él que considera que una sociedad bien ordenada es “aquella

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ OSORIO GARCIA, Sergio Néstor. JOHN RAWLS: UNA TEORIA DE JUSTICIA SOCIAL SU PRETENSÓN DE VALIDEZ PARA UNA SOCIEDAD COMO LA NUESTRA. *rev.relac.int.estrateg.segur.* [en línea]. 2010, vol.5, n.1 [consulta: 20 de agosto, 2021], pp.137-160. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632010000100008&lng=en&nrm=iso>.

que está total y efectivamente gobernada por una concepción de justicia, y donde la ciudadanía no tiene deseo o motivo alguno de expresarse en los términos usados por los discursos de odio”, es decir, que en esta utopía de sociedad quizás no serían necesarias leyes que regulen y sancionen el discurso de odio, ya que existiría seguridad de que todas las personas aceptan los mismos principios de justicia, por tanto seguridad de que serán tratadas justamente. Sin embargo, no considera que se deban abolir las leyes reguladoras del discurso de odio, porque a pesar de que pueda existir este consenso de respetar a las demás personas y que están resguardadas por esta especie de pacto social es necesario que existan leyes que regulen estos discursos por lo que es indispensable la colaboración de toda la población ya que por sí solas no se podría lograr que la sociedad sea bien ordenada, es necesario esta especie de deber de abstención de las personas intolerantes de emitir discursos de odio. Por tanto, para Waldron una sociedad bien ordenada tiene dos conceptos esenciales: seguridad y garantía, de esta manera las personas pertenecientes a grupos vulnerables sabrían que “al salir de sus casas en la mañana no serán discriminados, humillados o aterrorizados”⁷⁶.

- 4) Justificación a partir de la autonomía de la voluntad: Bajo este argumento es que las aseveraciones deben ser toleradas y tener una protección constitucional basadas en la autonomía y respeto individual de las personas quienes son emisores del mensaje, punto que ha sido criticado debido a que una expresión personal de un grupo de personas con poder “amenaza la autonomía de aquellas minorías oprimidas”.

2.6 Discurso de odio en el Derecho Comparado.

Sin duda la segunda mitad del siglo XX ha sido bastante vertiginoso en muchos aspectos, uno de ellos ha sido como enfrentar el mundo luego de un episodio tan violento y desastroso como la Segunda Guerra Mundial, que no solo desató conflictos posteriores como la guerra fría, sino que la sociedad tuvo que blindarse por diferentes mecanismos para asegurar que nunca más en la historia de la humanidad sucediera algo igual, sobre todo lo sucedido con el régimen del nazismo. Así diferentes países del mundo occidental han debido adoptar medidas para regular

⁷⁶ WALDRON, J. Op. cit, p.84.

este tipo de situaciones, sin embargo, estas no han sido homogéneas y se distinguen claramente dos tratamientos, por una parte, Estados Unidos y por otra, democracias constitucionales de occidente. A continuación, analizaré algunos casos de jurisprudencia de los países mencionados anteriormente para ilustrar la regulación que tiene cada uno de estos países y luego contrastarlos. También se analizará EE. UU. en comparación con los países que expodré.

2.6.1 Canadá.

A pesar de que este país comparte frontera con Estados Unidos y ambas fueron colonias del Reino Unido contando con un pluralismo cultural inmenso, se diferencian en su enfoque en la jurisprudencia constitucional. Canadá ha optado por un enfoque en la diversidad cultural y el fomento del ideal del “mosaico étnico”, es decir que se establece una sociedad donde conviven de manera armoniosa distintas personas pertenecientes a otras etnias, razas, culturas, pero sin perder su identidad mezclándose con otras viviendo todas en un solo país. Se entienden estas diferencias como algo positivo y distintivo de la sociedad canadiense, adoptándose medidas a nivel de gobierno para sostener este pluralismo cultural y racial, de esta manera reducir al máximo cualquier conflicto en la población⁷⁷. A diferencia de Estados Unidos, que utiliza el enfoque denominado “crisol” en que esta diversidad de culturas y razas en el país se mezcla de manera armoniosa transformándose en una especie de mestizaje.

El caso jurisprudencial que presentaré a continuación sentó un presedente por parte de la Corte Suprema de este país. El caso denominado “Regina vs. Keegstra” trata de un profesor de secundaria (Keegstra) que había proferido un discurso antisemita en su clase, afirmando que los judíos eran “traidores”, “sádicos” y por último afirmó que los judíos “crearon el Holocausto para ganarse la compasión de los demás”. Además de esto esperaba que sus alumnos “reprodujeran sus enseñanzas en sus exámenes a fin de evitar malas calificaciones”. La ley por la que fue condenado culpable Keegstra prohibía la deliberada promoción del odio contra un grupo identificable por motivos de color, raza, religión y origen étnico, pero no hacía mención al incentivo a la violencia ni existía prueba de que el profesor hubiera intentado inducir a sus

⁷⁷ POZZO, M. Pluralismo cultural y educación: el caso canadiense. Educ. Rev. (2): 257-283, 2012. p.264.

alumnos a la violencia⁷⁸. La constitucionalidad del caso fue revisado por la Corte Suprema canadiense, quien afirmó proteger la libertad de expresión justificadas, como Estados Unidos, en “la democracia, la búsqueda de la verdad y la autonomía”, sin embargo la Corte no falló a favor del profesor, sino que equilibró la libertad de expresión con el respeto a la diversidad cultural, la identidad del grupo, la dignidad humana y la igualdad, concluyendo que esta propaganda de odio no debía ser protegida, puesto que afectaba la armonía entre los distintos grupos raciales, religión y culturales en Canadá. Es así como Rosenfeld respecto al falló de la Corte Suprema afirma que el enfoque canadiense considera más peligrosa esta propaganda de odio, que su sanción, teniendo como efecto debilitar la cohesión social que abraza Canadá⁷⁹.

2.6.2 Reino Unido.

Este país no cuenta con una constitución escrita, sin embargo, reconoce el derecho de la libertad de expresión adscribiendo tratados internacionales, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, y además por su tradición del imperio de la ley, que sostienen que la libertad de expresión es considerada un derecho fundamental tanto en el marco de las constituciones escritas como no escritas. La sanción al “delito de difamación escrita de carácter sedicioso” se remonta en el siglo XVII, que tenía como principal función castigar a aquellas personas que podrían amenazar a la monarquía⁸⁰.

El caso “Regina vs. Osborne” trata de dos editores de un panfleto que aseveraba que judíos habían matado a una mujer y su hijo porque el padre del menor era cristiano, ambos editores fueron condenados por difamación escrita de carácter sedicioso. El enfoque utilizado más que proteger a la comunidad judía de la difamación colectiva, fue por considerarlo una amenaza para el debate público y así ver mermado el control del gobierno.

Históricamente el parlamento ha adoptado algunas leyes para regular estos discursos de odio, es así como en el año 1936. Se adopta la Sección 5 de la Ley sobre Orden Público con el fin de detener el crecimiento del fascismo británico en este periodo, logrando castigar el discurso

⁷⁸ ROSENFELD, M. Op. cit., p.173.

⁷⁹ *Ibidem*, p.175.

⁸⁰ *Ibidem*, p.176.

con “probabilidades” de conducir a la violencia, aunque no desencadenara violencia, y además permitió el castigo del simple hecho de provocar violencia. Luego en el año 1965 el Parlamento promulgó la Sección 6 de la Ley de Relaciones Raciales (RRA 1965) que sancionaba el hecho de pronunciar en público o publicar palabras “que resulten amenazadoras, ofensivas o insultantes” y que tengan como objetivo incitar al odio por motivos de raza, color y origen nacional⁸¹, y que ponía énfasis en la incitación al odio sin tener que necesariamente hacer un llamado a la violencia, por tanto el espectro susceptible a sanción es mucho más amplio, sin embargo se vuelve el escenario más complejo debido a que se debe probar la intención como condición sine qua non para condenar y por tanto las posibilidades de ejercer una acción judicial se vuelve mucho más complejo⁸², así lo demuestra el caso Southern News de 1968⁸³.

Por último, en el año 1986 el parlamento inglés añadió a la Sección 5 de la ley sobre Orden Público, que el discurso de odio era sancionable si equivalía al hostigamiento de un grupo o individuo como objetivo y ya en 1977 promulgó la Ley de Protección contra el Hostigamiento⁸⁴.

Esta legislación ha tenido éxito en su lucha contra el fascismo y el nazismo, no así como en materia de racismo de blancos y no blancos.

2.6.3 Alemania.

Este país es de suma relevancia al explicar las legislaciones que rigen en los países para regular los discursos de odio debido a su historia y el régimen nazi con sus consecuencias a lo largo del tiempo que no solo afectaron a este país sino al mundo entero.

La legislación alemana tiene dos grandes inspiraciones, la primera es la visión de libertad de expresión que conciben en la Constitución alemana limitada por valores como la dignidad

⁸¹ Ídem.

⁸² ROSENFELD, M. Op. cit, p.177.

⁸³ El caso en cuestión se produce debido a una publicación de Racial Preservation Society, quienes hacían un llamado a el “retorno de la gente de otras razas de esta isla superpoblada a sus propios países”, excusándose sus autores en que en el artículo se trataría de asuntos sociales y que no tenía intención de incitar al odio. En este caso no se logra probar la intención que requiere este tipo penal, es así como se decidió eliminar la intencionalidad como exigencia.

⁸⁴ ROSENFELD, M. Op. cit, p.178.

humana y por principios constitucionales como el honor y la personalidad⁸⁵, y en segundo lugar, la historia del Tercer Reich contra los judíos, su política de exterminio y discriminación cuya culminación es el Holocausto⁸⁶.

Alemania se diferencia en los países estudiados anteriormente, puesto que concibe la libertad de expresión como un derecho fundamental más, no tiene ningún estatus superior respecto a los demás derechos, por lo que la Constitución alemana debe establecer un equilibrio entre la libertad de expresión y la búsqueda de la dignidad y los intereses del grupo. Es así como el Tribunal Constitucional establece un criterio para solucionar este conflicto. Lo primero que pone de manifiesto es que el honor personal en ningún caso va a ceder frente al derecho de declarar hechos falsos a sabiendas de su falsedad. Ahora bien, si se hacen este tipo de declaraciones dándose el trabajo de verificar su exactitud, el tribunal deberá evaluar los derechos que se encuentren enfrentados y resolver.

Y en segundo lugar si estas declaraciones resultan ser verdaderas, pero invaden la esfera privada de una persona, el derecho del honor personal prevalece frente a la libertad de expresión, sin embargo, si afectan la esfera social el tribunal debe aplicar el tratamiento usado en el caso anterior, sopesar ambos derechos.

Por último, si una opinión (que tendrá como contraparte al hecho) provoca una afectación a la dignidad de una persona, nuevamente el honor personal predomina sobre este discurso, ahora si el daño a la reputación es leve, nuevamente la corte debe analizar y resolver. A diferencia de las legislaciones anglosajonas, Alemania se caracteriza por ser concebir que los derechos fundamentales dependen del estado constitucional para su defensa y promoción.

El sistema constitucional contemporáneo alemán esta basado en un orden de valores objetivos, incluidos el respeto por la dignidad humana y el compromiso con la democracia

⁸⁵ Estos valores mencionados están contenidos en la ley fundamental alemana fueron sometidos a discusión por el tribunal constitucional alemán en el caso Lüth donde afirmó que la ley fundamental “establece un orden de valores objetivo... que gira alrededor de la dignidad de la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social...” ROSENFELD, M. Op. cit, p.179.

⁸⁶Ibidem, p.178.

militante. La ley Fundamental alemana abraza ciertos valores lo que legitima el ordenamiento del discurso sobre la base de su contenido, con el objetivo de rechazar el pasado nazi y por sobre todo evitar a toda costa que algo así vuelva a suceder. Prueba de este criterio es el caso Lüth que trata de un boicot realizado por Lüth a una película de posguerra de un director de cine que había sido conocido en el régimen nazi por haber producido un largometraje claramente antisemita, lo que devino en que el tribunal le prohibió continuar con la defensa del boicot, Lüth presenta un recurso de queja ante el Tribunal Constitucional argumentando que fue vulnerado su derecho a la libertad de expresión. La Corte Constitucional anuló la prohibición judicial contra él, destacando que el motivo del boicot estaba basado en el temor que resurgiera un director de cine identificado con propaganda nazi antisemita y se prestara para enviar señales equivocadas en el extranjero y se interpretara “como que nada había cambiado en la vida cultural alemana desde el periodo Nacional Socialista”. En el caso se sopesaron, por un lado, el derecho de expresarse libremente de Lüth y por otro, los intereses económicos y profesionales del director de cine, por tanto, el Tribunal concluyó que “cuando está en juego la formación de la opinión pública sobre un tema importante para el bienestar general, en principio, deben ceder los intereses económicos privados y especialmente individuales”⁸⁷

Alemania ha hecho esfuerzos enormes para superar y evitar que un periodo oscuro como la época nazi vuelva a suceder, es así como han adaptado sus legislaciones dando más protección a la dignidad humana por sobre la libertad de expresión usando ciertos mecanismos para sopesar estos derechos como planteé en párrafos anteriores. Así es como en la ley actual alemana, puede imputarse responsabilidad penal por incitación al odio, o por agresiones a la dignidad humana contra individuos o grupos por causa de la nacionalidad, raza, religión u origen étnico⁸⁸. Algunas normas ordenan que se demuestre una “amenaza a la tranquilidad pública”. Sin embargo, no todas exigen este estándar, de pedirse este estándar de ser fácil de cumplir, en contraposición a la prueba de incitación a la violencia impuesto por EE. UU.

En Alemania se ha desarrollado bastante las normas para combatir el negacionismo, es por esto que existe regulación en esta materia sancionando a aquellas personas que nieguen el

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 182.

⁸⁸ *Ídem.*

Holocausto o realicen afirmaciones, disfrazadas de sutilezas, para negar la existencia del Holocausto nazi. Un caso es el ya visto en el capítulo anterior, que protagoniza David Irving siendo este invitado por un grupo de extrema derecha a realizar una exposición al público donde afirmaba que el genocidio judío nunca había existido. El gobierno aceptó que se realizara la reunión con la condición que no se hará una negación del Holocausto, ya que esto significaría una “denigración de la memoria de los muertos, agitación delictiva, y lo que es más importante, injuria colectiva, todo lo cual está prohibido por el código penal”, a lo que el partido de derecha presentó una queja alegando la privación de su derecho a expresarse libremente, a lo que el Tribunal Constitucional confirmó la denegación de la queja del tribunal inferior. Como he podido ilustrar, en Alemania existe una legislación fuerte en contra de los discursos de odio, me atrevería a nombrarla una de las más desarrolladas en este aspecto por razones históricas, sin embargo, existe algunas dudas acerca de los límites respecto de discursos de odio donde no este involucrado el antisemitismo y el Holocausto.

2.7 Instrumentos jurídicos internacionales y la libertad de expresión.

La libertad de expresión, como derecho fundamental, no obstante encontrarse garantizado en gran parte de las constituciones de países democráticos occidentales, también se encuentra protegido a nivel internacional en muchos instrumento jurídicos, algunos impulsados por la necesidad imperiosa de regular ciertas problemáticas sociales, como la discriminación y violencia contra la mujer, el racismo, el odio hacia ciertas religiones y también eventos históricos contemporáneos como la Segunda Guerra Mundial, sus efectos y consecuencias.

En primer lugar, quiero tratar la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, que trata la libertad de expresión en su artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Si bien esta Declaración recoge a la libertad de expresión y le da un estatus de derecho fundamental y lo protege a nivel internacional, en este documento no encontramos otro artículo

que mencione los límites que este derecho debería tener, por lo que se podría deducir que cualquier discurso de odio debe ser amparado sin ninguna restricción. Esta quizás puede ser la declaración más liberal en este aspecto, estando a su letra, amparando todos los discursos incluso los odios, siendo probablemente la regulación más afín con la visión de Estados Unidos en esta materia.

También, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP, el cual a diferencia del anterior regula de manera explícita el conflicto entre la libertad de expresión y la igualdad y dignidad humana. En el artículo 19 nos dice:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

Hasta aquí vemos la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental, es en el numeral 3 donde se plasma la limitación que este derecho debe tener. “3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Este artículo es bastante completo puesto que nos entrega y explica que conlleva la libertad de expresión, también nos establece límites que no deben ser tronzados, porque siendo la libertad de expresión un derecho con una protección suprema por los ordenamientos nacionales y también a nivel internacional, es justamente esa la razón por la que debe tener límites claros, lo que ayuda mucho más a la hora de resolver conflictos pues da bases y lineamientos para que los jueces puedan fallar conforme a este equilibrio que debe existir entre ambos derechos, libertad de expresión y dignidad humana. Junto con eso, el artículo 20 nos dice que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la

violencia estará prohibida por la ley”. Esto nos da a entender de que el PIDCIP no exige la violencia como requisito exclusivo para determinar que un discurso sea calificado como de odio. Por tanto, para la PIDCIP estos discursos sociales que, si bien no incitan a la violencia, pero si promueven la discriminación u hostilidad también deben ser prohibidos por ley. Gracias a que el articulado no es tan restrictivo en los requisitos que debe cumplir para ser calificado un discurso de odio, es posible incluir en esta esfera muchos más que, si bien no provocan o incitan la violencia, pueden causar grave daño a las comunidades, sobre todo a grupos vulnerables.

Otro instrumento que contempla la libertad de expresión es la Convención Europea de Derechos Humanos, en adelante CEDH, en su artículo 10: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. Es decir, nuevamente nos recuerdan que detrás de este derecho de libertad de expresión subyace un derecho positivo y otro negativo, el positivo consiste en que las personas puedan expresarse libremente y el negativo en que el estado no debe entrometerse en ello, por tanto, no puede prohibir ciertas manifestaciones de opinión, aplicar la censura, o cualquier otro mecanismo existente para aplacar/reprimir este derecho. A continuación en su artículo 19 dice: “ El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. El CEDH nos detalla causales por las que se podría ver afectada la libertad de expresión en mayor o menor medida, puede ser por razones de seguridad y orden público, para proteger la imparcialidad del poder judicial, la salud, pero no hace mención o referencia a los discursos de odio, la causal que más se podría homologar y por la que el Convenio logra cierto control, junto con las legislaciones internas, es “la protección de la reputación y derechos ajenos” que podríamos determinar como la dignidad humana y el honor, además de las que, como menciona el artículo 10, estén prescrita por ley. Sin embargo, estas causales resulta ser bastante ineficiente para regular los discursos de odio, por lo que el

CEDH ha ido incorporando otros documentos, para así tener una legislación mucho más completa y fuerte, como las Recomendaciones y Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA de 2008 sobre la lucha contra ciertas expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 2010 sobre la coordinación de ciertas disposiciones previstas en la legislación, reglamento o acciones administrativas en los estados miembros sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual; el Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia, que exige a los Estados miembros que adopten medidas que consideren delitos penales la difusión de material racista y xenofóbico a través de medios informáticos y el uso de sistemas informáticos para amenazar o insultar o por motivos racistas o xenofóbicos y para negar, minimizar manifiestamente, aprobar o justificar el genocidio o los delitos de lesa humanidad; el Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza que exige que los programas no pueden incitar el odio racial y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica que hace referencias a formas de violencia contra las mujeres como discurso de odio tanto en línea como fuera de ella.

Por otro lado, el Sistema Interamericano es considerado como uno de los estándares jurídicos que brinda mayor protección a la libertad de expresión. Su reconocimiento se encuentra en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que salvaguarda la libertad de expresión, el cual asegura la libertad de expresión, lo que comprende “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”. En contra parte el artículo 13 inciso 2, establece un sistema de responsabilidades posteriores en casos sumamente detallados y delimitados, las cuales podrán aplicarse siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos: “(a) las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa; (b) las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (c) las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro del objetivo que persiguen, estrictamente proporcionales a la finalidad que busca, e idóneas para lograr dicho objetivo.”

Pero junto con esta regulación, la Convención también incluye la apología del odio en su artículo 13.5: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.” Al contemplar esta categoría en la normativa hace mucho más extenso la variedad de discursos de odio que pudieran ser sancionados, y que carecen completamente de protección por parte de la Convención. Sin embargo, aquellas expresiones que no inciten a la violencia pero que aun así puedan clasificarse como discurso de odio, pudieran ser objetos de protección de ella, empero estar sujetos a “responsabilidades ulteriores”⁸⁹, desprendiéndose esto del artículo 13 de la CADH, así lo señala el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” del año 2015.

Ha suscitado controversia en el Sistema Interamericano debido a las traducciones de idioma en inglés y español, acerca de si los discursos de odio deben o no ser punibles por ley o si deben estar prohibidas por ley, lo que traería como consecuencia la censura. Los expertos consideran que ni las opiniones consultivas, ni los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), han admitido restricciones previas a cualquier tipo de discurso “aun cuando el texto diga “estará prohibido”⁹⁰.

Según Rosenfeld, los organismos internacionales que tienen como misión la revisión judicial de los casos de discurso de odio, en general, han emitido fallos más afines con la doctrina alemana que la visión norteamericana. Tenemos el caso “Faurisson vs. Francia”, caso tratado en el capítulo uno donde confirmó la condena de Faurisson bajo el amparo de la “Ley Gaysot” de Francia, que sanciona el delito de rebatir la existencia de los delitos de lesa humanidad que hayan sido comprobados y admitidos como una verdad histórica. La Comisión sobre Derechos Humanos considero que la condena de Faurisson por haber violado los derechos y reputación

⁸⁹ RELE-OEA. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 2015. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual2015RELE.pdf>> [consulta: 27 agosto 2021].

⁹⁰ LORETI, D y LOZANO, L. Tensiones entre la libertad de expresión y protección contra la discriminación: la incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre le rol del Estado, Buenos Aires, Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina, 2012.

de otros guarda a conformidad con la protección de la libertad de expresión que otorga el artículo 19 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, porque las declaraciones del profesor estaban destinadas a “promover el antisemitismo y su restricción servía a la finalidad legítima de fomentar el derecho legítimo de la comunidad judía vivir libre del temor de un ambiente de antisemitismo”⁹¹. Sin embargo, a pesar de confirmar la condena de Faurisson la Comisión de Derechos Humanos, consideró que la ley Gayssot era muy general y que podría ver mermada la libertad de investigación histórica legítima que tendería a contradecir algunas de las conclusiones a las que se llegó durante los juicios de Nuremberg. Por tanto, la restricción de aseveraciones de hechos verdaderas o de opiniones emitidas cimentadas en dichos hechos no estaría justificada incluso cuando generara un mayor grado de odio hacia los judíos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al igual que la Comisión ha confirmado fallos que condenan por discurso de odio basadas en las garantías de la libertad de expresión que contempla el artículo 10 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. Uno de ellos fue el caso *Jersild vs. Dinamarca*, donde se condenó a un grupo de jóvenes que en una entrevista de televisión habían hecho comentarios racistas tratando de “animales” y “negros” a inmigrantes, estos condenados junto con el entrevistador quien además difundió sus opiniones durante un documental televisivo que él mismo había editado. Los dichos de los jóvenes condecían con las limitaciones que impone la Convención Europea de los Derechos Humanos en su artículo 10, puesto que atentaba con “la protección de la reputación o los derechos de los demás”. Respecto al periodista su condena se justificó en que la difusión de la entrevista les dio mucha más visibilidad a las opiniones de los jóvenes que de no haberlo hecho hubiese llegado a un público mucho menor, de esta manera incrementó el daño contra las víctimas de estas expresiones de odio. Sin embargo, el fallo no estuvo exento de discusión, una opinión mayoritaria del Tribunal entendía que el periodista en ningún caso compartía las ideas de estos jóvenes, sino que en su rol de comunicador social decidió presentar al público “sus frustraciones, su inclinación a la violencia y antecedentes penales” lo que en definitiva revestía el carácter de “interés público”. Por tanto, en vista del desequilibrio provocado por el fallo condenando al periodista

⁹¹ ROSENFELD, M. Op. cit, p.187.

considerando lo anterior, la legitimidad de la condena dependía de un “equilibrio” entre sus derechos de expresión al informar hechos y transmitir opiniones referidos a ellos, y los daños que generaron a la comunidad objetivo del discurso de odio. De igual manera ambas posturas del Tribunal consideraron que la mejor elección al proceder era el equilibrio de estos intereses contrapuestos, quienes consideraron que el periodista no debía ser sancionado con la misma severidad, la mayoría de ellos les dio demasiada relevancia a los derechos de expresión del periodista, y muy poca a la protección de la dignidad de las víctimas de los dichos. Los demás expresaron que el periodista editó con intención el documental destacando notoriamente los comentarios racistas contra los inmigrantes y que en todo el documental no hubo ninguna declaración de discrepancia o condena de las declaraciones hechas por los jóvenes entrevistados. En definitiva, el conflicto se decidió teniendo en cuenta la adecuada interpretación del sentido general del documental y la actitud mostrada por el periodista a través de sus entrevistas y reportajes.

Capítulo III: Negacionismo en el Derecho Comparado

En el segundo capítulo de este trabajo se analizó en extenso la regulación de los discursos de odio en el Derecho Internacional de Derecho Humanos, el tratamiento que le ha dado el sistema interamericano, el europeo y algunos países en específico. El derecho internacional y su jurisprudencia en esta materia es una base fundamental y una pauta para la legislación interna de los países, ya que es constantemente citado en las resoluciones de los casos de negacionismo⁹². Es por esta razón que en el presente capítulo se analizarán las legislaciones nacionales de algunos países europeos en materia específica de negacionismo como delito en sus códigos penales y cómo han evolucionado a través del tiempo.

3.1 El antinegacionismo jurídico⁹³ en Europa.

El fenómeno de antinegacionismo jurídico comenzó en las democracias europeas en los comienzos de los noventa, como respuesta a la violencia que se suscitaba en ese momento en algunos países de la región, pero también obedeciendo necesidades particulares de estos países, debido a su pasado histórico luego de la Segunda Guerra Mundial, donde fueron protagonistas de las mayores atrocidades que se haya tenido registro en la historia contemporánea.

A continuación, analizaré legislación en materia de negacionismo de países como Alemania, Francia y con mayor profundidad España quien ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial en la materia de bastante riqueza.

3.1.1 Alemania.

Especial importancia reviste Alemania en este trabajo debido al relevante papel que jugó en la historia sobre la materia en análisis, debido que fue el lugar geográfico donde se inició una

⁹² FRONZA, E. ¿El delito de negacionismo? Instrumento penal como guardián de la memoria. Revista de Derecho Penal y Criminología. (5): 97- 144, 2011.p109.

⁹³ Se trata de una reacción jurídica frente al negacionismo especialmente en Europa, fenómeno enmarcado en las políticas de la memoria, vinculadas a procesos de justicia transicional, expresadas normalmente en leyes de memoria.

serie de episodios que conducirían a lo que en el futuro se llamaría Holocausto nazi. En el año 1933 el partido nacional socialista liderado por Adolfo Hitler asciende al poder, partido caracterizado por su nacionalismo extremo, su antisemitismo y la creencia en la superioridad racial, lo que traería una oleada de violencia y odio a todos quienes no formaran parte de esta raza aria, dando lugar al genocidio más conocido de la historia y el cual da lugar a las legislaciones antinegacionistas en Europa. El modo de operar nazi consistía en perseguir y asesinar a todo aquel que ellos percibieran como inferiores racial y biológicamente, como los romaníes, personas en situación de discapacidad, y a otros como polacos, civiles, soviéticos y personas afrodescendientes, también lo hacían en contra de otros por razones políticas, ideológicas y conductuales, como comunistas, socialistas, testigos de Jehová y homosexuales⁹⁴.

Hasta el año 1994 Alemania no contaba con una regulación específica para el negacionismo, por lo que las conductas más graves de este tipo podían ser condenadas bajo otro tipo de delitos como injuria y difamación contra personas individuales, colectividades organizadas o categorías de personas no organizadas (art. 185 StGB y art. 186 StGB); vilipendio de la memoria de los difuntos (art.189 StGB); instigación/incitación a la población (art. 130 StGB); o apología del delito (art.140 StGB). Fuera del ámbito penal también sirvieron como herramientas en el ámbito civil las acciones civiles por difamación y resarcimiento de daños morales como también en el ámbito administrativo en materias relacionadas a la seguridad pública y la libertad de reunión y asociación⁹⁵.

Mediante el desarrollo doctrinal y jurisprudencial se logra crear una distinción entre dos tipos de discursos negacionistas del Holocausto: La “mentira de Auschwitz simple” y la “mentira de Auschwitz calificada”. La primera se caracteriza por la simple negación de la existencia del Holocausto en el periodo nacionalsocialista en Alemania, el tipo penal que se aplicaba era la injuria o el vilipendio a la memoria de los difuntos la cual necesitaba de la denuncia privada por parte del ofendido, protegiéndose así el bien jurídico del honor de la persona. Y, por otro lado, la mentira calificada la que requería además de esta simple negación

⁹⁴ ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO. Introducción al Holocausto. 2018. [en línea] <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/introduction-to-the-holocaust>> [consulta: 19 noviembre 2021].

⁹⁵ LUTHER, J. Op. cit, p. 251.

o cuestionamiento del periodo, que concurriera una identificación con el régimen nacionalsocialista y su ideología, o también cuando se incluía en sus manifestaciones o expresiones en las que degradara a las personas negándoles el derecho a la vida, conducta que era sancionada con el delito de incitación a la población, siendo el bien jurídico afectado en este caso la dignidad humana⁹⁶.

Caso controvertido fue el que se dio lugar el año 1991 cuando Günter Deckert dirigente de un partido de extrema derecha (Partido Nacional Democrático), realizó una conferencia en la que presentó un informe donde se negaba “científicamente” el exterminio de seis millones de judíos en los campos de concentración nazi. Deckert fue condenado el 13 de noviembre de 1992 por delito de “incitación a la población” (§130), delitos de provocación al odio racial (§131) y delito de injurias (§186 y §189), esta sentencia fue casada por el Tribunal Supremo Federal⁹⁷ por considerar que la simple negación del Holocausto podía ser constitutiva de delito de injurias pero no de provocación al odio racial, por lo que remitió la causa al Landgericht de Mannheim que había conocido en primera instancia, con fin de dictar una nueva sentencia, y es esta sentencia la que da lugar al debate público debido a que en la valoración de la pena se reconoce como atenuantes el haber actuado según su convicción personal, sin ánimo de lucro y convencido de su verdad⁹⁸.

En este contexto es que el 28 de octubre del año 1994 se aprueba una reforma penal llamada Ley de Lucha contra la Criminalidad Alemana⁹⁹ la cual tenía como objetivo dar respuesta al fenómeno de la violencia y propaganda de grupos neonazis en la época, esta ley modifica el delito de “incitación a la población” para introducir en el ordenamiento jurídico alemán un tipo específico que sancionara “la mentira de Auschwitz”¹⁰⁰.

Con esta reforma no era necesario que los hechos negados fueran establecidos previamente por un tribunal, pero se exigía que la conducta fuera realizada públicamente y de

⁹⁶ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.150.

⁹⁷ En idioma alemán: Bundesgerichtshof.

⁹⁸ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.152.

⁹⁹ En idioma alemán: Verbrechenbekämpfungsgesetz.

¹⁰⁰ En idioma alemán: Auschwitzlüge.

forma “adecuada para turbar la paz pública”. Así es como establece un requisito de idoneidad de la conducta al exigir que esta sea “adecuada” para perturbar la paz pública, transformándolo en un delito de peligro abstracto teniendo que probar solo la identidad de los hechos para turbar la paz, mediante un ejercicio del juez en base a una generalización admitiendo en fase de prueba, la prueba de la “concreta idoneidad de tales hechos” según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, sin embargo se discute si se tratare de una forma de peligrosidad potencial¹⁰¹.

Este nuevo tipo penal tiene como objetivo evitar un clima de odio que pudiera propender a hostilidades, levantando como bien jurídico a proteger, según las palabras de Lüther, “la confianza en la certeza pública del Derecho” en Alemania.

Sin embargo, se dejan fuera de la punibilidad las conductas destinadas a la investigación científica con fines educativos y formativos no teniendo esta protección absoluta. Todo esto ha acarreado muchas críticas y debate en la doctrina acerca del alcance e interpretación de la norma, por lo que no se determina en qué medida el legislador alemán ha logrado con esta reforma sancionar todas las formas de negacionismo sean simples o calificadas o si existen aún conductas de este tipo que queden impunes. Esto de que se exija la afectación de la paz pública puede llegar a que se deje fuera gran cantidad de expresiones negacionistas, sin perjuicio de que puedan ser sancionadas bajo el delito de injuria.

Así con esta reforma las sanciones según el tercer apartado del artículo 130 StGB quedarían:

“«Será castigado con penas de prisión de hasta cinco años o con penas de multa quien valore, niegue o banalice en un modo idóneo para turbar la paz social, en público o en una reunión, hechos de los contenidos en el artículo 220a, apartado 1 del StGB (genocidio) cometidos bajo el régimen nacionalsocialista»”

3.1.2 Francia.

¹⁰¹ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.153.

La regulación en este país sobre materia del negacionismo comienza con la Ley Gayssot, nombre que recibe a causa del diputado del Partido Comunista francés, Jean Claudio Gayssot, quien fue el principal impulsor de esta ley promulgada el 13 de julio de 1990.

La Ley Gayssot modifica la Ley de 1881 sobre libertad de prensa añadiendo un nuevo apartado al artículo 24 con el fin de castigar conductas ligadas al negacionismo de crímenes de lesa humanidad de la Segunda Guerra Mundial. El cual dice:

“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”.

Así es como se entiende incorporado a la legislación francesa el delito de “mentira de Auschwitz” con algunas modificaciones¹⁰².

Analizando al tipo penal en cuestión, respecto a la conducta típica aparece el verbo rector “cuestionar” y no “negar”, por tanto, se extiende el ámbito de lo punible a discursos que discutan, impugnen o cuestionen la existencia de estos crímenes¹⁰³. En relación con la sanción impuesta fluctúa entre un mes a un año de prisión y multa de 2.000 a 30.000 francos o solo una de ellas, lo que genera duda debido a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa, entendiéndose que no cabría la fijación de pena alternativa de la prisión.

Los crímenes cuestionados deben ser crímenes de lesa humanidad que se encuentren en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, por lo que se entiende que se trataría de delitos de lesa humanidad cometidos entre los años 1939 y 1945 cometidos

¹⁰² *Ibidem*, p. 164.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 165.

por el “Eje Europeo”. Sin embargo, algunos autores han propuesto que al referirse al Estatuto podría extenderse a cualquier crimen de guerra contra la humanidad, definido “en los términos” del Estatuto del Tribunal sin que su sanción necesariamente haya sido bajo esas normas¹⁰⁴, ahora bien esto se limitaría a la exigencia de que los perpetradores de los crímenes negados hayan sido objeto de condena por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en aplicación del artículo 9 del Estatuto o por algún tribunal francés o internacional¹⁰⁵, identificando así la verdad histórica con la verdad judicial¹⁰⁶. Con relación al requisito de la publicidad, la conducta debe ser realizada en un lugar público o difundidos por medios que la ley regula.

Destacable es el elemento distintivo del tipo francés, pues amplía el ámbito de punibilidad y castiga un delito de mera conducta por la mera manifestación negacionista en los términos típicos descritos¹⁰⁷. Tropper afirma que el legislador opta por recurrir a una técnica habitual que es la presunción puesto que se presume que la negación del genocidio es un acto que equivaldría a la incitación al odio racial con el que comparte naturaleza y amenaza los mismos intereses que deben ser protegidos. Todo esto fundado en que este tipo de expresiones forman un todo con los actos que pueden desencadenar, lo cual justificaría la existencia de esta presunción, así deja dentro del arbitraje del legislador la valoración de la relación de causalidad existente entre expresiones sancionadas y la realización que pueden tener.

A pesar de que la libertad de expresión está contemplada en la Declaración de Derechos del hombre francesa y es considerada como “uno de los más preciados derechos del hombre” el legislador francés permite que esta sea limitada cuando se esté ante un abuso de este, por lo que para Tropper la libertad de expresión en Francia es un derecho de configuración legislativa y de ahí devendría la extensa disposición que concede al legislador¹⁰⁸.

3.1.3 España.

¹⁰⁴ *Ibíd*em, p. 166.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, p. 167.

¹⁰⁶ BILBAO, J. La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. *Revista de Derecho Político*, (71-72): 19-56, 2008. p.36.

¹⁰⁷ TERUEL LOZANO, G. *Op. cit*, p.167.

¹⁰⁸ *Ibíd*em, p. 168.

El año 1995 España introduce en su código penal, mediante la Ley Orgánica 4/1995 el delito de la apología de los delitos de genocidio, como señala en la exposición de motivos, con el objetivo de poder perseguir y sancionar comportamientos racistas y antisemitas que estaban ocurriendo en el país y que el derecho penal no poseía las herramientas necesarias para combatirlo, siendo clave el caso de Violeta Friedman¹⁰⁹. Además de esto, la reforma se plantea en vistas de cumplir obligaciones internacionales que había adquirido ratificando tratados internacionales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio el 9 de diciembre de 1948 y la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial el 21 de diciembre de 1965.

Según la profesora Laurenzo Coppello, podrían distinguirse dos tipos de disposiciones en esta reforma, por un lado las que intentan prevenir conductas que fomenten o favorezcan las actitudes de discriminación en la sociedad, o supongan un enfrentamiento directo y general con determinadas minorías¹¹⁰, en la que correspondería situar el delito del genocidio (art.607.1 CPE)¹¹¹ y por otro las que se concretan en ámbito o bienes especialmente “sensibles” al fenómeno de la discriminación¹¹², siendo estas de un estilo más preventivas, pudiendo ubicar acá el delito de provocación a la discriminación contenido en el artículo 510 CPE, y en el artículo 515.5 CPE en caso de esta conducta llevarse a cabo mediante organizaciones ilícitas, y por

¹⁰⁹ En julio de 1985 se publica en la revista Tiempo declaraciones de León Degrelle, quien fuera oficial nazi perteneciente a la SS alemana, afirmando entre otras declaraciones sobre los judíos: “...si hay tantos ahora resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”. Así es como Violeta Friedman, sobreviviente de un campo de concentración nazi en Auschwitz, interpone una demanda civil alegando que vio afectado su honor, la cual es desestimada en todas las instancias incluso en el Tribunal Supremo, con el argumento que carecía de legitimación necesaria. En consecuencia, Violeta Friedman presenta un recurso de amparo que es acogido por el Tribunal Constitucional considerando que es claro su “interés legítimo” en el caso, siendo este el único requisito exigido por la Constitución. Además, señala que el carácter personalista de la protección constitucional al honor no impone que los ataques o lesiones (...) hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados”.

EL PAÍS. El Constitucional ampara a Friedman frente a la "incitación antijudía" del ex jefe de las SS Degrelle. [en línea] El País. 11 de noviembre, 1991. <https://elpais.com/diario/1991/11/12/espana/689900410_850215.html> [consultado el 25 de noviembre de 2021].

¹¹⁰ Medidas de antidiscriminación genéricas.

¹¹¹ Existe una circunstancia agravante de carácter general en el Código Penal Español en el núm.4 del artículo 22 cuando el delito se comete por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación.

¹¹² Medidas de antidiscriminación específicas.

último delito de difusión de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o, en general promuevan las prácticas genocidas (607.2 CPE)¹¹³.

Sin embargo, el artículo 607.2 del CPE ha sido foco de grandes debates doctrinales y jurisprudenciales dentro de España para determinar si se trata o no de un precepto acorde a la Constitución, debido a que podría suscitar conflicto con el derecho de libertad de expresión contenido en el artículo 20 de la Constitución española¹¹⁴. Fruto de esto ha existido un esfuerzo por parte de la doctrina por tratar de conciliar el precepto en cuestión con la Constitución y tratar de reducir la amplitud de este, restringiendo su ámbito punitivo, pero sin desvirtuar el tenor literal del artículo, respetando así el principio de legalidad el cual se erige como un importante límite al intérprete.

Una de opciones que postula la doctrina es la que postula Cuerda Arnau, que pretende buscar en el injusto de la norma en el “aspecto no comunicativo” de la conducta, posición que la misma autora desecha debido a que el precepto lo que prohíbe es el “discurso en sí, la propaganda o divulgación de una ideología determinada”¹¹⁵.

Otros autores estaban por interpretar el art. 607.2 CPE a la luz del art. 18 CPE, ubicado este último en su parte general¹¹⁶, exigiendo este último “una incitación directa a cometer un delito”, cuestión que no exigía el delito de la apología al odio. La mayoría de la doctrina esta conteste que el artículo 607.2 CPE excede los términos del art. 18 CPE y reconoce que existe un adelantamiento de la barrera punitiva aún más extremo como tipo penal autónomo¹¹⁷, por lo tanto, se desprendería que la tipificación de la apología entraría a castigar actos preparatorios. Así lo afirma Tamarit diciendo que con este precepto se estarían castigando conductas que

¹¹³ LAURENZO COPELLO, P. La discriminación en el Código Penal de 1995. Revista de Estudios penales y criminológicos (19): 221-288, 1996. p.227-229.

¹¹⁴ RAMOS, J. La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art.607.2 del Código Penal). Revista Penal (23): 120-137, 2009. p.120.

¹¹⁵ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.409.

¹¹⁶ “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”.

¹¹⁷ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.410.

estarían fuera de la provocación como acto preparatorio y que también excede el ámbito de lo apologético en sentido estricto, ya que castiga la difusión de ideas o doctrinas en sí mismas consideradas, sin determinar el carácter instigador de las conductas ni el carácter laudatorio respecto del propio delito de genocidio¹¹⁸. Por tanto, estaríamos frente a dos tipos penales, el primero el artículo 18.1 un delito de apología de carácter genérico que exige la provocación, una incitación directa, y, por otro lado, uno que no contenía esta exigencia (art. 607.2 CPE).

Otra parte de la doctrina considera que la única limitación sería la restricción del sentido típico de la conducta. Feijoo Sánchez plantea la necesidad de una reducción teleológica del alcance del elemento típico de “difusión de ideas o doctrinas”, excluyendo la “apología privada” y exigiendo que “la negación o justificación debe ser a efecto de tipicidad clara, manifiesta, franca y terminante”¹¹⁹, así para que haya una mínima afectación del bien jurídico se debe requerir la intencionalidad propia del delito del genocidio, exigiendo así el requisito del dolo específico¹²⁰.

Por otro lado, tenemos la presentada por Lorenzo Copello que consiste en considerar el delito de apología como un delito de peligro abstracto donde lo punible serían esta capacidad de que estas conductas pudieran producir un clima de violencia y hostilidad, que pudieran propiciar acciones discriminatorias, por lo que sería necesario incluir como requisito que además de la acción de negacionismo un genocidio en concreto vaya acompañado de juicios peyorativos o humillantes en relación a sus víctimas¹²¹.

Estos intentos de reducir el ámbito de lo punible del artículo 607.2 para poder salvar el tipo penal de la inconstitucionalidad no resulta suficiente para la doctrina, puesto que aún así no se evita que existan interpretaciones más amplias de él lo que finalmente conduciría a una contradicción con la voluntad original del legislador¹²².

¹¹⁸ RAMOS, J. Op. cit, p.120-122.

¹¹⁹ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.411.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ RAMOS, J. Op. cit, p.124.

¹²² Ídem.

Así la doctrina mayoritaria considera que este precepto debe considerarse como inconstitucional por tratarse de una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión, al no exigir que exista una incitación directa a la comisión del delito.

Este debate llegó incluso al Tribunal Constitucional español el cual se pronunció respecto de la inconstitucionalidad de la disposición del artículo 607.2 CPE, todo esto a raíz de una sentencia del Juzgado de lo Penal n.º3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, en el cual se condenaba al dueño de la Librería Europa, que vendía libros sobre la Segunda Guerra Mundial con contenido revisionista y negacionista del Holocausto nazi, por el delito de apología al genocidio (artículo 607.2 CPE)¹²³ y el de provocación la discriminación y al odio racial (artículo 510.1CPE)¹²⁴.

La sentencia que condena a Varela fue recurrida mediante un recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona decidió a través de un Auto de 14 de septiembre de 2000 presentar cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que se pronunciara acerca de la compatibilidad del artículo 607.2 CPE y el artículo 20.1 de la Constitución española. El Tribunal Constitucional coincide con el Juzgado de lo Penal que el legislador puede escoger el bien jurídico que estime como objeto de protección penal, pero considera que en este caso el bien jurídico protegido es de una naturaleza difusa que vendría siendo evitar que se propicie un “clima favorecedor de conductas discriminatorias”, ya que otras conductas como la incitación a llevar a cabo acciones que pudieran afectar los derechos fundamentales supongan menosprecio a la dignidad de la persona están contempladas como conductas típicas en otras disposiciones penales¹²⁵. Así, considera que el delito no tiene un bien jurídico verdaderamente merecedor de tutela penal más que el “favorecimiento de un clima de hostilidad” o propicio para generar conductas que afecten a grupos susceptibles de ser víctimas de delitos de odio¹²⁶.

¹²³ Delito por el cual se le condenó a 2 años de prisión.

¹²⁴ Por este delito se le condenó 3 años y una multa.

¹²⁵ RAMOS, J. Op. cit, p.127.

¹²⁶ Ídem.

El Tribunal también considera que el artículo 20.1 de la Constitución española contiene derechos que no solo garantizan la libertad de expresión individual básica, sino que también contiene elementos que son esenciales para el sistema político democrático¹²⁷, pluralismo, tolerancia, espíritu de apertura, así es como se reconoce que en España no hay cabida a una democracia militante. Sin embargo, el TC recalca que este derecho ni ningún otro tiene carácter de ilimitado¹²⁸. El Tribunal respecto de lo anterior señala:

“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 las 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 legislador penal”¹²⁹.

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 constitucional¹³⁰.

Por tanto, el mismo Tribunal reconoce que existe más que una limitación al derecho fundamental de libertad de expresión, recogido en la Constitución, se están tipificando conductas que tiene que ver con el contenido esencial del mismo es punible conductas que tienen que en con el contenido esencial del derecho mismo¹³¹.

(...)“La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar

¹²⁷ STC 159/1986, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 6º.

¹²⁸ RAMOS, J. Op. cit, p.127.

¹²⁹ STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 6º.

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ RAMOS, J. Op. cit, p.128.

contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”¹³².

Una vez zanjado el tema de la existencia de una confrontación de la disposición del artículo 607.2 y el derecho de libertad de expresión, el Tribunal Constitucional trata de conciliar el tipo penal con su Carta Magna en la medida en que “en virtud del principio de conservación de la ley sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”¹³³.

Para poder llevar esta tarea a cabo el Tribunal lo que hace es dividir su argumentación distinguiendo entre el inciso que trata la “negación” del genocidio y el inciso que alude a la “justificación” de prácticas genocidas¹³⁴, estamos ante la presencia de dos verbos rectores distintos: “negar” y “justificar”¹³⁵.

Así el Tribunal Constitucional al respecto señala:

“Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación, puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores”¹³⁶.

¹³² STC de 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 6º.

¹³³ STC, resolución Nº 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7º.

¹³⁴ RAMOS, J. Op. cit, p.128.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ STC, resolución Nº 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7º.

Una vez hecha esta distinción entre negar y justificar, la pieza clave para determinar la constitucionalidad se determinará por el hecho de que aquellas impliquen “necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio”, por tanto “el precepto resultaría conforme a la Constitución”¹³⁷.

Luego el Tribunal se refiere al argumento sistemático acerca del art. 607.2 CPE, cuestión que ya había abordado la doctrina, respecto con el artículo 615 CPE, que a su respecto agrega que “el legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CPE, a cuyo tener 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 CPE sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada”¹³⁸

Así el TC comienza a realizar el control de inconstitucionalidad comenzando a determinar si acaso las conductas descritas en el art. 607 serían una modalidad de discurso de odio como aquel que “supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias”¹³⁹. Lo que resuelve el TC es que no se trataría de una modalidad de discurso odio, puesto que “la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuricidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE”¹⁴⁰.

Siguiendo con el análisis de constitucionalidad, el TC concluye que se estaría castigando conductas que contiene un elemento tendencial que tratan de generar un estado de opinión en la población favorable al genocidio, que fuera llevada a cabo de forma planificada, sistematizada u organizada¹⁴¹. Por tanto, se estaría persiguiendo objetivamente “la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron

¹³⁷ RAMOS, J. Op. cit, p.129.

¹³⁸ STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 7°.

¹³⁹ STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8°.

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Antecedentes 8°.

víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo”¹⁴². Se entiende que el delito tiene una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento, lo que no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades¹⁴³, por tanto, no se encuentra conforme al Principio de Proporcionalidad¹⁴⁴. No existiría un juicio valorativo o peyorativo del hecho, por tanto, faltaría ese elemento tendencial (subjetivo) que si tuviera la acción de justificar. Al tratar de penalizar la negación se le estaría un elemento adicional no expreso en su artículo¹⁴⁵. Así, el Tribunal considera que hacer una “interpretación restrictiva del art. 607.2 CPE, añadiéndole nuevos elementos” desvirtuaría los límites de la jurisdicción de la órgano constitucional, al “imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tener literal”, en tanto la conducta “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 cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”¹⁴⁶.

En conclusión, respecto del delito de negacionismo (verbo “negar”), Tribunal Constitucional considera que no existen suficientes razones de peligrosidad y le lesivo das para justificar la intervención punitiva y, por tanto, se declara la inconstitucionalidad del inciso “nieguen” del art. 607.2¹⁴⁷.

Ahora corresponde abocarnos al razonamiento del Tribunal respecto a la conducta “justificar”, el cual lo considera como una expresión de un juicio de valor, que resulta apreciar el tan comentado elemento tendencial¹⁴⁸ en la justificación pública del genocidio, se encontraría implícito en la conducta típica de “justificar” dicho delito. Así la sentencia del TC plantea que debido a la especial peligrosidad de delitos de carácter odioso y el riesgo al que ponen la esencia

¹⁴² STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8°.

¹⁴³ STC, resolución N° 199/1987, 16 de diciembre de 1987.

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ RAMOS, J. Op. cit, p.129.

¹⁴⁶ STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 8°.

¹⁴⁷ RAMOS, J. Op. cit, p.130.

¹⁴⁸ Este elemento tendencial consistiría en “perseguir objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio”.

misma de la sociedad, como es el caso del genocidio, se le permite al legislador que castigue la justificación pública de ese delito, sin ser susceptible de cuestionar su constitucionalidad, con la condición de que esta justificación opere como “incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CPE) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio”¹⁴⁹. Se puede evidenciar aquí el Tribunal Constitucional no aplico los mismos criterios interpretativos para ambos delitos respecto a la “incitación indirecta”, pero para resolver esto se adelanta para afirmar 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 amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art.20 CE”¹⁵⁰.

El TC da pautas interpretativas al respecto, indicando que para sancionar el delito de la justificación de genocidio será necesario que la difusión pública de dicha justificación “entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes” cuya especial trascendencia sirva de fundamento a la intervención penal¹⁵¹. Sucederá así cuando la justificación del genocidio suponga un modo de incitación indirecta a su comisión, también sucederá cuando la justificación del genocidio tenga como objetivo la provocación al odio hacia determinados grupos definidos en razón a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal forma que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede decantar en actos específicos de discriminación.

Respecto a la incitación indirecta a la comisión de algunas conductas sancionadas en el artículo 607.1 CPE como delito de genocidio, cometidas con el fin de exterminar a un grupo humano, violentar de manera especial la esencia de la dignidad de la persona, en lo que respecta el fundamento del orden político (art.10 CE) y sustento de los derechos fundamentales, esta vinculación legítima al legislador a perseguir este delito como modalidades de privación,

¹⁴⁹ STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9°.

¹⁵⁰ RAMOS, J. Op. cit, p.130.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.131.

incluyendo también la indirecta, que en otras circunstancias podría estar fuera del marco de la intervención penal¹⁵².

Así el Tribunal Constitucional falla declarando inconstitucional y nula la expresión “nieguen o” en el primer inciso del art.607.2 del Código Penal español, y declara que no es inconstitucional el primer inciso del art.607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, según los términos del fundamento jurídico 9 de la STC 235/2007.

3.1.3.1 Reforma del año 2015.

En marzo del año 2015 se modifican disposiciones del Código Penal español para sancionar conductas que tengan que ver con manifestaciones de “discurso de odio” y del “negacionismo”. Con la Ley Orgánica 1/2015 se da lugar al nuevo artículo 510 CPE inspirado en el precepto alemán del artículo 130 de StGB, el cual vendría a reglar conjunta y ampliamente la esfera de lo punible de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, y de justificación al genocidio introduciendo nuevos tipos penales¹⁵³.

En el primer apartado establece la sanción de pena de prisión de uno a 4 años y multa de 6 a 12 meses cuando se cometan tres tipos de conductas: delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia y el delito de justificación del genocidio.

A continuación, el apartado siguiente establece la pena de prisión de 6 meses a 2 años y multas de 6 a 12 meses para dos tipos de conducta, la primera tiene que ver con actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de grupos por ya sea por motivos racistas, antisemitas, por razones de ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Esta pena sería agravada cuando promuevan

¹⁵² STC, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico 9°.

¹⁵³ ALASTUEY, C. Discurso del Odio y Negacionismo en la Reforma del Código Penal de 2015. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (18-14): 1-38, 2016. p2.

o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que ya mencionamos anteriormente.

En el tercer apartado, contiene un tipo de delito agravado de aplicación a todos los anteriores, pues se aplicará la pena en su mitad superior cuando la conducta se hubiere llevado a cabo a través de un medio de comunicación social que permita que un número elevado de personas tenga acceso a este.

Sigue así el precepto en su cuarto apartado, imponiendo una pena en su mitad superior cuando se trate de hechos que resulten idóneo para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

Avanzando más ya en el apartado siguiente establece una pena acumulada, que es una pena de inhabilidad para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo superior entre 3 y 10 años de pena de prisión impuesta en la sentencia.

Ya en su último apartado establece como pena, como esencia de consecuencia accesoria, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, documentos y otros soportes utilizados para la comisión de los delitos expuestos anteriormente, también considera el retirado de los contenidos si el delito se cometió a través de las tecnologías de información. También contempla el caso de los portales de acceso a internet que estén dedicados de manera exclusiva o preponderantemente a la difusión de contenidos de tales características cuya sanción en este caso será la del bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de este.

También esta modificación agrega el artículo 510 bis, que establece responsabilidad penal para las personas jurídicas que cometan delitos comprendidos en el artículo 510 y 510 bis.

Con esta nueva reforma al Código Penal español también han surgido numerosas críticas al respecto considerando que este delito ya había sido declarado inconstitucional en la STC núm.235/2007. Sin embargo, los que están a favor del nuevo tipo de delito de negacionismo

justifican esta decisión, en primer lugar, basándose en la necesidad de adoptar la normativa española en consecuencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, en relación a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, lo que se da en un contexto en que Europa demuestra alto interés en este tópico, existiendo un fenómeno político-criminal expansivo que se ha visto reflejada en distintas legislaciones penales de algunos países como los que analizamos en este capítulo¹⁵⁴. Ahora bien, algunas opiniones hacen el reparo en que si bien la Decisión Marco faculta adoptar regulaciones como la aquí comentada, no obliga a una transposición de su contenido en los términos en que se ha llevado a cabo por España¹⁵⁵.

Otro argumento que se esgrime es que la reforma y la reintroducción del delito del negacionismo al Código penal es considerado por el legislador español del 2015 consecuente con la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC núm.235/2007) puesto que la disposición añade la exigencia de que las conductas realizadas supongan una incitación al odio o la hostilidad contra determinados grupos de personas¹⁵⁶.

¹⁵⁴ FRONZA, E. Op. cit, p.114.

¹⁵⁵ALASTUEY, C. Op. cit, p.4.

¹⁵⁶ Ibídem, p.5.

Capítulo IV. Negacionismo en Chile.

4.1 Breve introducción al negacionismo en Chile.

En Chile se han hecho intentos por legislar y penalizar las conductas negacionistas, habiendo varios proyectos que se han presentado en el Congreso apuntando a distintas aristas, pero todas con el mismo fin, proscribir todo acto de negacionismo referido a la dictadura cívico-militar que comenzó el día 11 de septiembre de 1973 y acabó el 11 de marzo de 1990. Sin duda, el proceso transicional ha presentado grandes desafíos en políticas de reparación y garantías de no repetición para las víctimas de la dictadura, sin embargo, no podemos desconocer que ha habido avances en el reconocimiento de las atrocidades ocurridas durante este periodo oscuro de nuestra historia. Unos de ellos son los Informes de la Comisión de Verdad y Reconciliación de 1990 (Informe Rettig) y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura de 2000 (Informe Valech) quienes dieron cuenta y reconocieron como ciertas y verdaderas los delitos cometidos los cuales eran negados por el régimen y los medios de comunicación, así es como se llega a la verdad del asesinato de más de tres mil personas y la tortura y desaparición forzada y otros atentados a sus derechos humanos a más de veintiocho mil. Sin embargo, ambas han tenido el carácter de reserva o secreto de sus actividades, participantes y antecedentes.

Por una parte, el Informe Rettig estaba destinado a investigar los casos de desaparición forzada y ejecución política, antecedentes y circunstancias, investigar la identidad de las víctimas y saber su paradero, también recomendar medidas de reparación y recomendar medidas legales y administrativas para prevenir nuevamente un horror como el vivido. Por otro lado, la Comisión Valech estaba destinado a investigar sobre la identidad de las personas víctimas de tortura y prisión política durante dictadura, proponiendo medidas de reparación de carácter simbólico y pecuniario a quienes no la hubieran recibido hasta ese momento. Ambas Comisiones fueron un gran aporte, pero ambas se caracterizaron por su confidencialidad, sin embargo, en el informe Rettig garantizó el acceso de esta información a Tribunales de justicia, a diferencia de la Comisión Valech donde mediante la ley N 19.992 estableció un secreto de cincuenta años acerca de la información ahí aportada inclusive a los tribunales de justicia. A pesar de esto el Instituto de Derechos Humanos (INDH), es quien posee estos antecedentes, quienes han

recibido denuncias de víctimas que declararon en él, que nunca se les informo este carácter de reserva. A pesar de esto el INDH, ha entregado información del Informe de Comisión Valech II, cuando estos son solicitados por tribunales. Claramente este carácter de reservado es la excepción, como es el caso de Uruguay, y cuando ha sucedido no es aplicable a las funciones de los tribunales de justicia.

Así es como podemos evidenciar que a pesar de los esfuerzos que se han realizado estos son insuficientes.

Además de los defectos de los Informe tratados anteriormente, podemos identificar que existe un espíritu de impunidad institucional que desea establecerse de ciertos sectores, como la vigencia del Decreto Ley No.2.191 de 1978 (Ley Auto Amnistía), que concedió amnistía a las personas que se vieran envueltas en delitos, como autores, cómplices o encubridores, que fueran perpetrados entre el 11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1978 sin distinguir entre delito comunes y delitos por motivos políticos. También la concesión de beneficios penitenciarios a condenados por crimines de lesa humanidad, y la participación en gobiernos y FFAA quienes fueron parte de este régimen en todas sus formas, como también el negacionismo¹⁵⁷.

Esto sin contar con el sistema penal en el que son tramitados actualmente los procesos llevados contra los agentes del estado involucrados en estos delitos, que por el periodo en el que fueron cometidos corresponde aplicar el sistema penal antiguo, sin embargo, estos debieran ser acelerados y más eficientes dentro de sus posibilidades, que exista voluntad política y judicial de parte del Estado en esclarecer y condenar con premura estos delitos de lesa humanidad, ya que la justicia que demora no es justicia, ejemplo de familiares o victimas que fallecen esperando justicia son muchas como es el caso de Ana González de Recabarren, así como también criminales que han vivido toda su vida sin rendir cuentas a la justicia, incluso muerto en la total impunidad.

¹⁵⁷ Boletín N°8049-17, [proyecto de ley] que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile.

Sin duda, durante y después de dictadura las expresiones de odio y de negacionismo fueron parte del diario vivir sobre todo para las víctimas sobrevivientes y familiares de aquellas que asesinadas, expresiones atroces como la proferida por el diario La Segunda en año 1974 que para referirse a los Detenidos Desaparecidos publicaron el titular “exterminados como ratones” que como bien expresa el profesor Manuel Guerrero, hijo también de una víctima de dictadura, se comienza un proceso de deshumanización de la víctima, porque una no se trataría de una persona, es un descalificativo que los expulsa de nuestra comunidad moral¹⁵⁸.

Por último, señala que el negacionismo acarrea “un daño provocado a la comunidad que traspasa con crecer a los cuerpos que conocemos como los dañados y a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. La transmisión de ese daño de manera transgeneracional muestra un alcance que va mucho más allá de quienes fueron los sobrevivientes directos o de los hijos e hijas de ellos”¹⁵⁹.

Otro ejemplo de negacionismo es el de la candidata a diputada por el partido UDI Loreto Letelier en septiembre del 2017 sobre el caso Quemados que data del año 1986, la cual negó hechos que ya fueron comprobados judicialmente mediante investigación, a través de su cuenta de Facebook afirmando: “Ellos mismos se quemaron antes de poder lanzar las bombas a un carro de uniformados”, calificándolos además de terroristas por Twitter¹⁶⁰. Esto es un grave desconocimiento, las condenas que han recibido los autores militares y policiales de este crimen, así como la investigación judicial llevada a cabo que cuenta con declaraciones de los propios autores desmintiendo que las víctimas portaban bombas molotov y que reconocen haber rociado con bencina y haber quemado vivos a Rodrigo Rojas y Carmen Quintana en una protesta contra la dictadura el año 1986.

¹⁵⁸ Boletín N° 14118-7, [proyecto de ley] que incorpora al Código penal el delito de negacionismo de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el periodo que indica la ley.

¹⁵⁹ Barrera, B., 2019. Universidad de Chile. [En línea] Disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/157637/como-frenar-el-negacionismo-el-debate-que-hoy-preocupa-a-los-ddhh> [consulta: 28 octubre 2021].

¹⁶⁰ COOPERATIVA. Loreto Letelier arremete otra vez por el caso quemados: “Yo no miento”. [en línea] Cooperativa. 13 de octubre, 2017. < <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/judicial/loreto-letelier-arremete-otra-vez-por-el-caso-quemados-yo-no-miento/2017-10-13/130420.html>> [consulta: 28 octubre 2021].

También se encuentra el episodio protagonizado en el Congreso por el diputado Urrutia, quien ya tiene historial en este tipo de declaraciones y que además ya fue tratada en el capítulo anterior, pero una de sus declaraciones que es pertinente recordada es aquella en la que se refirió a los exiliados y víctimas de los derechos humanos como “terroristas con aguinaldo”, que fue sancionada por la Comisión de Ética de la corporación¹⁶¹.

Cabe mencionar en el año 2018 el caso Mauricio Rojas quien fue Ministro de Cultura por cuatro días debido a las polémicas declaraciones en su libro publicado el año 2015 en colaboración con el ex canciller de Chile, acerca del Museo de la Memoria y Derechos Humanos calificándolo de “un montaje cuyo único propósito, que sin duda logra, es impactar al espectador, dejarlo atónito, impedirle razonar, es una manipulación de la historia. Es un uso desvergonzado y mentiroso de una tragedia nacional que a tantos nos tocó tan dura y directamente”¹⁶².

Uno de los eventos significativos en el impulso de una de las leyes antinegacionistas¹⁶³ en nuestro país fue el caso del homenaje a Miguel Krassoff Marchenko condenado por violaciones de derechos humanos en varios procesos, sumando hasta la fecha cerca de 700 años de cárcel por delitos de torturas, secuestro y homicidio¹⁶⁴. Este homenaje fue realizado el año 2018 en las dependencias de la Escuela Militar en el contexto de la primera olimpiada interpromociones de la institución, como consecuencia el director fue removido de su cargo y el retiro de la institución del hijo de Miguel Krassnoff del mismo nombre, quien había sido la persona que gestionó este homenaje. Sin embargo, se cuestionó la liviandad de las sanciones ya que ambos mantienen su rango y honores, teniendo en consideración además que el retiro de Krassnoff ya estaba siendo tramitado por otros motivos.

¹⁶¹ RIVAS, S. Op. cit, [en línea] <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/historial-polemicas-ignacio-urrutia-diputado-udi-se-burlo-la-interpeladora-hablar-mapudungun/440825/>> [consulta: 28 octubre 2021].

¹⁶² BBC NEWS MUNDO. Chile: El polémico comentario sobre el Museo de la Memoria por el que tuvo que dimitir el ministro de Cultura Mauricio Rojas. [en línea] BBC News. <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45176804>> [consulta: 28 octubre 2021].

¹⁶³ Boletín N°8080-07, [proyecto de ley sobre] sanciones a civiles y oficiales que rindan homenaje a personas condenadas por delito de lesa humanidad.

¹⁶⁴ EL MOSTRADOR. Nueva condena contra Miguel Krassnoff y otros dos ex agentes de la DINA por secuestro calificado de militante del MAPU en 1974. [en línea]

< <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/06/05/nueva-condena-contra-miguel-krassnoff-y-otros-dos-ex-agentes-de-la-dina-por-secuestro-calificado-de-militante-del-mapu-en-1974/>> [29 octubre 2021].

Otros episodios que se pueden considerar ataques a la verdad y la memoria histórica son los ataques a memoriales en sitios de memoria. Es así como el Estado tiene una responsabilidad en estos casos de velar por la dignidad y honor de las personas, contraídas a través de pactos internacionales que lo obligan a adoptar las medidas necesarias para velar por su cumplimiento. El no actuar es conceder, legitimar y aceptar este daño a la dignidad de las personas. No es posible que en la actualidad existan personas del mundo político, autoridades de gobierno, instituciones que deben velar por la democracia y el respeto por ella, que se hagan cómplices de las atrocidades cometidas en el pasado del país, que se burlen, afirmen mentiras sobre hechos que se han establecido como verdaderos por sentencias judiciales. Es así como el relator de las Naciones Unidas Louis Joinet destaca en materia de reparación en el contexto del Informe final elaborado y revisado en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos, en la etapa de reparación sobresale en el ámbito colectivo las medidas de carácter simbólico, a título de reparación moral a las víctimas de la violencia de Estado a cargo de éste¹⁶⁵, y en la etapa de garantía de no repetición, la destitución de los funcionarios públicos que participaron en crímenes de lesa humanidad como la reorganización de la misión de las organizaciones que los cobijaban¹⁶⁶.

4.2. Proyectos de Ley antinegacionistas en Chile.

4.2.1 Boletines N° 8049-17 y N° 8080-07

El año 2011 nacen dos iniciativas legislativas a consecuencia del episodio sucedido con Miguel Krassnoff ese mismo año, mociones contenidas en los boletines número 8049-17 y 8080-07, ambas presentadas el mismo día que se había fijado para el evento, la primera es promovida por el diputado Tucapel Jiménez conteniendo un artículo único que sanciona:

¹⁶⁵ Como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos.

¹⁶⁶ Boletín N°8080-07, [proyecto de ley sobre] sanciones a civiles y oficiales que rindan homenaje a personas condenadas por delito de lesa humanidad.

“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”.

El segundo proyecto presentada por la senadora Isabel Allende sobre sanciones a civiles y oficiales que rindan homenaje a personas condenadas por delitos de lesa humanidad, contiene dos artículos y uno transitorio, siendo el primero de interés con el fin de este trabajo:

Artículo 1º:

“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, patrocinar 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.”

Podemos desprender que en este artículo se sancionan dos conductas, por un lado, la realización de actos en honor u homenaje a personas que hayan sido condenadas por delitos de lesa humanidad, y por el otro el financiamiento o patrocinio con fondos fiscales este tipo de actos.

Ambas mociones se encuentran en el primer trámite constitucional, pero el proyecto presentado por el diputado Tucapel Jiménez que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile es el que ha tenido mayor repercusión y ha generado debate.

Respecto al proyecto de ley contenido en el boletín N° 8049-17, en su estudio especializado por la Comisión, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, se le

realizaron observaciones que nos revelan puntos relevantes a observar y tener en cuenta cuando de regular y sancionar el delito de negacionismo se trata. Algunos puntos son:

-La clásica discusión entre la garantía constitucional de la libertad de opinión frente a la tipificación de este delito. Como también plantea el Profesor de Derecho Penal Héctor Hernández la posibilidad de estar sancionando la discusión ideológica, lo que en definitiva mermaría discusiones político-históricas que se sucedieran en un futuro.

-En vista y considerando que el Derecho Penal se trata de una herramienta de última ratio, quizás convendría utilizar otra forma menos lesiva con los derechos fundamentales de las personas para castigar esta conducta.

-Posible peligro de ley penal en blanco, ya que existe poca claridad acerca de la calificación del hecho referido, no existe precisión ni una descripción detallada sobre la conducta que se va a sancionar.

- A la luz de los Derechos Humanos deben existir tipos penales como garantías de no repetición de las violaciones masivas y sistemáticas y el derecho a la verdad tanto de las víctimas como de la sociedad en su conjunto.

-No existe claridad del bien jurídico protegido, se describa más bien un objeto de protección general.

-Establecimiento de la verdad histórica estaría dada por una verdad judicial declarada, ya que es a partir de esta es que se comenzaría a definir cuando se estaría cometiendo el delito de negacionismo.

-Una ley de este tipo podría favorecer a reavivar discusiones del pasado y posibilitaría la división del país, ya que en el proyecto se menciona los delitos de lesa humanidad ocurridos en dictadura.

-Definición del carácter de delito de peligro abstracto o concreto: toda vez que en el caso de ser abstracto no se exigiría la acreditación de un resultado de peligro, sino que bastaría la mera conducta para cumplirse el supuesto, lo que tendría muchas consecuencias a posteriori. Ejemplo el caso de Alemania donde se exige que las declaraciones por causas racistas o xenófobas sean idóneas para alterar la paz¹⁶⁷.

Así también han surgido otras críticas al margen de la Comisión legislativo que plantean otras críticas como que la imputación de genocidio cometido en esa época responde a una apreciación política del pasado reciente, pero no a una clara definición jurídica, también que no se puede dejar que la verdad histórica la decidan la mayoría política que domine el parlamento en cierto período, por lo concluyen que la verdad histórica no corresponde establecerla por ley ni menos sancionar penalmente a quien la niegue, minimice, intente justificar o simplemente se atreva a discutirla¹⁶⁸.

Es así como luego en la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento se modificó el artículo, de alguna manera tratar de perfeccionar y despejar las dudas y reparos respecto al proyecto, como el peligro de un tipo penal en blanco, para cumplir con el principio de legalidad contemplada en el artículo 19 nro3 de la Constitución Política de la República, quedando de la siguiente manera:

“Artículo único.- El que públicamente negare hechos comprobados por sentencia judicial firme, referidas a delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, substracción 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

¹⁶⁷ Argumento por la cual el profesor Héctor Hernández que para este proyecto de ley no sería atinente tomar como ejemplo el derecho comparado.

¹⁶⁸ Informe Libertad y Desarrollo para la Comisión de Derecho Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile, de 21. 11. 2011 (B 8049-17).

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.”

Se describe y enumera tipos penales contemplados en el Código Penal que son los ilícitos más recurrentes en dictadura, además de la corrección de lenguaje en la redacción de la pena asignada, siendo la original del proyecto “pena de cárcel” modificada a “pena de presidio” que coincide con la denominación dada en el artículo 21 del Código Penal.

4.2.2 Boletín N° 9746-17.

El día 24 de noviembre de 2014 la diputada Karol Cariola en conjunto con agrupaciones de derechos humanos, presentaron un proyecto de ley para prohibir “homenajes y exaltación” a la dictadura cívico-militar vivida en nuestro país, el proyecto se llama “Ninguna calle llevará tu nombre”, contemplado en el boletín 9746-17. Este proyecto trata medidas antinegacionistas, monumentos públicos¹⁶⁹, financiamiento y educación.

Este proyecto nace a la luz debido que en la actualidad existe lugares que conmemoran de manera inadecuada a actores de delitos de lesa humanidad en época de dictadura y agentes de represión del régimen. Como lo son por ejemplo un busto en el Museo Marítimo y un navío de la Armada de José Toribio Merino Benítez, que la biblioteca de la Academia de Guerra lleve el nombre de Augusto Pinochet Ugarte, como la carretera austral, además de un monolito en la comuna de Cisnes. También es reprochable que existan nombres de calles y avenidas que homenajeen a colaboradores de la dictadura cívico militar como Almirante Gotuzzo, ex Ministro de Hacienda de la época o miembros de la Junta Militar como el General Oscar Bonilla¹⁷⁰.

En virtud de que existe mediano consenso de la comisión de estos delitos y de responsabilidad de las Fuerzas Armadas y la Junta Militar con relación al golpe militar es una razón más que suficiente para la existencia de una Ley de Memoria Histórica que impida la

¹⁶⁹ La prohibición de erigir monumentos públicos tiene sus antecedentes en la Ley de Memoria Histórica española, aunque esta es menos restrictiva que la propuesta en el proyecto.

¹⁷⁰ Boletín N°9746-17 [proyecto de ley] que prohíbe el homenaje y/o exaltación de la dictadura cívico-militar.

glorificación o enaltecimiento de quienes cometieron graves delitos contra la humanidad en Chile.

En el artículo 1º el proyecto busca que el Estado adopte medidas necesarias para impedir el homenaje y exaltación de la dictadura cívico militar, definiendo en su artículo 2 lo que el homenaje y exaltación¹⁷¹.

Por tanto, el proyecto sanciona tres tipos de conductas: (i) actos de honor, apología o alabanza, (ii) negacionismo y, (iii) justificación; todas ellas a su vez referidas a tres sujetos: a) perpetradores y colaboradores del golpe de Estado, b) Miembros originarios y reemplazantes de la Junta Militar, sus colaboradores y obra, c) Responsables de crímenes y delitos de lesa humanidad.

En el artículo 3 sanciona explícitamente “toda actividad de carácter público que tenga por objeto la exaltación u homenaje de la dictadura cívico-militar”. Lo que determina el carácter de público serían tres criterios alternativos: el financiamiento (financiado en todo o en parte con fondos públicos), publicidad (aquellos que siendo financiados completamente con fondos privados se efectúen mediante publicidad o medios de comunicación escritos, sonoros o audiovisuales), locación (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.

Ahora en el ámbito de los monumentos el artículo 4 y 5 prohíben al Consejo de Monumentos Nacionales autorizar la construcción de monumentos o instalación de símbolos de homenaje o exaltación a la dictadura.

¹⁷¹ Se entenderá por homenaje y/o exaltación de la dictadura cívico-militar, todo objeto o actividad que comprenda tanto actos de honor, apología o alabanza, como de negacionismo y justificación respecto del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, de sus perpetradores y colaboradores, tanto civiles como militares, de la Junta Militar impuesta desde el golpe de Estado, sus miembros originarios y reemplazantes, sus colaboradores y su obra, y de los crímenes y delitos de lesa humanidad que hayan sido cometidos por oficiales, subalternos y funcionarios de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, sean militares o civiles o por personas o instituciones que hubieren actuado por el Estado en cualquiera de sus formas, o desde cualquier cargo de gobierno hasta el día 11 de marzo de 1990.

Por su parte, en lo atinente a la educación se prohíbe al Ministerio de Educación (MINEDUC) que se incluya en sus programas materiales que explícita o implícitamente exalten u homenajeen la dictadura. También se encuentra prohibido referirse como “Presidente de la República” a cualquiera que haya sido parte de la Junta Militar, referirse a la dictadura como “Gobierno Militar”, “Régimen Militar” u otras expresiones que oculten o nieguen su existencia o que hagan apología o exaltación de los crímenes o delitos de lesa humanidad perpetrados en dicho periodo¹⁷².

En cuanto a las sanciones, las instituciones educativas que no cumplan las normas del proyecto no podrán tener reconocimiento del Estado¹⁷³, y personas naturales o jurídicas si no cumplen con la norma no podrán ser beneficiarias de los beneficios de normas de donaciones, ni de financiamiento público¹⁷⁴.

La tarea encomendada al MINEDUC referente a la conservación de la memoria no debe ser un impedimento a la investigación histórica, puesto que está protegida por la libertad de expresión, particularmente por la Convención Americana de Derechos Humanos (art 13.1), es así como la buena fe es la herramienta que se otorga para diferenciar entre apología o incitación al odio, y la investigación historiográfica y periodística¹⁷⁵.

También el proyecto establece que la contravención a las disposiciones será sancionada con presidio de tres años y un día a veinte años y multas de 500 a 3000 UTM, otorgando acción penal pública, acción civil¹⁷⁶ y legitimación activa a “toda persona que tenga un interés comprometido” y los organismos y organizaciones que se enumeran en el artículo 11¹⁷⁷.

¹⁷² Art. 6. Boletín N°9746-17.

¹⁷³ Art. 7. Boletín N°9746-17.

¹⁷⁴ Art 8 y 9. Boletín N°9746-17.

¹⁷⁵ MEZA-LOPEHANDIA, M. Proyecto de Ley de Memoria Histórica: legislación extranjera y derecho internacional. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2018. [en línea] <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22365/1/FINAL%20-%20Ley%20de%20Memoria%20Histórica.pdf>> [consulta: 10 enero 2022].

¹⁷⁶ Art 10 y 11. Boletín N°9746-17.

¹⁷⁷ Serán legitimados activos, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, los Comandos de Exonerados Políticos de la dictadura cívico-militar.

Se establece como procedimiento aplicable el simplificado establecido en el Código Procesal Penal, y el Ministerio Público no tiene potestad para aplicar el principio de oportunidad¹⁷⁸. En su artículo transitorio se da un plazo de 90 días para que las autoridades, incluidas las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, procedan a ajustar su infraestructura a las normas del proyecto.

Como comentario final, cabe apuntar que el rango penas de 3 a 20 años es bastante extensa lo que la haría aplicable para cualquier incumplimiento de las conductas sancionadas en el proyecto lo que podría desencadenar situaciones de desproporción en su sanción. También falta apuntar si estas sanciones serían aplicables también a los artículos transitorios¹⁷⁹.

4.2.3 Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín N°11424-17).

Este proyecto es presentado en el marco de la conmemoración de los 44 años del golpe, fue ingresado por iniciativa de la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet en el año 2017 la cual consta de tres artículos que modifican el Código Penal, tipificando el delito de incitación a la violencia, derogando el artículo 31 de Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo y finalmente, en el artículo 3 modifica la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

En lo relativo a la creación del nuevo artículo 161-C para sancionar la incitación a la violencia, en el artículo 1 del proyecto se exige una incitación directa a la violencia física que deber ser parte del conjunto de conductas sucesivas que llevan a la consumación del delito, conocido como el Itercriminis¹⁸⁰. Con esto se pretende penalizar la sola incitación a la violencia aun cuando aquellas conductas que se llamen a realizar no se lleven a cabo, es decir, en caso de

¹⁷⁸ Art. 13. Boletín N°9746-17.

¹⁷⁹ MEZA-LOPEHANDIA, M. Op. cit, [en línea] <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22365/1/FINAL%20-%20Ley%20de%20Memoria%20Histórica.pdf>> [consulta: 10 enero 2022].

¹⁸⁰ POLITOFF, S., MATUS, J.P, RAMÍREZ, M.C. 2009. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p.810.

que el delito se cometa por otra persona distinta a la que incitó esta violencia podría ser sancionado de igual manera en calidad de autor.

Luego se presentaron indicaciones sustitutivas por parte del segundo gobierno de Sebastián Piñera agregando la ideología, opinión política, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad¹⁸¹, y sugiriendo un cambio en la sanción por prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Junto con esto, se presentan otras normas a continuación que regulan forma de cumplimiento de este servicio comunitario, y reglas procesales como el procedimiento en el cual se conocerá ante tribunales de justicia este tipo de delitos. Agregando además el caso en que este delito sea cometido por funcionario público o con ocasión de cargo. Sin embargo, estas indicaciones no fueron acogidas en la Comisión de Derechos Humanos y pueblos originarios, sino que se introdujo un nuevo tipo penal para sancionar la incitación a la violencia tanto como la incitación al odio con penal de cárcel, esta indicación fue presentada por la Presidenta de la Comisión Carmen Hertz (Partido Comunista) afirmando que “no se puede justificar o negar las violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, que estén consignadas en los informes (Rettig y Valech) de las comisiones naciones que el propio Estado de Chile creó”¹⁸². Estos delitos serían castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales junto con la inhabilitada para el ejercicio de cargos públicos si la conducta es cometida por funcionario público¹⁸³.

Luego en marzo del año 2019 el gobierno vuelve a presentar indicaciones para evitar que se incluya el negacionismo y el nuevo delito de incitación al odio en el proyecto, las cuales fueron rechazadas en la Comisión. Es así como el proyecto es despachado a la Cámara incluyendo tres nuevos tipos penales: incitación a la violencia física, incitación al odio e incitación al negacionismo. Variando sus sanciones desde presidio a multas con agravantes en

¹⁸¹ Siendo el proyecto original será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales.

¹⁸² PRENSA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. Comisión de Derechos Humanos despachó proyecto que tipifica delito de incitación a la violencia. [en línea] Prensa cámara de Diputadas y Diputados. 20 de diciembre, 2018. <https://www.camara.cl/prensa/sala_de_prensa_detalle.aspx?prmid=135926> [consulta: 3 noviembre 2021].

¹⁸³ Primer informe de la Comisión de Derechos Humanos y pueblos originarios recaído en el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, de 19.12.2018 (B 11424-17).

caso de que estos delitos sean cometidos por funcionarios públicos, aumentándose en un grado la pena.

Así es finalmente como el 9 de enero de 2020 se aprueba en general el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia (Boletín N° 11424-17), no obstante haberse aprobado el artículo 1 referido a la incitación a la violencia y al odio¹⁸⁴, la norma que sanciona la incitación a la violencia física fue rechazada por no alcanzar los votos que se requerían de quórum calificado. Tampoco el delito de incitación al odio alcanzó la mayoría simple para su aprobación. También fueron rechazadas las modificaciones a las leyes sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo; y la que establece la responsabilidad penal de personas jurídicas en delitos de lavado de activos, financiamiento de terrorismo y cohecho.

Ahora bien, el delito de negacionismo fue aprobada con 75 votos, 66 en contra y 6 abstenciones. Quedando redactado el tipo de la siguiente manera:

“Artículo 161-D.- El que a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, consignadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, en el Informe de la Comisión de Prisión Política y Tortura, y en el Informe de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, sin perjuicio de los posteriores informes que sean reconocidos por el Estado sobre la materia, siempre que dichos actos perturben el orden público o bien impidan, obstruyan o restrinjan de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte de el o los ofendidos, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio¹⁸⁵ 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 la conducta la

¹⁸⁴ En el catálogo de los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados en la Constitución

¹⁸⁵ 541 días a 3 años.

hubiere realizado un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, y sufrirá la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo para cargos y oficios públicos”.

El día 20 de octubre de 2020, diputados de la bancada de Chile Vamos presentan un requerimiento de inconstitucionalidad por el proyecto de ley que tipifica como delito el negacionismo aduciendo que vulneraría la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y el principio de legalidad y tipicidad.

Argumentan que se estaría vulnerando la libertad de expresión, pues incorpora un delito que su conducta típica es ejercer la libertad de opinión, en conformidad al número 12 del artículo 19 de la Constitución y por tanto debió ser votada con quórum calificado y no simple como ocurrió, por tanto, el proyecto ya contendría un ocio originario imposible de rectificar que es haber sido aprobado sin respetar el quórum constitucional exigido para ello. Por tanto, los requirentes agregan que esta tipificación del negacionismo no satisface los estándares exigidos para que se trate de una limitación legítima y autorizada por nuestra Constitución.

Por otro lado, argumentan que se estaría infringiendo la igualdad ante la ley, porque si este proyecto lo que busca es resguarda como bien jurídico la dignidad y honra de las personas no puede fijar una diferencia arbitraria basada en establecer un “verdad histórica”. Por lo que la ley debiese garantizar la protección a toda persona de sus derechos humanos sin distinción del lugar y del período en que hayan sido cometidos¹⁸⁶.

Por último, argumentan que se vulnera el principio de legalidad y tipicidad, ya que la descripción del delito no es exacta para determinar qué se cumple el principio de tipicidad, por lo que no entregaría seguridad jurídica a las personas para saber con antelación y a ciencia cierta que están cometiendo un delito, abriendo un abanico de posibles interpretaciones de los tribunales, lo que termina contraviniendo el artículo 19 nro.3 de la Constitución.

¹⁸⁶ Aplicando el aforismo jurídico *ubi eadem est ratio, eadem est o debent esse juris dispositio*, es decir, donde hay la misma razón, debe aplicarse la misma disposición del Derecho.

Este requerimiento ante el Tribunal Constitucional fue acogido con votos disidentes. En primer lugar, sobre la denuncia de infracción de quórum, el pleno de ministro estuvo por acoger la alegación, pues existía un vicio constitucional en la votación en la Cámara de Diputadas y Diputados del artículo único del proyecto de ley, vulnerando el artículo 19 nro. 12 en relación con el artículo 66 de la Constitución¹⁸⁷.

Respecto al argumento que el proyecto de ley se desvincula con sus ideas matrices infringiendo el artículo 69 de la CPR, fue acogida por el Tribunal. También con voto dirimente de la Presidenta del Tribunal.

Finalmente, acerca de la vulneración a la libertad de expresión el Tribunal acogió los argumentos. Sin embargo, los Ministros Pozo y Pica decidieron rechazar el requerimiento deducido en lo relacionado con este punto. Ministro García y Ministra Silva no se pronunciaron respecto de esto, basado en que existe un vicio formal del proyecto de ley relativo al quórum de la votación.

4.2.4 Proyecto de ley que sanciona el delito del negacionismo de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período de dictadura.

A pesar de este fracaso en el órgano constitucional, el martes 23 de marzo de 2021 el senador Latorre presenta un proyecto de ley que busca tipificar el delito de negacionismo para aquellas personas que públicamente nieguen, justifiquen, minimicen, haga apología o glorifiquen los delitos de lesa humanidad que acaecieron durante la dictadura en Chile.

Este proyecto vendría a subsanar algunos de los vicios alegados ante el tribunal constitucional, argumentando, en palabras del Senador, que este proyecto está construido en miras de un “cambio cultural, a la educación de los derechos humanos, donde le ofrecemos al juez que revise los casos de negacionismo para que pueda tener alternativas de sanción”¹⁸⁸. Esta

¹⁸⁷ Ministro Pica estuvo por rechazar la inconstitucionalidad de lo alegado.

¹⁸⁸ DIARIO UCHILE. Contra el negacionismo: senador Latorre presenta nuevo proyecto tras caída del anterior en el TC. [en línea] Diario Uchile. 3 de marzo, 2021. <<https://radio.uchile.cl/2021/03/23/contra-el->

sanción podría ser desde multas de 10 a 40 UTM, hasta la facultad del juez que castigue a la persona culpable con la prestación de servicio a la comunidad, siempre relacionado con la educación en derechos humanos y otros actos que contribuyan con cumplir con la garantía de no repetición de los delitos de lesa humanidad. El senador también argumenta que este tipo de leyes antinegacionistas no son nuevas y que es un debate constante el límite entre la libertad de expresión y estas normas.

En el proyecto se exige que exista “la intención de deshonrar o menospreciar a las víctimas de dichas violaciones o sus familiares, pudiendo esta circunstancia ser apreciada por un juez valorando las circunstancias y el contexto en que estas expresiones tomen lugar”¹⁸⁹.

Una vez presentado la Sala acuerda que el proyecto sea revisado por la Comisión de Constitución y de Derechos Humanos del Senado, encontrándose actualmente el proyecto en su primer trámite constitucional.

[negacionismo-senador-latorre-presenta-nuevo-proyecto-tras-caida-del-anterior-en-el-tc/>](#) [consulta: 4 de noviembre 2021]

¹⁸⁹ Boletín N° 14118-7, [proyecto de ley] que incorpora al Código penal el delito de negacionismo de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el periodo que indica la ley.

Capítulo V: Tipificación del Negacionismo y posibles riesgos

La discusión acerca de si penalizar o no el negacionismo no ha sido pacífica, ni para los países que ya lo contemplan en su legislación, ni para aquellos que aún se encuentran en el debate si debe o no ser sancionado, y esto no responde a una sola causa común, ejemplo claro es España país que a pesar de que ya tipificó el delito de negacionismo, las discusiones acerca de si es o no constitucional se prolongaron por años, y cuando al fin se pensó que se había resuelto con el fallo del Tribunal Constitucional el año 2007, una nueva reforma en el año 2015 vuelve a traer a la palestra la discusión sobre la constitucionalidad del delito.

En esta sección presentaré algunos peligros o resquemores que se han formulado por parte de la doctrina y jurisprudencia internacional respecto a la penalización del delito del negacionismo, así como también las posibles soluciones o contra argumentos que se han esgrimido a favor de él.

5.1 Los riesgos de penalizar el negacionismo

5.1.1 Libertad de expresión

Muchos países han afrontado de manera diversa la legislación de este delito penal como analizamos en el capítulo anterior países con los casos de Francia, España y Alemania, todos con una redacción distinta, pero con el mismo fin, que es resguardar los grupos vulnerables susceptibles de ser discriminados. Pero la discusión ha llegado a las doctrinas de estos mismos países que debaten acerca de la constitucionalidad de los preceptos, principalmente debido a la aparente colisión que existe con el derecho de la libertad de expresión recogida en las constituciones de los países analizados.

Ya se analizó en otros capítulos anteriores de este trabajo la colisión que se genera entre el delito del negacionismo con el derecho de la libertad de expresión consagrada en distintos

instrumentos internacionales como también en nuestra Constitución Política razón por la que en esta sección no me referiré a ella.

5.1.2 Naturaleza del bien jurídico protegido.

Cuando se analizó la STC núm. 235/2007 del Tribunal Constitucional español, se expuso acerca de la naturaleza difusa del bien jurídico que se protege con el delito del negacionismo, y esto también se concluye debido a que los países analizados no presentan un único bien jurídico, y menos uno similar para todas las legislaciones, es aquí donde se desencadena una lata discusión respecto de cuál es el bien jurídico a proteger.

Al respecto, Teruel Lozano afirma que existen dos modalidades ofensivas de este tipo de discurso, en primer lugar una lesión directa de bienes jurídicos ideales por su carácter insultante, como el honor o la dignidad humana y por otro lado una puesta en peligro de bienes jurídicos como forma de provocación, como que consecuencia de este discurso se tradujera en un acto violento contra personas, o también de bienes supraindividuales como el orden público¹⁹⁰, la paz pública y la seguridad nacional.

5.1.2.1 Memoria histórica como bien jurídico-penal.

Se ha postulado a la memoria histórica como un bien jurídico-penal nuevo en este espectro de bienes clásicos que se han utilizado en algunas legislaciones como la dignidad humana o el honor. Sin embargo, como casi todo lo relacionado al negacionismo, es bastante controvertido, y hay autores que creen que no es posible que la “verdad histórica” o la “memoria colectiva” puedan constituir un bien jurídico penal, aunque la incorporación de este delito fomente la protección de la “memoria histórica”¹⁹¹.

¹⁹⁰ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.526.

¹⁹¹ *Ibíd*em, p.526-527.

Maurice Halbwachs, estudioso de la memoria, postula que hay dos memorias, una memoria interior, personal o autobiográfica y una exterior, social o histórica. La memoria autobiográfica se basa en la segunda, debido a que la personal es parte de la historia en general y la memoria histórica a su vez es una extensión más amplia que la primera. La memoria histórica se entiende como una sucesión de eventos recordados por la historia nacional¹⁹².

La memoria histórica se construye en base a los conceptos de memoria e historia, la memoria está determinada por “las exigencias existenciales de las comunidades para las cuales la presencia del pasado en el presente es un elemento esencial de la construcción de su ser colectivo” a diferencia de la historia que se enmarca en el saber universal aceptable que está sometido a procedimientos científicos¹⁹³, debido a esto es que la memoria histórica tiene un gran carga afectiva y valoración personal, por tanto tiene un carácter subjetivo a diferencia de la historia que está sometida a leyes y rigor científico¹⁹⁴. También la memoria histórica se concibe como una memoria integral, que posee varias perspectivas: humana, social, legal y política. No se puede prescindir de ninguno de estos aspectos para hablar de ella ya que sin la dimensión social nos referiríamos solo a memorias individuales y déficits humanitarios, sin abarcar la dimensión legal se ignoraría la perspectiva de los derechos humanos y se estaría respaldado la lógica de la impunidad, y sin la política no habría comprensión acerca de las razones de fondo de todo lo pertinente a las relaciones de poder, los intereses predominantes en juego, los roles de las instituciones y los conflictos entre ideologías¹⁹⁵.

Vemos que se trata de un concepto complejo que abarca varias ciencias humanas de las que no es posible escindirla de ellas sin que pierda su esencia.

Aún más explicativa parece la definición entregada por la COPREDEH¹⁹⁶ acerca de la memoria histórica a fin de comprenderla como un bien jurídico merecedor de protección penal,

¹⁹² *Ibíd.*, p. 67.

¹⁹³ MARTÍNEZ, J. Mirada a los espejos ¿Por qué la recuperación de la memoria histórica? *En*: Instituto de Transformación de Conflictos para la Construcción de la paz en Guatemala. La recuperación de la memoria histórica y sus dilemas. Guatemala, Universidad Rafael Zandívar. p.5.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p.6.

¹⁹⁵ *Ídem*.

¹⁹⁶ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos.

la que la define como “el cúmulo de experiencias de un pueblo (...) es el esfuerzo consciente de algunos grupos humanos por encontrarse con su pasado para conocer, explicar y valorar sucesos que conformaron su propia historia”¹⁹⁷.

La profesora Emanuela Fronza considera que, según las cartas fundamentales de los países y los tratados internacionales, los legisladores están imposibilitados para instaurar como delito que repriman ideas consideradas peligrosas, en vez de un hecho, comprendido como ofensa a los bienes jurídicos, ya que esto sería ir contra la naturaleza democrática y plural del sistema jurídico democrático. Solo podría perseguirse a las personas por lo que hacen, por las acciones en las que el peligro de una lesión se manifiesta como un hecho, pero no por lo que son, dicen o quieren¹⁹⁸, las personas deben considerarse como ciudadanos reconociéndoles una esfera de autonomía privada que el derecho penal no puede invadir. Lo anterior se ve contrariado por el delito del negacionismo ya que justamente lo que se penaliza es una conducta que está determinada “por la concreción de una peligrosidad típica de las ideas”¹⁹⁹. Por tanto, se concluye que el Derecho Penal no puede interferir en la esfera de las ideologías si no representan el inicio de una actividad ejecutiva tentativa de una lesión de bienes jurídicos²⁰⁰. Y retomando la memoria histórica como bien jurídico digno de protección, es que según la autora no es función del derecho penal establecer una determinada versión de la historia y de hechos históricos, el penalizar las conductas negacionistas irían en contra de los principios constitucionales del derecho penal, como la prohibición de penalizar el ejercicio de los derechos de libertad y los principios de taxatividad, proporcionalidad y, en especial la subsidiariedad²⁰¹.

En razón del área que abarca el negacionismo es preciso aclarar que se trata de un plano ideológico, donde destacan las respuestas emocionales e irracionales, siendo estas de carácter subjetivo, y en base a eso es que la autora concluye que el derecho penal no puede sancionar la inmoralidad como única razón de intervención del aparato estatal, por más impresentables que parezcan las afirmaciones, ya que debido a la estructura de los Estados democráticos y un

¹⁹⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA. Memoria histórica. [en línea] <https://memoriahistorica.minjusticia.gob.cl/memoria_historica-2/> [consulta: 10 enero 2022].

¹⁹⁸FRONZA, E. Op. cit, p.137.

¹⁹⁹ Ibídem, p. 138.

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ Ibídem, p.139.

derecho penal laico, la norma penal no debe ser el instrumento con el que se proteja a la memoria o promoción de una cierta ideología, ya que terminaría contrariando a la misma norma en materia del respeto de las libertades fundamentales que se pretenden proteger con ella. Para la autora no es posible identificar el bien protegido por las normas que sancionan el negacionismo con la verdad histórica, ya que nadie tiene el deber de ella, y, por otro lado, al sancionar el negacionismo se está ubicando al juez en una posición de juez de la historia²⁰².

5.1.3 Bienes jurídicos supraindividuales.

También se ha criticado que el delito de negacionismo proteja bienes jurídico-penales de naturaleza supraindividuales como el orden público, paz pública, el ya discutido clima de tranquilidad pública (tratado como clima de hostilidad) y también bienes propios de los delitos contra la Comunidad Internacional como la “seguridad existencial” de los grupos sociales²⁰³. No cabe duda alguna que para restringir la libertad de expresión, entendida como derecho fundamental reconocido constitucionalmente, estos bienes jurídicos deben ser precisos y nítidos bajo toda mirada, así la doctrina ha estimado que el orden público puede ser reconocido como un límite a la libertad de expresión siempre y cuando produzca efectivamente alteraciones en la seguridad pública, de esta forma desechar todas las nociones subjetivas que lo configuran como un simple sentimiento de “tranquilidad pública”²⁰⁴. De aquí es que existe una postura a rechazar los “delitos de clima” que abogan por resguardar el orden público, puesto que supondría un adelanto del juicio de ofensividad, al castigar por una acción que se considera idónea para lesionar, y no por un peligro real y cierto, que vendría a ser este resultado lesivo²⁰⁵, se castiga por la verificación de la idoneidad ofensiva de la acción sin importar si realmente se ha ocasionado el peligro en concreto. Así el “resultado lesivo temido” es esta probable perturbación social o la generación de un “clima de hostilidad”²⁰⁶, y debido a esto es que se podría entender como una especie de derogación del principio de ofensividad con meras funciones preventivas²⁰⁷.

²⁰² *Ibíd*em, p.140.

²⁰³ TERUEL LOZANO, G. *Op. cit.*, p.536.

²⁰⁴ *Ídem*.

²⁰⁵ *Ibíd*em, p. 573.

²⁰⁶ *Ibíd*em, p. 574.

²⁰⁷ *Ibíd*em, p. 582.

5.1.4 Jueces como árbitros de la historia

Otro peligro que se vislumbra al sancionar las conductas negacionistas, es que los jueces terminen convirtiéndose en árbitros de la historia, y esto se debe principalmente a que en algunos casos los tribunales deben determinar si el “discurso negacionista” que está siendo objeto del juicio constituye una “auténtica” contribución “científica” o en caso contrario una falsificación de la historia, si bien no se inmiscuyen en la historia ni en el método científico usado, deben determinar el ámbito delimitado por la libertad científica y para este fin deben verificar si se ha aplicado el método científico²⁰⁸, lo que se reduce a la práctica al uso de las pruebas periciales que verifiquen si el trabajo en disputa reúne o no las características propias de una investigación científica²⁰⁹. Un ejemplo claro es el de la legislación francesa que sanciona el negacionismo donde se exige que los crímenes en cuestión hayan sido ejecutados por personas u organización que hayan sido condenados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg aplicando el artículo 9 del Estatuto o por algún tribunal francés o internacional. Identificando la verdad histórica con la verdad judicial²¹⁰.

5.1.5 Déficit de taxatividad de las acciones típicas del negacionismo.

Un resquemor no menor es el que también presenta la deficiente taxatividad de las acciones típicas relacionadas con el delito de negacionismo, aquí cabe hacer la distinción que hace la Decisión Marco europea para evitar confusiones a efecto de lo que desarrollaré a continuación entre la acción típica y el objeto referencia de estas mismas que deberá ser un tipo de “crimen”.

La acción típica, según la Decisión Marco europea, pueden ser las conductas de “apología”, “negación o “trivialización” (flagrante), las dos primeras son el núcleo central que se refieren un genocidio pasado. Por un lado, el “negar” se trata de afirmar que ciertos hechos no existieron y por otro lado la “trivialización” que pueden contemplar minimizaciones de

²⁰⁸ *Ibíd*em, p. 546-547.

²⁰⁹ *Ibíd*em, p. 547.

²¹⁰ FRONZA, E *Op. cit.*, p.131.

carácter cuantitativo o relativizaciones de carácter cualitativo de los hechos sucedidos, pues si bien no niegan directamente lo acontecido si logran desvirtuarlos o al menos existe esa intención. La condición de estas conductas para ser penalizadas es que deben ser graves o flagrantes²¹¹. Por otro lado, la “apología” es una conducta que reviste un grado de identificación con el crimen aún mayor que la sola aprobación o justificación, puesto que lleva envuelta la acción de “ensalzar” o “alabar” el crimen o sus autores²¹².

Así este déficit de taxatividad en la acción supondría una debilidad al momento de limitar una libertad tan importante como la de expresión, puesto que tratándose de acciones tan amplias y genéricas terminan perjudicando o disuadiendo las investigaciones de carácter revisionista de estos crímenes que pudieran estar protegidas además por la libertad académica²¹³.

5.1.6 Imprecisa limitación de objeto de negación.

De la mano con la preocupación anterior al legislar conductas de carácter negacionista es la amplitud que podrían tener los crímenes objeto de la negación. Siguiendo la Decisión Marco, establece en dos letras distintas las conductas sancionadas, primero destaca los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en los términos de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional²¹⁴ y luego “los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945²¹⁵. Lo relevante en este punto es que la acción típica (como negación o aprobación) se refieran a: a) ciertos crímenes contra la Comunidad Internacional y b) que se trate de crímenes efectivamente cometidos²¹⁶. La duda que podría generarse es si acaso podría haber conductas negacionistas de delitos cuando se traten en abstracto a tales crímenes contra la Humanidad, aunque no se refirieran a delitos ya cometidos²¹⁷.

²¹¹ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.552-553.

²¹² Ibídem, p. 554.

²¹³ Ibídem, p.555.

²¹⁴ Art. 1.1 c.

²¹⁵ Art.1.1 d.

²¹⁶ TERUEL LOZANO, G. Op. cit, p.556.

²¹⁷ Ídem.

A modo de cierre de este punto es señalar que existen legislaciones que por un lado en su regulación se tipifican conductas de II Guerra Mundial castigando solo crímenes cometidos por el régimen nacional socialista y los que sancionan los crímenes de régimen soviético; y por otro lado los países que sancionan cualquier crimen contra la Comunidad Internacional que siguen lo recomendado por la Decisión Marco europea²¹⁸.

5.2 Rebate a las críticas de la tipificación del negacionismo y posibles soluciones.

Sin duda que los argumentos presentados anteriormente deben considerarse a la hora de penalizar el negacionismo sin caer en vicios que finalmente traigan consecuencias más dañinas que el discurso mismo. Pero también es pertinente en este trabajo presentar razones por las cuales el negacionismo debe ser sancionado por la ley chilena.

En el apartado anterior analizamos varios aspectos problemáticos relacionados al delito del negacionismo los cuales pueden salvarse tomando ciertos resguardos a la hora de penalizarlo y que a continuación procederé a explicar.

5.2.1 Falta de taxatividad.

Se critica la falta de taxatividad de las acciones típicas relacionadas con el delito del negacionismo, el cual podría subsanarse como ya lo ha previsto la ley francesa, al limitar las hipótesis de punibilidad solo a los crímenes de lesa humanidad establecidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuestión que también zanja Alemania al introducir una cláusula genérica que dispone la atipicidad de aquellas conductas que se consideren en ejercicio de la libertad científica²¹⁹.

5.2.2 Juez como árbitro de la historia.

²¹⁸ Ídem.

²¹⁹ Ibídem, p. 547.

Acerca de la crítica que considera que al tipificar el negacionismo se le está dando el rol de juez de la “verdad histórica”, podemos responder que esta sanción es muy distinta a la aprobación o desaprobación de hechos históricos por diferentes razones, primero se refieren a crímenes de lesa humanidad, que tienen un propósito específico en relación a la historia y la memoria, se refieren a opiniones que están promoviendo odio, por lo que no son solo reprochables moralmente sino que también son ilícitas por ser contrarias al orden público, y finalmente las decisiones de los jueces se basan en hechos históricos establecidos y la actividad judicial no debe levantar más críticas que cuando aprecian la difamación o el indulto hacia las personas²²⁰.

5.2.3 Naturaleza del bien jurídico.

Pero sin duda que la crítica más compleja de la cual me haré cargo a continuación es acerca de la naturaleza difusa del bien jurídico protegido y su importancia a la hora de limitar el derecho fundamental de la libertad de expresión, debiendo tratarse de una acción que genera tal daño en la víctima que haga necesaria la actuación del derecho penal, deben ser conductas que generen un riesgo cierto y concreto a las personas que pertenecen a grupos susceptibles de ser foco de este tipo de discursos, cuestión que genera gran problemática a la hora de definir cuál es el criterio para determinar qué bien jurídico-penal a proteger, y el grado de lesividad o daño que le produce tal conducta.

5.2.3.1 Criterios para determinar bien jurídico-penal susceptible de protección.

Fuera de la discusión de la individualización del bien jurídico protegido por el delito del negacionismo, es relevante en cualquier caso determinar primeramente que requisitos debe poseer un bien jurídico-penal, así se encuadran dos exigencias, la suficiente importancia social y la necesidad de protección del Derecho Penal²²¹.

²²⁰ BLOCH, P. Op. cit, p.638.

²²¹ MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. 8ºed. Barcelona, Reppetor, 2006. p.209.

En primer lugar, la importancia social del bien digno de tutela jurídico-penal debe condecirse con la gravedad de las consecuencias que acarrea la aplicación del Derecho Penal, y debido a esto es que solo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida en sociedad merecen transformarse en normas penales, así solo estas infracciones vendrían a considerarse como delitos. He aquí donde surge el debate más complejo que es lo referido a qué interés debe ser protegido y en consecuencia que conducta debe ser criminalizada, y al tratarse de una cuestión valorativa es que se dan ciertas pautas para apoyar la discusión²²².

La Constitución política de los países reconoce ciertos bienes jurídicos que entrega criterios relevantes a la hora de analizar si nos encontramos frente a un interés fundamental para la vida social que sea merecedor de penal, sin embargo, la función primordial de estas es establecer las bases fundamentales del ejercicio del Poder político, por tanto estos bienes jurídicos están dispuestos en la Constitución para fijarlos como límites a los poderes público pero también impone el deber de sancionar penalmente la vulneración de estos bienes²²³. No obstante, estas consideraciones, hay que señalar la importancia que tiene en este estudio los fines que la política criminal persigue²²⁴, y es aquí donde considero que está la discusión acerca de qué bien jurídico penal está protegido por el delito de negacionismo.

Otro criterio para determinar si debe resguardarse penalmente un interés social que aún no lo está o despenalizar un bien hasta ahora penal, es compararlo con los bienes jurídicos-penales que no merecen mucha discusión, aquellos que han perdurado en el paso de los siglos, los que sin lugar a dudas afectan en mayor medida y directamente a las personas²²⁵, lo que no descarta que puedan nacer o descubrir nuevos intereses colectivos fundamentales que se han abierto paso por el transcurso del tiempo y la evolución social.

Respecto a la valoración de los intereses colectivos, hay dos enfoques a adoptar, uno es el punto de vista de su importancia para el sistema social, y otro es valorarlos en función de su

²²² *Ibíd*em, p. 210.

²²³ *Ídem*.

²²⁴ *Ibíd*em, p. 211.

²²⁵ *Ibíd*em, p. 212.

repercusión en los individuos²²⁶. Los Estado social demócrata suscriben al segundo enfoque, así la valoración de la importancia de cierto interés colectivo requerirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración, sin embargo surge la interrogante acerca de si la extensión del interés de gran parte de la sociedad ha de llevar a concluir que pueda convertirse en objeto del Derecho Penal, lo que nos puede llevar al riesgo en el que muchos Estados sociales, debido a su enfoque en el orden colectivo, se encaminen en lo que se denomina hipertrofiar el Derecho penal²²⁷, sin acudir a los sanciones administrativas que podrían imponerse y así solo utilizar el aparato penal en casos más graves.

Como último criterio a considerar para determinar si debe resguardarse penalmente un interés social, encontramos el grado concreto de afectación de bien que se va a proteger, debido a que en ocasiones se clasifican los bienes por clase genérica, como la salud y la propiedad, categorías amplias y bastante abstractas, lo que no nos dice mucho al momento de penalizar conductas, de esta forma es sumamente necesario atender si se estima suficiente o no la concreta entidad del bien afectado²²⁸.

El segundo requisito al que debemos atender al momento de escoger el bien jurídico penal a proteger es la necesidad de protección penal del mismo, uno al que no le sea suficiente la protección que se le pueda brindar vía administrativa o civil²²⁹.

Pero estos criterios resultan insuficientes al tratarse del delito de negacionismo debido a que es un tipo penal nuevo con características particulares que no está limitado a lo jurídico, sino que trasciende aspectos políticos, históricos e incluso éticos, sumado a que se trata de un tipo penal nunca antes tratado en nuestro ordenamiento jurídico.

5.2.3.2 Criminología del Daño Social.

²²⁶ Ídem.

²²⁷ *Ibidem*, p. 213.

²²⁸ *Ibidem*, p. 214.

²²⁹ *Ibidem*, p. 215.

Para abordar mejor este análisis es necesario adoptar un punto de vista autónomo y externo de la criminología crítica, aquel que hace referencia al daño social, mediante el cual se puede investigar, además de ver la existencia de crímenes que no están previstos como delitos en ningún ordenamiento penal. Esto conlleva a la resignificación de la ofensividad (lesividad) y reformas procesales que garanticen el juzgamiento de los poderes supranacionales y la configuración de una opinión pública en esa dirección (prescriptivo)²³⁰. Con esta visión es posible analizar de manera integrada el negacionismo, dejando de lado el estrecho análisis legista y construir el daño de manera que permita plantear la legitimidad de la intervención penal²³¹.

Como ya expuse en el primer capítulo de esta tesis, el negacionismo se establece como un continuador del fenómeno del genocidio, una última etapa puesto que se presenta en los modos de representar y narrar esa experiencia de aniquilamiento, donde los verdugos o perpetradores de este genocidio buscan esquivar su responsabilidad en tales crímenes encubriendo las atrocidades cometidas. Esta negación funciona para destruir el grupo que ha sido víctima de los crímenes, limpiando incluso la memoria de que ellos han existido²³². Se trata de un proceso de destrucción, pero ya no material sino en el ámbito simbólico, en el plano de la memoria, se busca desbaratar las relaciones sociales que mantenían aquellas personas aniquiladas, como también el contenido simbólico de la lucha por la memoria del genocidio que llevan a cabo los sobrevivientes y familiares, y por último las políticas públicas estatales de reconocimiento²³³. Lo que subyace tras estas conductas es la intención de constituir una legitimación y justificación del genocidio, invisibilizándolo por completo.

Es importante distinguir entre delito de opinión y de expresión, según el tipo de práctica negacionista de la que se trate ya que pueden darse dos respuestas distintas, tenemos por un lado el negacionismo academicista y por el otro las expresiones negacionistas individuales²³⁴.

²³⁰ THUS, V. Daño Negacionista y Derecho Penal: Resignificando la Lesividad en el siglo de los genocidios. *Revista Jurídica de la Universidad Palermo*. (2): 31-54, 2020. p.33

²³¹ *Ibíd*em, p.34.

²³² *Ibíd*em, p.36.

²³³ *Ídem*.

²³⁴ *Ibíd*em, p.8.

En el caso del negacionismo academicista cabe señalar la importancia de destacar que existe un derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz como realización de la libertad de expresión, es decir, la libertad de producción científica, como una manera de concreción de la libertad de expresión puede amparar todo tipo de investigación cuando el método de la disciplina que corresponda contribuya al conocimiento de la humanidad, incluso cuando a las conclusiones que pueda llegar puedan ser calificadas como absurdas o falsas²³⁵. Por el contrario, si lo que se pretende es solapar mediante esta figura otros propósitos como negar o trivializar crímenes de lesa humanidad no alcanzaría ni a existir un conflicto de bienes jurídicos entre la libertad científica y otros derechos afectados, puesto que se estaría aprovechando del discurso científico para disfrazar una pretensión ilegítima y prohibida normativamente²³⁶. No ocurre lo mismo en los casos de negacionismo de los hechos a título individual, aquí no es necesario que concurra ningún requisito de veracidad para que tenga protección constitucional. Si bien bajo este parámetro el negacionismo academicista pudiera verse limitado por el hecho de que la información que se proporcione sea veraz, no se contempla el mismo límite en el caso del negacionismo individual pudiendo estar amparado por los supuestos de “libertad de expresión”²³⁷.

Según el principio de lesividad, la afectación del bien jurídico solo se produce si se afecta materialmente a otro individuo y además conlleva una dañosidad social, esto es que el daño trascienda esa relación de víctima y victimario y su propio daño²³⁸. Así la configuración del daño está dada en dos aspectos, una es la afectación a la dignidad humana de las víctimas, y el otro el daño mediato a la sociedad en general.

La dignidad de las personas se ven afectadas por estos discursos negacionistas puesto que se invisibilizan los crímenes cometidos en contra de las víctimas, se revive el dolor de los familiares de ellas, se humilla a los sobrevivientes, perpetuando el silencio como mecanismo institucionalizado. Ante este peligro es que es necesaria la construcción del daño negacionista

²³⁵ BORJA GIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa: La respuesta del Derecho Penal*, Granada, Ed. Comares, 1994, p. 364.

²³⁶ THUS, V. Op. cit, (2020). p.39.

²³⁷ *Ibídem*, p.40.

²³⁸ *Ídem*.

como afectación inmediata a la dignidad humana de las víctimas y a la vez entender la dignidad en relación con la libertad de expresión e igualdad sociológica que tiene como objeto los modos de evitación de humillación y el derecho que tienen las víctimas de los crímenes de Estado de vivir en un ambiente libre de discriminación, hostigamiento y violencia²³⁹.

Waldron, autor ya estudiado en el segundo capítulo, distingue entre la ofensa y la dignidad, y comprende que la primera, aunque sean dolorosas no justificarían el delito del negacionismo, no así la dignidad que sería justamente lo que las leyes deben proteger cuando se sancionan los discursos de odio, entendiendo la dignidad como un derecho básico de las personas consideradas como miembros de la sociedad.

5.2.4 Derecho a la memoria.

Las conductas negacionistas afectan a la sociedad en diversas aristas, pero la relevante para este estudio es aquella afectación a los recuerdos de los crímenes cometidos y sus víctimas, lo que está íntimamente relacionado con el derecho a la memoria.

El derecho a la memoria supone un reconocimiento de la dignidad y la propia personalidad, está definido necesariamente de manera relacional entre el sujeto titular y el colectivo social que dota de sentido a esa aceptación y construcción de la individualidad, se entiende como un derecho vinculado al concepto de ciudadanía y que está en constante articulación entre lo individual y lo colectivo²⁴⁰.

Este derecho integra normativamente la categoría de reparación a las víctimas de manera integral, incluyendo no solo la compensación económica, sino que también aspectos simbólicos que tienen como objeto la satisfacción plena y equitativa, que se traducen muy bien en las políticas de memoria²⁴¹. En política de reparación, las medidas simbólicas, en su modalidad de

²³⁹ *Ibíd*em, p.42.

²⁴⁰ *Ibíd*em, p.44.

²⁴¹ GÓMEZ ISA, “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos”, en *El derecho a la memoria*, Bilbao, Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, Ed. Alberdania S.L., 2004, p. 24.

satisfacción, algunas relacionadas con políticas de memoria son importante para las víctimas y para la sociedad, porque tienden a rectificar el imaginario político y social en que se tiene que incorporar las víctimas. Por eso, la satisfacción es uno de los elementos más importantes en el proceso de reparación, porque abarca cuestiones simbólicas que están relacionadas al imaginario colectivo y la memoria, se trata de un catálogo de medidas que se pueden utilizar para elaborar una adecuada política de memoria como parte integrante del programa de reparaciones a las víctimas²⁴².

Como vimos, los discursos negacionistas afectan el derecho a la memoria, y es por esto que es necesario que los estados sancionen estas conductas para garantizar el reconocimiento y la reparación de las víctimas, y este reconocimiento de las víctimas pasa por asumir su perspectiva, actuar garantizando sus derechos a la verdad, a la justicia y reparación. De esta manera podemos entender qué fue lo que las convirtió en víctimas y comprender la visión política de las estrategias negacionistas²⁴³.

5.2.5 Derecho a la verdad.

El derecho a la verdad se sitúa como un derecho enmarcado en el debido proceso y las garantías judiciales, según el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por lo que está estrechamente vinculado al acceso a la justicia, a las garantías judiciales efectivas y a la obligación de investigar, aunque con medios y finalidad distinta²⁴⁴.

La finalidad del derecho a la verdad es la obtención del bien jurídico deseado que es el saber qué pasó, cómo, cuándo y por qué, y eso en materia de derechos humanos puede tardar más tiempo que el de una investigación común, como la de cualquier otro delito debido a las características particulares de estos crímenes²⁴⁵, cuestión que sin duda es necesaria como parte de la batería de reparaciones que debe recibir la víctima y/o sus familiares.

²⁴² THUS, V. Op. cit, (2020). p.47

²⁴³ Ídem.

²⁴⁴ ROJAS, G. El derecho a la Verdad. Estudios Constitucionales. (2): 263-304, 2016. p.268.

²⁴⁵ Ibídem, p.270.

El derecho a la verdad si bien no es reconocido de manera explícita como un derecho autónomo, sí se reconoce normativamente en primer lugar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como ya expuse en los párrafos anteriores, pero también tiene otros reconocimientos como nuestra Constitución política en el artículo 19 N° 3, el racional y justo procedimiento en el uso se enmarca el derecho a la verdad, además del inciso 2° del artículo 5° que integra los derechos de fuentes externas como internas. También se reconoce el derecho a la verdad con la existencia de las “comisiones de verdad” cuyo objetivo es establecer la historia lo más fidedigna posible²⁴⁶, en Chile se establecieron varias, la “Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, la “Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”, la “Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura” y la “Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura”, las cuales aportaron con pruebas concretas para ayudar a las investigaciones judiciales.

Lo relevante del derecho a la verdad, es que se trate un derecho que se relaciona con la historia y cultura de los pueblos, no se trata solo del crimen en particular, sino que trasciende a la sociedad y como analizamos con anterioridad, a su memoria colectiva, admitiendo como titular ya no solo a la víctima y sus familiares sino a la sociedad entera incluyendo a la comunidad internacional²⁴⁷.

Si bien el derecho a la verdad puede no bastar por sí sola para fundamentarlo como un bien jurídico-penal suficiente para sustentar la penalización del negacionismo, sí merece estar tratado al menos junto al derecho a la memoria histórica, puesto que lo que aquí trasciende y que es lo que subyace a ambos derechos es la dignidad humana, que también ha sido postulada como bien jurídico-penal a proteger con el delito de negacionismo.

²⁴⁶ *Ibíd.*, p. 290.

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 283.

Capítulo VI: Conclusión

El negacionismo es una problemática que se ha expandido por el mundo, ya no solo teniendo como objetivo las víctimas del Holocausto nazi, sino que va tomando distintos focos según la realidad de cada país, como es el caso de Chile, en el cual el objeto de negación son los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempos de dictadura cívico-militar.

Los países europeos se han hecho cargo con grandes esfuerzos de esta tendencia negacionista, que se expandió luego del Segunda Guerra Mundial y que comenzó a sancionarse a partir de la década de los noventa. Los países han legislado de manera diferente el negacionismo, con más o menos precisión, generando un gran debate sobre diversos puntos, como la constitucionalidad del precepto relacionado con el derecho a la libertad de expresión, pero no ha sido el único reparo que se ha presentado, también se ha dicho que este tipo de delito no tiene un bien jurídico penal claro, que existe déficit de taxatividad en la acción penal o falta de definición en su objeto. Sin embargo, estos temores o peligros de sancionar el negacionismo pueden ser disipados, y sobre todo deben ser sancionados por parte del estado los discursos negacionistas que sean peligrosos para la convivencia y el futuro del país en construcción luego del retorno a la democracia. Estos temores no deben ser un motivo para no sancionar el negacionismo en nuestro sistema, la mayoría de las críticas están sentadas bajo un paradigma liberal que no ha sido actualizado con los años, es por esto que en este estudio tiene relevancia la criminología del daño social como una nueva perspectiva para analizar este tipo de delitos tan complejos y novedosos, porque el daño que se produce no solo repercute en la víctima sino en la sociedad entera, y merece ser estudiado con estos nuevos enfoques. De ahí que en este estudio se presentan como bienes jurídico-penales la memoria histórica y la verdad, como una nueva forma de formular el delito del negacionismo.

El negacionismo debe ser tipificado y sancionado en Chile, como una forma de reparación a las víctimas y/o familiares de ellas que han tenido que vivir las atrocidades que impuso la dictadura, el silencio, la negación, la minimización y la ridiculización sistemática que vivieron en esta época, pero este sufrimiento no terminó ahí, sino que se expandió en los gobiernos de transición hasta el día de hoy por no existir normas que regulen los discursos de negacionistas.

Vemos que en nuestro país los procesos penales llevados en contra de los perpetradores de crímenes contra los derechos humanos de la dictadura han sido extremadamente lentos y largos, muchos familiares, víctimas, y autores de crímenes fallecen antes de que se pronuncie la sentencia, no satisfaciendo el derecho a la justicia y la verdad que tienen las víctimas y familiares.

La pena asociada a los delitos de negacionismo, como mínimo, debiera establecer una pena pecuniaria y servicios comunitarios enfocados en la educación y difusión de Derechos Humanos, la cual debería tener consideración a la hora de la determinación de la pena la posición que detenten los autores, sobre todo aquellos que detenten cargos importantes en la política nacional. Junto con esto también deben penalizarse, como lo plantea el Boletín N°9746-17, la realización de homenajes y/o exaltación de la dictadura cívico-militar, como el boletín detalla.

En una sociedad democrática son inaceptables los discursos negacionistas, estos construyen una narrativa de lo sucedido impuesto por los perpetradores de los crímenes forjando políticas de olvido y es irrisorio pensar que dejando de hablar, de esconder, de omitir la verdad histórica de Chile durante el período histórico de dictadura será posible una reconciliación nacional, pues esta reunificación, no será una realidad sino se toman las medidas necesarias para dar garantías de no repetición.

No basta con las medidas que se han tomado hasta el día de hoy, se deben dejar de aceptar y dejar pasar discursos negacionistas como los expuestos en este trabajo pues solo profundizan la fractura inicial.

Es deber del Estado chileno que existan políticas que apunten a la verdad, con el objetivo de crear una memoria histórica como país que logre sentar las bases de una nueva sociedad respetuosa con los derechos humanos y la democracia.

Es clave en estas circunstancias acabar con las tergiversaciones de los hechos ocurridos en dictadura, dejar de relativizar los asesinatos, de homenajear a quienes participaron en

violaciones a los derechos humanos, y es necesario contar con normas que respalden el rechazo generalizado de la sociedad hacia estos discursos.

Chile tiene el deber de tomar una posición firme ante los casos de negacionismo que van generando climas de odio en contra de un sector determinado de la población, como una forma de comenzar a sentar las bases de una sociedad democrática respetuosa de los derechos humanos y en conjunto reparar el tejido social que se vió destruído en este periodo oscuro de nuestra historia como país.

Bibliografía.

Libros y artículos.

- ALASTUEY, C. Discurso del Odio y Negacionismo en la Reforma del Código Penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (18-14): 1-38, 2016.
- BILBAO, J. La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. *Revista de Derecho Político*, (71-72): 19-56, 2008.
- BRODSKY, R. Negacionismo y Libertad de Expresión. [en línea] COOPERATIVA. 20 de diciembre, 2018. <<https://opinion.cooperativa.cl/opinion/politica/negacionismo-y-libertad-de-expresion/2018-12-20/085709.html>> [consulta: 10 septiembre 2019].
- BLOCH, P. Response to Professor Fronza's The Punishment Of Negationism (30): 627-643, 2006.
- DÍAZ, J. Una aproximación al concepto de odio. *Revista de Derecho del Estado*. (34): 77-101, 2015.
- ESQUIVEL ALONSO, Yéssica. El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuest. Const.* [en línea]. 2016, n.35 [consulta: 12 de agosto, 2021], pp.3-44. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000200003&lng=es&nrm=iso
- FAJARDO, M. El bibliocausto chileno: cuando los libros se convirtieron en peligro público. [en línea] *El Mostrador*. 26 de agosto, 2013 <<https://www.elmostrador.cl/cultura/2013/08/26/el-bibliocausto-chileno-cuando-los-libros-se-convirtieron-en-peligro-publico/>> [consulta: 27 de septiembre 2021].
- FRONZA, E. ¿El delito de negacionismo? Instrumento penal como guardián de la memoria. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. (5): 97- 144, 2011.
- GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- LAURENZO COPELLO, P. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Revista de Estudios penales y criminológicos* (19): 221-288, 1996.

- LORETI, D y LOZANO, L. Tensiones entre la libertad de expresión y protección contra la discriminación: la incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre el rol del Estado, Buenos Aires, Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina, 2012.
- LUTHER, J. El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (5): 247-295, 2008.
- MAYOR, T. Los negacionistas del Holocausto. *Revista de Historia y Ciencias Sociales* (293): (1-31), 2012.
- MEZA-LOPEHANDIA, M. Proyecto de Ley de Memoria Histórica: legislación extranjera y derecho internacional. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2018. [en línea] <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22365/1/FINAL%20-%20Ley%20de%20Memoria%20Histórica.pdf>> [consulta: 10 enero 2022].
- MEZA-LOPEHANDIA, M. Negacionismo y libertad de expresión. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2018. [en línea] <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26825/1/BCN2018_Negacionismo_y_libertad_de_expresion.pdf> [consulta: 20 enero 2021]
- OSORIO GARCIA, Sergio Néstor. JOHN RAWLS: UNA TEORIA DE JUSTICIA SOCIAL SU PRETENSIÓN DE VALIDEZ PARA UNA SOCIEDAD COMO LA NUESTRA. *rev.relac.int.estrateg.segur.* [en línea]. 2010, vol.5, n.1 [consulta: 20 de agosto, 2021], pp.137-160.Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632010000100008&lng=en&nrm=iso>.
- POLITOFF, S., MATUS, J.P, RAMÍREZ, M.C. 2009. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- POZZO, M. Pluralismo cultural y educación: el caso canadiense. *Educ. Rev.* (2): 257-283, 2012.
- RAMOS, J. La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art.607.2 del Código Penal). *Revista Penal* (23): 120-137, 2009.
- RIBADERO, Martín. El discurso social: Los límites históricos de lo pensable y lo decible. *Prismas* [online]. 2011, vol.15, n.1 [citado 2022-01-10], pp.241-243.

Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-04992011000100007&lng=es&nrm=iso> [consulta: 15 junio 2021].

- ROSENFELD, M. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: Análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional* Año XI. (11): 153-198, 2003.
- SINEAEVA-PANKOWSKA, N. How to understand and Confront Holocaust Denial. *Thematic Leaflet* (2): 1-8, 2008.
- THUS, V. Daño Negacionista y Derecho Penal: Resignificando la Lesividad en el siglo de los genocidios. *Revista Jurídica de la Universidad Palermo*. (2): 31-54, 2020.
- THUS, V. El anti negacionismo jurídico: derecho internacional vs. Derecho local. Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos. *Pensar en Derecho*, 2 (2): pp. 81-121. 2013.
- 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. 2014.
- TORRES, N y TARRICO, V. Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos. Centro de Estudios de Libertad de Expresión y Acceso a la Información. 1-24, 2009.
- TURIENZO, A. El delito de negación del holocausto. *InDret Revista para el análisis del derecho* (1): 1-42, 2015.
- WALDRON, J. *The Harm in Hate Speech*, London, Harvard University Press, 2012.
- ZAFFARONI, E. Décimo segunda conferencia: Las últimas palabras o el desbande (I), La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2011.

Sitios web.

- ARTÍCULO 19. Los principios de Camden sobre libertad de expresión e igualdad. 2009. [en línea] <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf>> [consulta: 14 junio 2021].

- ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO. Introducción al Holocausto. 2018. [en línea] <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/introduction-to-the-holocaust>> [consulta: 19 noviembre 2021].
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Minuta legislativa sobre negacionismo. 2011 [en línea] Instituto Nacional de Derechos Humanos. <<http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/71>> [consulta: 22 enero 2022].
- MEMORIA VIVA. 2020. Berguer Guralnik Carlos. [en línea] <<https://memoriaviva.com/nuevaweb/ejecutados-politicos/ejecutados-politicos-b/berger-guralnik-carlos/>> [Consulta: 5 julio 2021].
- MEMORIA CHILENA. Plan Zeta. [en línea] <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-96802.html>> [Consulta: 10 marzo 2021].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del español jurídico [En línea] <<https://dle.rae.es/?w=Negacionismo>> [consulta: 9 septiembre 2019].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del español jurídico [En línea] <<https://dle.rae.es/revisionismo>> [consulta: 11 enero 2021].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario del español jurídico [En línea] <<https://dle.rae.es/odio>> [consulta: 14 abril 2021].

Informes.

- ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Plan de Acción de Rabat. 2013. [en línea] <https://www.ohcr.org/Documents/Issues/Opinión/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf> [consulta: 14 junio 2021].
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso. 2013. [en línea]

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf. [consulta: 29 septiembre 2021].

- Informe Libertad y Desarrollo para la Comisión de Derecho Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile, de 21. 11. 2011 (B 8049-17).
- Primer informe de la Comisión de Derechos Humanos y pueblos originarios recaído en el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, de 19.12.2018 (B 11424-17).
- RELE-OEA. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 2015. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>> [consulta: 27 agosto 2021].

Noticias en línea.

- 24 HORAS. “No entiendes de fútbol, eres mujer”. El comentario machista que indigna en redes sociales. [en línea] 24 HORAS. 27 de agosto, 2020 <<https://www.24horas.cl/deportes/futbol-internacional/no-entiendes-de-futbol-eres-mujer-el-comentario-machista-que-indigna-en-redes-sociales-4415085>> [consulta: 27 septiembre 2021].
- ADN RADIO. Haitiano fue apuñalado por la espalda en terminal pesquero en Lo Espejo. [en línea] ADN RADIO. 25 de mayo, 2017. <<https://www.adnradio.cl/nacional/2017/05/25/haitiano-fue-apunalado-por-la-espalda-en-terminal-pesquero-de-lo-espejo-3473831.html>> [consulta: 5 junio 2021].
- Barrera, B., 2019. Universidad de Chile. [En línea] Disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/157637/como-frenar-el-negacionismo-el-debate-que-hoy-preocupa-a-los-ddhh> [Último acceso: 28 octubre 2021].
- BBC NEWS MUNDO. Chile: El polémico comentario sobre el Museo de la Memoria por el que tuvo que dimitir el ministro de Cultura Mauricio Rojas. [en línea] BBC News.

- <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45176804>> [consulta: 28 octubre 2021].
- DIARIO UCHILE. Contra el negacionismo: senador Latorre presenta nuevo proyecto tras caída del anterior en el TC. [en línea] Diario Uchile. 3 de marzo, 2021. <https://radio.uchile.cl/2021/03/23/contra-el-negacionismo-senador-latorre-presenta-nuevo-proyecto-tras-caida-del-anterior-en-el-tc/>> [consulta: 4 de noviembre 2021].
 - DIARIO UCHILE. Diputado Urrutia califica de “terroristas con aguinaldo” a víctimas de DDHH. [en línea] Diario UCHILE. 19 de abril, 2018. <https://radio.uchile.cl/2018/04/19/diputado-urrutia-udi-califica-de-terroristas-a-victimas-de-dictadura/>> [consulta: 27 septiembre 2021].
 - DIARIO UCHILE.UDI busca bloquear anuncio sobre matrimonio igualitario del Gobierno. [en línea] Diario Uchile. 2 de junio, 2021 <https://radio.uchile.cl/2021/06/02/udi-busca-bloquear-anuncio-sobre-matrimonio-igualitario-del-gobierno/>> [consulta: 14 julio 2021].
 - DURAN, L. Amenazas de muerte al árbitro que se declara homosexual: “Prepárate para lo que viene marica” [en línea] El Mundo. 13 de septiembre, 2016 <https://www.elmundo.es/deportes/2016/09/13/57d705abe5fdea80468b4614.html> > [consulta: 14 julio 2021].
 - EL DESCONCIERTO. Tres mujeres fueron apuñaladas en la marcha por el #AbortoLibre en Santiago. [en línea] El Desconcierto en internet. 25 de julio, 2018. <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2018/07/25/tres-mujeres-fueron-apunaladas-en-la-marcha-por-el-abortolibre-en-santiago.html>> [consulta: 14 junio 2021].
 - EL MOSTRADOR. Nueva condena contra Miguel Krassnoff y otros dos ex agentes de la DINA por secuestro calificado de militante del MAPU en 1974. [en línea] < <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/06/05/nueva-condena-contra-miguel-krassnoff-y-otros-dos-ex-agentes-de-la-dina-por-secuestro-calificado-de-militante-del-mapu-en-1974/>> [29 octubre 2021].
 - MUÑOZ, J. Miles de manifestantes sirios incendian las embajadas de Dinamarca y Noruega. [en línea] El País. 4 de febrero, 2006. https://elpais.com/diario/2006/02/05/internacional/1139094007_850215.html> [consulta: 9 agosto 2021].

- EL PAÍS. El Constitucional ampara a Friedman frente a la "incitación antijudía" del ex jefe de las SS Degrelle. [en línea] El País. 11 de noviembre, 1991. <https://elpais.com/diario/1991/11/12/espana/689900410_850215.html> [consultado el 25 de noviembre de 2021].
- LA NUEVA ESPAÑA. Ahmadineyad afirma en la conferencia del Holocausto que Israel “está en declive”. [en línea] LA NUEVA ESPAÑA. 13 de diciembre, 2006. <<https://www.lne.es/internacional/2006/12/13/ahmadineyad-afirma-conferencia-holocausto-israel-21964251.html>> [consulta: 20 marzo 2021].
- LA VANGUARDIA. Cuando el Ku Klux Klan se hizo pasar por feminista. [en línea] La Vanguardia. 9 de noviembre 2020. <<https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20201107/790787/ku-klux-klan-feminista.html>> [consulta: 11 junio 2021].
- MEZA, A. #StopAsianHate, el movimiento que rechaza los ataques contra asiáticos en EE. UU. [en línea] France24. 23 de marzo, 2021. <<https://www.france24.com/es/programas/revista-digital/20210323-stopasianhate-movimiento-ataques-odio-asiaticos-eeuu>> [consulta: 11 junio 2021].
- PRENSA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. Comisión de Derechos Humanos despachó proyecto que tipifica delito de incitación a la violencia. [en línea] Prensa cámara de Diputadas y Diputados. 20 de diciembre, 2018. <https://www.camara.cl/prensa/sala_de_prensa_detalle.aspx?prmid=135926> [consulta: 3 noviembre 2021].
- RIVAS, S. El historial de polémicas de Ignacio Urrutia, el diputado UDI que se burló de la interpeladora por hablar en mapudungun. [en línea] <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/historial-polemicas-ignacio-urrutia-diputado-udi-se-burlo-la-interpeladora-hablar-mapudungun/440825/>> [consulta: 14 julio 2021].

Normativa Consultada.

- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

- Código Penal chileno.
- Código Penal español.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes.
- Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convención para la Prevención de Sanción del Delito de Genocidio.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Proyectos de ley.

- Boletín N°14118-7, [proyecto de ley] que incorpora al Código penal el delito de negacionismo de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el periodo que indica la ley.
- Boletín N°8080-07, [proyecto de ley sobre] sanciones a civiles y oficiales que rindan homenaje a personas condenadas por delito de lesa humanidad.
- Boletín N°9746-17, [proyecto de ley sobre] que prohíbe el homenaje y/o exaltación de la dictadura cívico-militar.
- Boletín N° 11424-17 [proyecto de ley sobre] que tipifica el delito de incitación a la violencia.

Jurisprudencia.

- Tribunal Constitucional Español, resolución N° 235/2007, 14 de noviembre de 2007.

- Tribunal Constitucional Español, resolución N° 159/2007, 16 de diciembre de 1986.
- Tribunal Constitucional Español, resolución N° 199/1987, de 16 de diciembre de 1987.