



2020

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Roll 9529-2020

[19 de noviembre de 2020]

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO
ÚNICO DEL PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO DE
INCITACIÓN A LA VIOLENCIA, CONTENIDO EN EL BOLETÍN N° 11.424-

17

GRUPO DE HONORABLES DIPUTADAS Y DIPUTADOS DE LA
REPÚBLICA

VISTOS:

Con fecha 20 de octubre de 2020, a fojas 1, las Honorables Diputadas y Diputados de la República, Jorge Alessandri Vergara; Sebastián Álvarez Ramírez; Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Ramírez; Sandra Amar Mancilla; Nino Baltolu Rasera; Ramón Barros Montero; Bernardo Berger Fett; Sergio Bobadilla Muñoz; Álvaro Carter Fernández; José Miguel Castro Bascuñán; Sofía Cid Versalovic; Juan Antonio Coloma Álamos; Luciano Cruz-Coke Carvallo; Catalina Del Real Mihovilovic; Eduardo Durán Salinas; Francisco Eguiguren Correa; Camila Flores Oporto; Tomás Andrés Fuentes Barros; Juan Fuenzalida Cobo; Sergio Gahona Salazar; Ramón Galleguillos Castillo; René Manuel García García; Javier Hernández Hernández; María José Hoffmann Opazo; Harry Jürgensen Rundshagen; Issa Kort Garriga; Carlos Kuschel Silva; Aracely Leuquén Uribe; Karin Luck Urban; Javier Macaya Danús; Patricio Melero Abaroa; Celso Morales Muñoz; Camilo Morán Bahamondes; Cristhian Moreira Barros; Francesca Muñoz González; Nicolás Noman Garrido; Iván Norambuena Farías; Luis Pardo Sáinz; Leopoldo Pérez Lahsen; Pablo Prieto Lorca; Guillermo Ramírez Diez; Jorge Rathgeb Schifferli; Rolando Rentería Moller; Hugo Rey Martínez; Leonidas Romero Sáez; Gustavo Sanhueza Dueñas; Frank Sauerbaum Muñoz; Diego Schalper Sepúlveda; Renzo Trisotti Martínez; Virginia Troncoso Hellman; Francisco Undurraga Gazitúa; Ignacio Urrutia Bonilla; Osvaldo Urrutia Soto; Cristóbal Urruticoechea Ríos; Enrique Van Rysselberghe Herrera y



Gastón Von Mühlenbrock Zamora, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, han deducido ante esta Magistratura, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3º, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la totalidad del artículo único del proyecto de ley que *“tipifica el delito de incitación a la violencia”*, contenido en el boletín N° 11.424-17;

I. TRAMITACIÓN DEL REQUERIMIENTO

El Pleno de esta Magistratura Constitucional, en resolución que rola a fojas 423, de 28 de octubre de 2020, acogió a trámite el requerimiento. Luego, en resolución de 30 de octubre del mismo año, a fojas 443, lo declaró admisible y ordenó ponerlo en conocimiento de S.E. el Presidente de la República, del H. Senado y de la H. Cámara de Diputados, para que en su calidad de órganos constitucionales interesados y dentro del plazo de cinco días formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes sobre la materia.

Por su parte, en la aludida resolución de fojas 443, se decretó audiencia pública, recibándose inscripciones a tal efecto en plazo que precluyó el día 2 de noviembre de 2020, inscribiéndose once personas naturales y jurídicas para exponer sobre el conflicto constitucional de autos, celebrándose dicha audiencia el día 4 de noviembre de 2020, de forma previa a la vista de la causa.

El listado de organizaciones y sus correspondientes expositores fue el siguiente:

N°	EXPOSITOR	INSTITUCIÓN
1	Alicia Lira Matus	Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP)
2	Haydee Oberreuter Umazabal	Corporación Agrupación de Familiares de Ex Prisioneros Políticos Fallecidos Chile
3	Marta Inés Cordero Zúñiga	Ministerio Cristiano Comunitario Somos Padres
4	Johannes Maximilian Kaiser Barents-Von Hohenhagen	Fundación de Estudios Sociales y Políticos Voz Nacional o “Voz Nacional”
5	Vicente José Hargous Fuentes	Corporación Comunidad y Justicia
6	Andrea Iñiguez Manso	Fundación Cuide Chile
7	Sebastián Aylwin Correa	Partido Comunes
8	José Carlos Meza Pereira	Corporación de Beneficencia Acción Republicana



9	Henry Boys Loeb	Fundación Conservadora de Chile
10	Sebastián Zárate Rojas	Asociación Nacional de la Prensa (ANP)
11	Enrique Aldunate Esquivel	Bancada de Diputados del Partido Socialista

A fojas 463, con fecha 3 de noviembre de 2020 se decretó como medida para mejor resolver oficiar a la Honorable Cámara de Diputadas y Diputados, a efectos de que se sirviera remitir certificación de las votaciones recaídas en la tramitación legislativa del proyecto de ley que “*tipifica el delito de incitación a la violencia*”, contenido en el Boletín N° 11.424-17, tanto en su votación general como particular, indicando los quórum constitucionales que fueron exigidos según cada caso. Asimismo, se solicitó se certificara cuál era el quórum calificado específico los días de la votación, tanto general como particular, del referido proyecto de ley, conforme al artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Rola a fojas 477 informe evacuado en respuesta por el señor Miguel Landeros Perkic, Secretario General de la Cámara de Diputados.

Con fecha 3 de noviembre de 2020, a fojas 469, S. E. el Presidente de la República, se hizo parte en la causa, evacuando posteriormente traslado a fojas 484, con fecha 4 de noviembre de 2020.

A fojas 1088, el día 5 de noviembre de 2020, se trajeron los autos en relación, teniendo lugar la vista de la causa en Sesión de Pleno de igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

II. NORMAS IMPUGNADAS

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales las siguientes normas:

“Artículo único. - Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1. *Agrégase en el Libro II, Título III “DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS QUE AFECTAN LOS DERECHOS GARANTIDOS POR LA CONSTITUCIÓN”, un nuevo párrafo VI, del siguiente tenor:*

“VI. Del negacionismo y otros delitos contra la honra y dignidad de las personas.”.

2. *Incorpórase el siguiente artículo 161 D:*



“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 él o los ofendidos, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales.

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

III. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EN EL REQUERIMIENTO. ALEGACIONES DE LAS PARTES

El libelo se estructura, analizando en primer lugar los antecedentes de hecho del proyecto de ley cuya constitucionalidad se cuestiona.

Para tales efectos refiere que con fecha 4 de septiembre de 2017, el Gobierno de Chile, a través de un mensaje presidencial suscrito por la entonces Presidenta Sra. Michelle Bachelet Jeria y los entonces Ministros y Ministras de Secretaría General de la Presidencia, Sr. Gabriel de la Fuente Acuña, de Secretaría General de Gobierno, Sra. Paula Narváez Ojeda y de Justicia y de Derechos Humanos, Sr. Jaime Campos Quiroga, ingresó a tramitación en la Cámara de Diputados el proyecto de ley que *“Tipifica el delito de incitación a la violencia”*, contenido en el Boletín N° 11.424-17, cuyo propósito era sancionar penalmente a quienes inciten públicamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima.

Explica que originalmente se le asignaba al delito la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de que el delito fuera cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, la pena corporal se aumentaba en un grado, y la multa se aplicaba en su grado máximo. Asimismo, el proyecto derogaba el artículo 31 de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del periodismo e incorporaba el delito de incitación a la violencia dentro de la esfera de la responsabilidad penal de personas jurídicas, consagrada en la Ley N° 20.393.



Exponen que la iniciativa se fundamentaba en la existencia de apologías del odio que constituyen una incitación de tal magnitud, que pueden desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo, proponiéndose una sanción penal para aquellos discursos que generen la incitación ya mencionada.

Del ingreso del proyecto se dio cuenta en la Sala de la Cámara de Diputados el día 6 de septiembre de 2017, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Tras ello, en igual fecha, fue derivado para su discusión en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en donde fue objeto de tres distintos informes, los que contemplaron indicaciones y modificaciones tanto de resorte parlamentario, como del Poder Ejecutivo.

Un primer informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados fue evacuado con fecha 19 de diciembre de 2018, mientras que un nuevo primer informe (que enmendaba errores y efectuaba añadiduras al anterior) lo fue con fecha 24 de abril de 2019.

Destacan los requirentes, a tales efectos, la indicación presentada por la Honorable Diputada Carmen Hertz, que tipifica el llamado delito de “negacionismo” y que fue aprobada por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, incluyéndose como numeral 4) del artículo primero del proyecto sometido a consideración de la Sala de la Cámara de Diputados.

Con fecha 9 de enero de 2020 fue aprobado en general el aludido nuevo primer informe, presentándose a la iniciativa distintas indicaciones en la sala de la Cámara de Diputados, las que fueron remitidas para su discusión en la Comisión de antes referida.

Este nuevo informe contemplaba cuatro artículos y, de conformidad a lo dispuesto en el número 12 del artículo 19 de la Constitución, se procedió a estimar únicamente su artículo segundo como de quórum calificado que derogaba el artículo 31 de la ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

Expone que tras haber sido considerada dicha norma como de quórum calificado, se procedió a votar en general el proyecto, votando primero los artículos 1°, 3° y 4° y posteriormente el artículo 2° (en virtud del quórum especial aludido). Hecho aquello, los artículos 1°, 3° y 4° fueron aprobados en general con 76 votos afirmativos (sólo requerían quórum simple). Por su parte, el artículo 2° obtuvo 73 votos a favor, 45 votos negativos y hubo 18 abstenciones de votación, siendo rechazado en general por no haber alcanzado el quórum calificado requerido.

En la tramitación del proyecto en segundo trámite reglamentario en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, la Honorable Diputada Carmen Hertz presentó una indicación que realizó



modificaciones a la tipificación del delito de negacionismo, agregando un nuevo artículo 161-D en el Código Penal, en términos que se explicitan a fojas 9 y 10 del libelo.

Refiere la requirente que este segundo informe reglamentario de fecha 19 de agosto de 2020 contenía 4 artículos, ninguno de los cuales fue considerado como de quórum calificado.

Luego, con fecha 22 de septiembre de 2020, la Sala de la Cámara de Diputados discutió y aprobó en particular el proyecto de ley, incluyendo en el texto aprobado y despachado al Senado, en el numeral 2 del artículo 1º, la tipificación del negacionismo ya mencionada. Dicha norma fue calificada como de quórum simple y aprobada por 75 votos a favor, 66 votos en contra y 6 abstenciones. A su vez, el numeral 1 del artículo 1º fue aprobado por 80 votos a favor, 56 votos en contra y 10 abstenciones.

Afirma así que la aprobación de los dos numerales mencionados da forma a la actual redacción del proyecto, introduciendo un nuevo Párrafo VI al Título III del Libro II del Código Penal, a la vez que incorpora un nuevo artículo 161 D al mismo cuerpo legal, siendo rechazados por distintas votaciones los restantes artículos y numerales.

En consecuencia, el proyecto de ley contempla actualmente un artículo único que, por su parte, introduce dos modificaciones al Código Penal mediante dos numerales distintos.

La iniciativa se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional en el Senado de la República, debiendo iniciarse su estudio en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El capítulo segundo del requerimiento se desarrolla exponiendo los antecedentes de derecho que sostienen los vicios de constitucionalidad de que adolece el actual texto del proyecto de ley en cuestión.

I. De conformidad a lo dispuesto en artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, el numeral 2 del artículo único del proyecto, en su actual redacción, debió haber sido considerado como de quórum calificado. En consecuencia, fue aprobado sin respetar el quórum constitucional requerido para ello

El numeral 2 del artículo único del proyecto de ley, en su actual redacción, tipifica un delito que genera responsabilidad penal en base al ejercicio de la libertad de opinión. Consagra la denominada figura penal de “negacionismo”, que, según expone, ha tenido un profuso tratamiento en los sistemas jurídicos europeos a partir de la sanción penal a quienes manifiestan opiniones o ideas de justificación, aprobación o negación de los hechos del holocausto ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial, pero que, a la fecha, es inexistente en nuestro sistema jurídico,



pretendiendo con su implementación sancionar a quienes manifiestan opiniones o ideas de justificación, aprobación o negación de los hechos ocurridos en Chile entre 1973 y 1989.

Al tenor del artículo 19 N° 12 de la Constitución, la libertad de emitir opinión, sin censura previa, puede generar responsabilidad, también de naturaleza penal, al incurrirse en un delito o abuso en el ejercicio de dicha libertad. No obstante, las leyes que consagren esos delitos o abusos, deben ser de quórum calificado, por lo que el legislador, a la hora de tipificar e introducir un delito que genere responsabilidad penal debido al ejercicio de la libertad de opinión, requiere para su aprobación la anuencia de dicho quórum.

El texto del actual numeral 2 del artículo único del proyecto, que incorpora un nuevo artículo 161 D al Código Penal, fue objeto de dos votaciones:

- i. Con fecha 9 de enero de 2020, fue aprobado en general por 76 votos a favor, como numeral 4 del artículo primero del proyecto.
- ii. Con fecha 22 de septiembre de 2020, fue aprobado en particular por 75 votos a favor como numeral 4 del artículo primero del proyecto.

Por ello, su aprobación, tanto en general, como en particular, no respetó el quórum de tipo calificado exigido, vulnerando con ello la protección de la libertad de opinión, vicio originario que no puede ser saneado, ni enmendado durante la restante tramitación del proyecto de ley.

De haberse calificado correctamente la norma, se habría rechazado en general, por no alcanzar el quórum de al menos 78 votos requerido para su aprobación (sólo obtuvo 76), siendo posible hablar de un hipotético rechazo en general que irroga un vicio de constitucionalidad no enmendable al proyecto. Tal como sucedió con el artículo 2° del proyecto de ley, antes aludido.

La exigencia de un quórum de tales características se funda en la pretensión del constituyente de resguardar de manera especial la libertad de expresión, en el entendido de que esta desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, permitiendo el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, la libre crítica y el diálogo sin restricción, censura, ni temor. El contenido de la libertad de expresión comprende las declaraciones sobre hechos y las meras opiniones independiente de su fundamentación, alcanzando su protección tanto a las ideas como a la forma de expresarlas.

Afirma, adicionalmente que la aprobación del actual numeral 2 del artículo único del proyecto de ley contradice la práctica legislativa sostenida y consistente en establecer delitos cometidos en ejercicio de la libertad de expresión por el quórum exigido en el número 12 del artículo 19 de la Constitución.

Expone que ejemplo de ello son los cinco delitos tipificados en la aprobación de la Ley N° 19.733 sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del



Periodismo o “Ley de Prensa”, los cuales cumplieron con el quórum exigido en el número 12 del artículo 19 de la Constitución.

Refiere como otro ejemplo la tramitación del actual proyecto de ley contenido en el boletín N° 8049-17, el cual presenta, a juicio de los requirentes, casi idéntica finalidad e ideas matrices con el proyecto comentado y se titula: *“Sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile”*, habiendo sido calificado como normativa de quórum calificado, tal como da cuenta el informe que la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados elaboró a su respecto, lo que fue practicado tras una solicitud de consideración de dicho quórum elevada por determinados diputados, ya que en el informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, el artículo único de este proyecto no lo habría calificado de tal manera.

II. El numeral 2 del artículo único del proyecto, en su actual redacción, fue aprobado en base a una indicación parlamentaria que no guarda relación con las ideas matrices del proyecto original y que, en consecuencia, debería haber sido declarada como inadmisibles

De conformidad al Mensaje que *“tipifica el delito de incitación a la violencia”* el fundamento y las ideas matrices del proyecto consisten en sancionar penalmente aquellos discursos que, conforme a la terminología del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consistan en una apología del odio que constituya una incitación de tal magnitud capaz de desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar, que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo, en base a lo dispuesto tanto en los pactos internacionales de derechos humanos, como en nuestro ordenamiento jurídico interno.

No obstante lo anterior, el proyecto de ley fue objeto de múltiples indicaciones que vulneraron la obligación constitucional de respeto por las ideas matrices o fundamentales del proyecto, toda vez que se refieren al delito de negacionismo, el cual no formaba parte de los fundamentos del Mensaje presidencial.

En efecto, la tipificación del denominado delito de negacionismo proviene de una indicación presentada por la diputada Carmen Hertz Cádiz, del Partido Comunista, que al tenor del art. 69 de la Constitución y del art. 24 A de la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional debió haberse declarado inadmisibles por la propia Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados.

III. El proyecto de Ley, en su actual redacción, vulnera la garantía reconocida a todas las personas en el número 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República



Afirma que no cabe duda alguna de que la libertad de opinión admite límites legítimos, en especial cuando de su abuso se derivan atentados graves contra la honra, vida privada y dignidad de las personas. Sin embargo, dichos límites deben ser proporcionales a la conducta sancionada y resguardar siempre la no afectación del derecho en su esencia, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 19 N° 26, en virtud del cual se asegura *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*.

Estos criterios son recogidos por los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile. La Convención Americana de Derechos Humanos así lo establece en su artículo 13 y en términos similares, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su artículo 19.

Tanto la Comisión, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han desarrollado una línea jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones a la libertad de expresión, en concordancia con el artículo 13 de la Convención antes referida. Al interpretar este artículo, se ha desarrollado un test tripartito para controlar la legitimidad de las limitaciones. En consecuencia, se exige que: (1) la limitación sea definida en forma clara y precisa a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos, autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida, e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.

En tal sentido, arguye que considerando los principios del Derecho Penal que vienen a complementar la normativa internacional y constitucional, es posible concluir que la tipificación del delito de negacionismo no satisface los estándares exigidos para entender que se trata de una limitación legítima y autorizada por el ordenamiento constitucional a la libertad de opinión. Asimismo, se vulneran expresamente los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales antes señalados, los cuales se entienden incorporados en el ordenamiento jurídico nacional, en virtud del artículo 5º, inciso segundo de la Constitución. De esta forma, el alcance del proyecto de ley excede las posibilidades contempladas expresamente por el constituyente para limitar el ejercicio de este derecho, incurriendo en una hipótesis de afectación del mismo en su esencia, lo que contraviene además la norma expresa del artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución.

IV. El proyecto de ley, en su actual redacción, vulnera la garantía reconocida a todas las personas en el número 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República



El numeral 2 del artículo único del proyecto de ley, que tipifica el “negacionismo”, vulnera el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República, por cuanto se circunscribe el tipo penal a hechos acaecidos en un período de tiempo determinado, como lo son las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile por agentes del Estado, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, lo que incumple con un presupuesto básico de nuestro ordenamiento jurídico, como es la igualdad ante la ley, además de establecer una discriminación arbitraria, en relación a quienes aprueben, justifiquen o nieguen otras violaciones a los derechos humanos, no comprendidas en este tipo penal, pues aquellos no podrán ser objeto de sanción penal.

Afirma que, sin perjuicio de que la tipificación del denominado delito de negacionismo es cuestionable desde la sola perspectiva de la libertad de opinión, resulta de relevancia dar cuenta de que una norma que sancione este tipo de conductas no puede establecer diferencias arbitrarias. Si lo que se busca resguardar es la honra, derechos humanos e integridad psíquica de quienes han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos, no se puede establecer una diferencia caprichosa fundada en la intención de establecer una suerte de “verdad histórica”. Así concebido, la ley debiese otorgar igual protección respecto de toda aprobación, justificación o negación de una violación a los derechos humanos, independiente del lugar y del período en que haya sucedido.

V. El proyecto de ley, en su actual redacción, vulnera la garantía reconocida a todas las personas en el número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República

Señala que en el caso del proyecto de ley no se cumple del todo con los requisitos de tipicidad y taxatividad exigidos, por cuanto los verbos rectores que utiliza el tipo penal en comento admiten una laxitud importante en su interpretación.

En consecuencia, el tipo penal que se sanciona no cuenta con los caracteres necesarios de exactitud para dar por entendido que se satisface el principio de tipicidad, no existiendo certeza para la ciudadanía de cuáles conductas se podrían subsumir dentro del tipo y abriendo la posibilidad de múltiples interpretaciones por parte de los órganos jurisdiccionales. Esto implica una contravención al texto expreso del artículo 19 N° 3 de la Constitución, cuyo contenido ha sido desarrollado y precisado por la doctrina penal, la jurisprudencia de esta Magistratura y la jurisprudencia internacional.

Por tales motivos expuestos, vienen en solicitar se declare la inconstitucionalidad del precepto antes citado.

A fojas 451 rola presentación de la H. Diputada Carmen Hertz Cádiz de fecha 2 de noviembre de 2020.



Contextualiza las razones para legislar sobre el delito denominado de negacionismo en razón de crear una herramienta que permita combatir la negación de la existencia de delitos que de acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyan crímenes de lesa humanidad, es decir, aquellos que atentan no solo contra la vida e integridad personal de las víctimas, sino contra la condición humana misma.

Sostiene que, a nivel mundial, uno de los principales instrumentos que se ha utilizado con la finalidad de combatir el negacionismo ha sido la penalización de conductas asociadas a la exaltación, justificación, negación o minimización de ciertos tipos de crímenes. La pretensión, sostiene, ha sido dar una respuesta a la expansión de los fenómenos negacionistas y garantizar un ejercicio responsable de la memoria, como un modo de evitar que un acontecimiento límite o una situación transgresora de la vida social se vuelva a repetir en el futuro.

Expone que, respecto a legislación comparada, los países que han vivido graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos al igual que Chile, siguiendo recomendaciones emanadas de Naciones Unidas sancionan la apología al odio y la negación de crímenes de lesa humanidad, contemplando penas mucho mayores que la establecida en el proyecto actual.

Destaca al efecto que el precepto en comento no sólo consiste en la negación, aprobación o justificación de crímenes determinados, sino que debe producirse perturbación al orden público o impedirse el ejercicio de un derecho por un tercero, siendo necesario tal resultado para su configuración.

Asevera que no existe colisión en la especie con la libertad de expresión pues aquella está sometida a restricciones y responsabilidades, debiendo proceder estas por ley y resultar necesarias para asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas.

La libertad de expresión, expresa, no puede utilizarse de ninguna manera como argumento para justificar o permitir el negacionismo. Mediante el delito en cuestión no se sancionan ideas, sino que la justificación, aprobación o negación de crímenes contra la humanidad que produzcan los resultados consignados en la norma penal, importando la constitucionalidad del presente proyecto de ley a la sociedad chilena en su conjunto.

Observaciones de S.E. el Presidente de la República

S. E. el Presidente de la República, señor Sebastián Piñera Echeñique, en presentación de fojas 484, de fecha 4 de noviembre de 2020, suscrita por los señores Cristián Monckeberg Bruner, Ministro Secretario General de la Presidencia, y Hernán Larraín Fernández, Ministro de Justicia y Derechos Humanos, ha formulado observaciones en autos.



Se estructura dicho escrito a través de cinco capítulos.

El capítulo primero aborda la cuestión promovida mediante el requerimiento de inconstitucionalidad de autos.

El capítulo segundo expone sobre la tramitación legislativa del proyecto de ley en cuestión.

El capítulo tercero expone acerca del delito de negacionismo y de los delitos de incitación a la violencia o al odio, sus diferencias y su tratamiento en el derecho comparado.

El capítulo cuarto expone sobre la vulneración del artículo 66 Constitución, al haberse aprobado el precepto impugnado sin respetar quórum calificado requerido para ello, de conformidad a su artículo 19 N° 12.

El capítulo quinto expone sobre la vulneración al artículo 69 de la Constitución, mientras que el capítulo sexto versa sobre vulneraciones al art. 19 N° 2, 3 y 26 de aquella.

En el referido capítulo tercero, en lo relativo a la distinción entre delitos de incitación a la violencia o al odio y negacionismo, expone que mientras el primero atiende a la protección de un bien jurídico concreto, a saber: la protección de ciertos grupos minoritarios respecto de un daño material y moral derivado de conductas discriminatorias, en el caso del llamado “negacionismo” se castiga el mero hecho de negar o trivializar ciertos hechos históricos.

De conformidad a instrumentos internacionales, dos elementos relevantes resultan para el delito de incitación al odio. En primer lugar, una expresión pública de sentimientos y actitudes negativas en contra de una o más personas en razón de su pertenencia a un grupo determinado y, en segundo lugar, una intención de promover la hostilidad contra las personas respecto de las cuales se dirige la conducta discriminatoria.

En el caso del delito de negacionismo, el delito se produce sin la necesidad de que esa negación tenga la finalidad de incitar la hostilidad en contra de un grupo determinado de personas. Desde ahí entonces ha sido criticada tal figura por la doctrina, que ha insistido en que dichos comportamientos deben ser punibles solo cuando generen amenaza o lesión concreta y relevante a los afectados.

Seguidamente hace una revisión del delito de negacionismo en el derecho comparado, refiriéndose a los estándares internacionales en tal materia y las controversias a las que ha estado sujeta tal tipificación penal en distintas jurisdicciones, a fojas 508 y siguientes. Concluye al respecto que, pese a la incorporación de figuras penales de “negacionismo”, ello ha causado que distintos fallos declaren que la norma se opone a uno de los derechos humanos más esenciales para la democracia, como es la libertad de expresión.



Desarrollando ya los vicios de constitucionalidad denunciados en el capítulo cuarto, afirma en primer lugar la existencia de una vulneración al artículo 66 de la Constitución.

Coincide en este sentido con lo argüido por los requirentes en el entendido de que el precepto contemplado en el artículo único del proyecto de ley fue calificado y aprobado en la H. Cámara de Diputados con un quórum menor al requerido, desconociendo además la práctica legislativa en la materia.

El precepto cuestionado incorpora un delito en el Código Penal en el título correspondiente a *“delitos que afectan los derechos garantizados por la constitución”*. Se corresponde con aquellos delitos conocidos como de *“negacionismo”*, incluso habiendo reconocido su autora que aquel constituía un límite a la libertad de expresión en el informe de Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de fecha 19 de diciembre de 2018.

De acuerdo al artículo 19 N° 12 de la Constitución las leyes que establezcan responsabilidades surgidas en el ejercicio de la libertad de emitir opinión y la de informar deben ser de quórum calificado. La norma impugnada al tipificar una conducta que se encuentra dentro de la esfera de la garantía de tal disposición constitucional debió necesariamente cumplir con tal quórum y sin embargo no lo hizo, contrariando la práctica del Congreso nacional en la materia, según expone en detalle, haciendo una revisión de diversos casos a fojas 519 y siguientes.

Afirma igualmente la existencia de una vulneración al artículo 69 de la Constitución toda vez que la tipificación del delito llamado negacionismo no tiene relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto de ley de incitación a la violencia.

Luego de una precisión normativa, doctrinaria y jurisprudencial del concepto de ideas matrices viene en referir que la idea fundamental del proyecto de ley de incitación a la violencia no abarca otras hipótesis que no sean la sanción penal a la incitación a la violencia y al odio, ya que el mismo Mensaje no las considera en su regulación.

Destaca nuevamente para estos efectos, según expone en el capítulo tercero de su presentación, que los delitos de negacionismo tienen una estructura y lógica totalmente distinta a la de los delitos de incitación a la violencia y al odio, no pudiendo sin más homologarse.

Asimismo, argumenta que el precepto cuestionado vulnera las garantías constitucionales establecidas en el art. 19 N° 3, 12 y 26 Constitución.

El artículo 19 N° 3 de la Constitución es vulnerado en cuanto ha sido construido el precepto en análisis como una ley penal en blanco y, adicionalmente, porque no define expresa y perfectamente el núcleo de la conducta sancionada, sino que, por el contrario, presenta graves deficiencias en cuanto a la determinación precisa de su contenido.



La conducta sancionada consiste en la negación de violaciones a derechos humanos contenidas en extensos informes colmados de información específica, suponiendo que estos serán de conocimiento de los ciudadanos como una norma en sentido amplio, incumpliendo con el principio de taxatividad.

A su vez el artículo 19 N° 12 de la Constitución es vulnerado en cuanto la norma en análisis impone una especie de censura previa sancionando a quienes justifiquen, acepten o nieguen ciertos hechos, según lo expresado en informes que no constituyen manifestación de la potestad normativa y aquellos que en el futuro se emitan.

La libertad de emitir opinión es un presupuesto esencial de toda democracia y del pluralismo, admitiendo límites legítimos sólo en casos excepcionales y justificados, sin que se cumplan en la especie los estándares de proporcionalidad requeridos para su restricción.

Finaliza aseverando que en la especie tampoco se respeta el principio de intervención mínima del derecho penal pugnando con los estándares internacionales en materia de derechos humanos de libertad de expresión, contraviniéndose el artículo 19 N° 26 de la Constitución mediante el cual el constituyente ha querido asegurar que ninguna autoridad política o legislativa pueda afectar en su esencia los mismos derechos que ella asegura, afectando derechamente el núcleo esencial del derecho consagrado en su artículo 19 N° 12 constituyendo una verdadera censura previa.

IV. VISTA DE LA CAUSA Y RESOLUCIÓN DEL ASUNTO DE AUTOS

Concluida la tramitación de la causa, ésta fue decretada en relación el día 5 de noviembre de 2020, efectuándose la vista de estilo con igual fecha, alegando por las señoras Diputadas y los señores Diputados requirentes la abogada Teresita María Santa Cruz Ugarte, y por S.E. el Presidente de la República, el abogado don Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín, adoptándose acuerdo en Sesión de Pleno con igual fecha, conforme se certificó por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMER CAPÍTULO

VICIO FORMAL: VOTACIÓN GENERAL Y PARTICULAR DEL PROYECTO DE LEY SIN CUMPLIR EL QUÓRUM EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 19 N° 12 DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 66 DE LA MISMA



a. CONFLICTO FORMAL PLANTEADO

PRIMERO: Que los parlamentarios requirentes plantean un vicio formal de constitucionalidad del proyecto de ley identificado en el Boletín N° 11.424-17, sosteniendo que el numeral 2 del artículo 1 del proyecto de ley debió haber sido considerado como de quórum calificado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 numeral 12º, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que las leyes que tipifiquen delitos que generen responsabilidad penal debido al ejercicio de la libertad de opinión requieren para su aprobación quórum cualificado, esto es, al menos 78 votos favorables en la sala de la Cámara de Diputados. Sin embargo, el citado numeral 2 no fue aprobado con tal quórum, ya que en la votación en general obtuvo 76 votos y en la votación en particular, 75 votos;

SEGUNDO: Que cabe constatar la diferencia existente entre la parte petitoria del requerimiento que en términos generales solicita que el *“artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia”, contenido en el Boletín N° 11.424-17, por ser manifiestamente contrario al artículo 19 en sus números 2, 3, 12 y 26 y a los artículos 66 y 69, todos de la Constitución Política de la República de Chile, lo acoja a tramitación y, en definitiva, declare la inconstitucionalidad del precepto citado”* (fs. 70 del requerimiento).

Eso contrasta con el fundamento particular de este vicio indicando, sistemáticamente, que la dimensión que no cumple con dicho quórum es el *“el texto del actual numeral 2 del artículo único del proyecto”* (fs. 14 del requerimiento) o *“a partir de la lectura del numeral 2 del artículo único del proyecto se colige que se está introduciendo un tipo penal constituido por un nuevo artículo 161 D del Código Penal”* (fs. 15 del requerimiento). Esto es reiterado en diversas partes del requerimiento constatando tal circunstancia a fs. 10, 12, 14, 15, 18, 19, 24, 25, 29, 57 y 67, aunque estas tres últimas referencias se vinculan a otras infracciones denunciadas.

En consecuencia, entendemos que la referencia petitoria es general, pero respecto del vicio formal denunciado sólo alcanza al numeral 2 del artículo único del proyecto de ley en tramitación, según el Boletín antes enunciado;

b. PARÁMETRO DE CONTROL

TERCERO: Que el Tribunal Constitucional ha de ser cuidadoso para juzgar los eventuales vicios de forma producidos durante la formación de la ley, siendo guardián asimismo del principio democrático, como señala Paloma Biglino (2001) (Parlamento, principio democrático y justicia constitucional, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XII, pp. 183 y 184), lo cual *“le impone la necesidad de respetar la voluntad del órgano que expresa la soberanía popular. Es cierto que dicho principio justifica la existencia de controles acerca de la manera en que se ha formado dicha voluntad. Pero también es verdad que dicho principio obliga a establecer las fronteras que corresponden al enjuiciamiento constitucional”* (Biglino, 2001: 188);



CUARTO: Que el inciso primero del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución dispone que *“la Constitución asegura a todas las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”*;

QUINTO: Que la Constitución ha dispuesto la exigencia excepcional de reserva de ley calificada a determinadas materias siguiendo una lógica que precisa un sentido formal y sustancial a dicha reserva.

Es una garantía formal porque supone que solo existe una voluntad legislativa definida cuando ésta alcanza el voto afirmativo de la mayoría de los parlamentarios en ejercicio en cada una de las cámaras. Este es un quórum, a su vez, que se manifiesta como un obstáculo contra determinados eventos circunstanciales de ausencias en cada uno de los hemiciclos, sin que configuren un criterio contra mayoritario. Simplemente exige la mayoría absoluta reflejada en cada una de las cámaras del mismo modo en que lo definió el electorado.

También, es una garantía sustancial o material en el modo en que la Constitución ha considerado los principios, derechos y bienes jurídicos que protege una mayoría calificada. De este modo, la encontramos una buena cantidad de veces en la descripción de una regulación excepcional de restricciones o limitaciones partiendo desde cuestiones muy distintas a los derechos mismos. Así cautela el principio de responsabilidad fiscal de una deuda pública (artículo 63, numeral 7°) o el control estatal sobre las armas de fuego (artículo 103), estando la norma de quórum calificado definida como una regla especial y restrictiva.

Lo más relevante es la función de garantía material que cumple en el ámbito de determinados derechos y libertades, donde el requerimiento constitucional de exigir ese quórum se vincula a desarrollar la interpretación más amplia posible del derecho o libertad misma, siendo sus restricciones excepcionales y su interpretación limitada a supuestos específicos. Ese es el sentido con el que se ha impuesto el requisito de ese quórum. Así el derecho a la vida tiene por evidente limitación la pena de muerte, la que solo puede ser establecida por ley de quórum calificado (artículo 19, numeral 1° lo que debe vincularse al artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Del mismo modo, son supuestos excepcionales la estructura regulatoria del Estado empresario (artículo 19, numeral 21°); las limitaciones al derecho a residir, trasladarse y permanecer en Isla de Pascua (artículo 126 bis) o el establecimiento de limitaciones o requisitos para la adquisición de determinados bienes (artículo 19, numeral 23°). En todos ellos, se exige leyes de quórum calificado.

Esta dimensión de garantía sustancial se conecta con el resguardo del respeto al contenido esencial de los derechos, los que en supuestos de regulación, complementación o limitación no pueden ser afectados por el legislador (artículo 19,



numeral 26°). En consecuencia, no se trata de una garantía general de quórum, sino que protege el sentido por el cual se han reconocido esas libertades y derechos;

SEXTO: Que la exigencia del quórum calificado en el inciso primero del numeral 12° del artículo 19 se refiere al estatuto de responsabilidad por “delitos y abusos”. No es necesario en esta dimensión formal explicar todos los alcances de esta regla, puesto que la Constitución combina expresiones amplias con otras más precisas en diversos ámbitos. Así, por ejemplo, la facultad de conocer de las “causas civiles o criminales” identifica controversias que deben ser resueltas por los tribunales de justicia, la que, en particular, respecto de la noción de “causas civiles” se ha entendido por esta Magistratura ampliamente (Sentencias Roles 80, c. 7°; 176, c. 6° y 616, c. 28°, entre otras). Por el contrario, las expresiones “delitos” o “causas criminales” no ofrecen dificultad interpretativa alguna, inequívocamente referidas al ejercicio de la potestad penal del Estado;

SÉPTIMO: Que, tratándose del proyecto de ley requerido en el presente caso, resulta claro que se trata de una modificación formal al Código Penal puesto que implica introducir en el Libro II, Título III “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”, un nuevo párrafo 7 denominado: “7. Del negacionismo y otros delitos contra la honra y dignidad de las personas.”;

OCTAVO: Que el requisito de quórum es primariamente formal y no implica que el legislador no pueda establecer delitos que restrinjan dichas libertades, cuestión sobre la cual se pronunciará esta Magistratura en otra parte de esta misma sentencia. En consecuencia, por ahora, no se ve cómo se pueda soslayar este requisito de quórum calificado al establecer un delito que tiene por objeto determinar responsabilidades punitivas en el ámbito de las libertades de opinión o de información, sobre la base de distinciones que minusvaloren el ámbito normativo expansivo de las libertades enunciadas.

Este tema fue planteado por Hans Kelsen cuando, al estudiar el ámbito de la jurisdicción constitucional, se preguntaba “si no sería conveniente autorizar al Tribunal Constitucional a no anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento, sino cuando este vicio es particularmente importante, esencial. En tal caso, la apreciación de este carácter es mejor dejarlo a la entera libertad del Tribunal, porque no es bueno que la Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, 2008, p. 36);

NOVENO: Que por lo demás, esta vinculación entre delitos del Código Penal y la restricción impuesta en la parte final del inciso primero del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución la ha entendido así el propio legislador (artículo 39 de la L. 19.733).

Y de la misma manera lo ha señalado esta Magistratura en las sentencias roles 226-95, cc. 8° y 9°, 567-06, c. 36°, STC 3329-17, c. 38°, entre otras;



c. CUMPLIMIENTO DEL QUÓRUM DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

DÉCIMO: Que el procedimiento legislativo consiste en una sucesión de actos necesarios para alcanzar un fin, en este caso, para lograr la correcta formación de la ley. Desde esa perspectiva posee un carácter instrumental para los órganos colegisladores.

Durante la fase deliberativa de la ley -es decir, de aquella que se inicia con el ingreso del proyecto en trámite en la Cámara de origen y hasta su despacho total por el Parlamento- el proyecto debe de ajustarse no sólo a la Constitución, a la ley y a los reglamentos de las Cámaras, sino también al principio democrático que lo informa, el cual supone:

- a) que se produzca una adecuada deliberación entre todas las fuerzas que tengan representación en el Parlamento y que expresan el pluralismo de las posturas que existen dentro de él.
- b) que las decisiones se adopten por las mayorías que corresponda (simple o calificada según el caso).
- c) que la deliberación producida se publicite adecuadamente.

Si la existencia de una Constitución normativa es un límite que el principio democrático impone al Parlamento, y por ello éste debe ajustarse a un procedimiento legislativo que -entre otros objetivos- busca “conseguir que predomine la mayoría, pero exigiendo que ésta se forme mediante el debate público de las distintas opciones representadas en la Cámara, lo que inevitablemente conduce a reconocer los derechos de las minorías”, como señala Paloma Biglino (ob. cit., p. 186), corresponde al Tribunal Constitucional examinar si las Cámaras se ajustaron al principio democrático en ejercicio de su función de controlar la constitucionalidad de los vicios formales de la ley;

DECIMOPRIMERO: Que, determinado el requisito de ser aprobado el proyecto de ley bajo el quórum calificado, cabe entonces verificar si se cumplió durante su tramitación.

El proyecto de ley, originado en mensaje presidencial, ingresó a la Cámara de Diputados el 06 de septiembre de 2017, siendo derivado en la misma fecha a la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, la que emite un Primer Informe el 19 de diciembre de 2018. (fs. 258 y ss. del expediente constitucional).

La H. Diputada señora Carmen Hertz formuló la indicación que devino en la disposición cuya inconstitucionalidad se pide. Con ocasión de dicha indicación, el H. Diputado señor Gustavo Sanhueza planteó que la indicación de la diputada Hertz, de ser aprobada, requería en la Sala de un quórum calificado y solicitó que así se declarara en el informe (fs. 327). Al respecto, la presidenta de la comisión, la diputada Hertz, aclaró que el quórum calificado requiere mayoría absoluta, no de 3/5 (fs. 327). Cabe señalar que, a diferencia de otras indicaciones que se formularon, respecto a la



indicación introducida por la diputada Hertz, no se planteó discutir su admisibilidad, así como tampoco se objetó que el informe no consignara que para la aprobación de la indicación se requería un quórum especial, como había sido solicitado por el diputado Sanhueza.

En el nuevo primer informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, de 24 de abril de 2019 (fs. 344 y ss. del expediente constitucional), se dio cuenta de una nueva indicación de las H. Diputadas señoras Pamela Jiles, Carmen Hertz, Claudia Mix y Emilia Nuyado, y los H. Diputados señores Miguel Crispi, Tucapel Jiménez y Raúl Saldívar para reemplazar la indicación introducida por la diputada Hertz, manteniendo su redacción original, pero agregando la frase “sin perjuicio de los posteriores informes que sean reconocidos por el Estado sobre la materia”. Tampoco se discutió la admisibilidad de la indicación ni el quórum de aprobación.

La votación en general del proyecto de ley tuvo lugar el 9 de enero de 2020, según consta en el acta de la sesión ordinaria 138ª de la Cámara de Diputados (fs. 76 y ss. del expediente constitucional). En dicha oportunidad, solo se consideró como materia de ley de quórum calificado el artículo 2 del proyecto de ley, por cuanto modificaba la Ley N° 19.733, al derogar su artículo 31, que sanciona las publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, realizadas por cualquier medio de comunicación social. En cuanto a la votación en general, estuvieron por la afirmativa, 76 votos; por la negativa, 36 votos; y hubo 23 abstenciones. El artículo 2 del proyecto de ley requería de 78 votos a favor, por tratarse de una disposición de quórum calificado, sin embargo, solo obtuvo 73 votos a favor, por lo que fue rechazado.

Posteriormente, volvió para el segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, el que fue despachado el 19 de agosto de 2020 (fs. 375 y ss. del expediente constitucional), no suscitándose nueva discusión sobre el quórum.

Por último, en sesión especial 75ª de la Cámara de Diputados, de 22 de septiembre de 2020, se discutió en particular el proyecto de ley (fs. 156 y ss. del expediente constitucional). La disposición respecto de la cual se solicita la inconstitucionalidad fue considerada como de ley simple y fue aprobada con 75 votos a favor y 66 votos en contra. Hubo 6 abstenciones. En particular, respecto de la votación de la disposición impugnada, el H. Diputado señor Luis Pardo planteó que el proyecto de ley “fue mal calificado en términos de los *quórum* requeridos para su aprobación” (fs. 237). Por su parte, la H. Diputada señora Camila Flores hizo reserva de constitucionalidad, por cuanto la norma aprobada “vulnera el derecho a la libertad de opinión y de pensamiento” y porque es discriminatoria (fs. 237);

DECIMOSEGUNDO: Que, por resolución del 3 de noviembre de 2020, el Tribunal Constitucional ordenó como medida para mejor resolver, la certificación



oficial de dichos quórum tanto en las votaciones generales como particulares, especialmente contrastado con la exigencia definitiva de dicho requisito excluyendo a los parlamentarios que el artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional define;

DECIMOTERCERO: Que, a su turno, la Secretaría General de la Cámara de Diputadas y Diputados, el 4 de noviembre de 2020, informó lo siguiente:

“1. El proyecto fue aprobado en general por 76 votos a favor, en la sesión N°138, de 9 de enero de 2020. En esa etapa del proceso, el proyecto contenía también un artículo 2, que derogaba el artículo 31 de la ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, el cual, por tratarse de una disposición de quórum calificado, se votó separadamente en esa misma sesión, en consideración a lo ordenado en el artículo 30 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, resultando rechazado en atención a que sólo contó con 73 votos favorables, y requería contar con 78.

2. El artículo 1 del proyecto contenido en el texto propuesto por la Comisión de Derechos Humanos fue aprobado en particular en la sesión N°75, de 22 de septiembre de 2020, por 75 votos a favor. En tanto, el artículo 2 señalado en el punto anterior fue nuevamente rechazado en la sesión N°75 por no alcanzar el quórum constitucional exigido, en atención a que sólo contó con 70 votos afirmativos.

3. Las votaciones tuvieron lugar respecto de un total de 155 diputados en ejercicio.

4. En virtud de lo expuesto en el número anterior, el quórum calificado en ambas sesiones era de 78 diputados.”

d. RESOLUCIÓN Y DECLARACIÓN DEL VICIO FORMAL DE INCUMPLIMIENTO DEL QUÓRUM EXIGIDO POR LA CONSTITUCIÓN

DECIMOCUARTO: Que resuelto por esta Magistratura que el quórum exigido respecto del vicio denunciado es el de quórum calificado y certificado que el quórum correspondiente a ese día, tanto en la votación general como en particular, era la exigencia de un voto conforme y aprobatorio de 78 diputadas y diputados de la República, cabe constatar el vicio formal respecto de lo solicitado. En consecuencia, cabe declarar la inconstitucionalidad formal del numeral 2° del artículo único del proyecto de ley identificado puesto que no cumplió con el quórum exigido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 N° 12 y 66 de la Constitución Política de la República.

De este modo, respecto de la parte impugnada en el numeral 2° del artículo único del proyecto de ley, obliga a este Tribunal a puntualizar que la infracción de un requisito esencial exigido por la Carta Fundamental para la formación válida de un precepto de fuerza legal, conlleva inexorablemente la nulidad de todo lo obrado. Respecto de la otra dimensión normativa subsistente del proyecto de ley, deberá estarse a lo resuelto en otros capítulos de esta sentencia.



SEGUNDO CAPÍTULO

DESVINCULACIÓN DEL PROYECTO DE LEY CON SUS IDEAS MATRICES

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

Reitera el contenido de la norma constitucional, el artículo 24 de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que expresa en su inciso primero “Sólo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”;

DECIMOSEXTO: Que, el impedimento de efectuar, en el proceso legislativo, adiciones o correcciones por vía de indicaciones que contengan ideas que se alejen y no tengan relación alguna con el proyecto mismo, es de antigua data dado que, la ley N°17.284, publicada en el Diario Oficial edición N°27.553, de 23 de Enero de 1970, que modificó la Constitución Política del Estado de 1925, expresa en su artículo primero lo siguiente:

“Introdúcense en la Constitución Política del Estado las siguientes modificaciones:

Artículo 53.-Agregése el siguiente inciso final:

“En ningún caso se admitirán las observaciones que no digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”.

La citada ley es la que consagra en nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional en el artículo 78. Ocurre que, la primera sentencia que dicta esta judicatura recae en un requerimiento del Presidente de la República, cuyo fundamento se centra, precisamente, en que tramitándose la ley de presupuesto para el año 1972 se introducen disposiciones que, a juicio del mandatario, no tienen relación con la materia presupuestaria. El fallo recaído en los autos constitucionales, de fecha 19 de enero de 1972 fija la noción de ley de presupuesto en el considerando 10° y en el



considerando 19° declara que no cabe cualquier clase de materias en ella sino “sólo aquéllas que diciendo relación directa con la idea matriz de la misma no impliquen modificaciones de las leyes permanentes” (Rol N°1);

DECIMOSEPTIMO: Que, mediante oficio N°792, de fecha 18 de octubre de 1978, del Presidente de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República dirigido al Presidente de la República, se envía el texto del Anteproyecto de Nueva Constitución en cuyo artículo 72 se consagra el impedimento de hacer adiciones o correcciones que no digan relación con las ideas matrices del proyecto, iniciativa que recogió el texto fundamental de 1980, de forma casi idéntica al actualmente en vigor (artículo 69);

DECIMOCTAVO: Que, al elaborar la doctrina sostenida por esta Judicatura Constitucional acerca de las ideas fundamentales de un proyecto, junto con conceptualizar la institución, ha señalado que toda indicación debe ser coherente con el propósito de la iniciativa legal, de tal manera que exista una alineación natural entre el fundamento de la iniciativa legislativa recogida en el texto del proyecto con la adición o añadido que se le haga o la enmienda que se le formule;

DECIMONOVENO: Que, el proyecto de ley impugnado será examinado constitucionalmente, en la parte referida a la aseveración de los parlamentarios requirentes de que el mismo se aparta de las ideas fundamentales de la iniciativa legal, control que se efectuará a la luz de las ideas manifestadas sobre la materia precedentemente;

VIGÉSIMO: Que, con fecha 4 de septiembre de 2017, mediante mensaje presidencial N°115-365 ingresó a tramitación en la Cámara de Diputados, el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, cuyo fundamento esencial se encuentra en sancionar aquellas acciones que consistan en hacer apología del odio, provocando una incitación de importancia tal que produzca acto de violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra grupos de personas o integrantes de esa asociación. Ello en el marco jurídico del derecho internacional en relación a los tratados sobre prohibición de toda forma de discriminación racial, o contra la mujer o de los trabajadores migratorios y de sus familias. Dicha iniciativa legislativa presidencial se sustenta, también, en la Constitución Política, en lo referido al respeto de la dignidad de toda persona, el principio de igualdad y la proscripción de que la ley o autoridad puedan establecer diferencias arbitrarias, proyecto -señala el texto del mensaje- que viene a complementar la ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación arbitraria;

VIGESIMOPRIMERO: Que, la hipótesis penal planteada en el mensaje que origina el proyecto de ley agrega un párrafo 6° al Título III del Libro II del Código Penal que se denomina “De la incitación a la violencia”, incorporando un nuevo artículo 161-C, que literalmente expresa:

“El que públicamente o través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas



o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnica, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta tributarias mensuales.

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieran realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo”;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, el 6 de septiembre de 2017 el proyecto de ley mencionado inicia su primer trámite constitucional, dándose cuenta del mismo en la Sala de la Cámara de Diputados, resolviéndose pase a la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios. Consta en el informe de la citada Comisión Parlamentaria, de fecha 19 de diciembre de 2018, la forma en que se originó la disposición reprochada, al haber tenido lugar numerosas indicaciones, algunas de ellas retiradas.

La primera alusión al negacionismo fue realizada por el Jefe de la Unidad Especializada de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, señor Luis Torres González, “En la misma línea, propuso avanzar en la determinación de las figuras correspondientes al negacionismo, ya que también están ligadas con las figuras de fondo y deben ser normadas” (Informe Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, p. 273).

Posteriormente, destacan las intervenciones de los H. diputados Jiménez y Hertz, vinculando el proyecto de ley con el negacionismo, expresando esta última que “el tipo penal le ha parecido demasiado restringido, al no incluir la apología al odio ni el negacionismo, aspectos que configuran un cuerpo jurídico en sí mismo.” (Informe citado, fojas 293 y 294).

Dentro de las indicaciones presentadas se encuentra la del diputado Crispi, quien explicó que “la indicación que ha patrocinado, busca implementar los mismos grados penales contemplados en otro proyecto de ley similar ingresado anteriormente, en armonía con las indicaciones presentadas en el resto del texto, en pos de establecer una regulación acorde con la incitación a la violencia, negacionismo y otras figuras parecidas.” (Informe citado, p. 316), frente a ello la Subsecretaría de Derechos Humanos, preguntó sobre las ideas matrices del mensaje en discusión, referido a la incitación a la violencia, de modo que incluir referencia a otras figuras no sería correcto. Esta indicación fue posteriormente retirada por el autor.

Luego de varias indicaciones, la diputada Carmen Hertz -Presidenta de la Comisión- formula la indicación N°14 que incorpora al texto del proyecto un nuevo párrafo 7 al Título III del Libro II del Código Penal, denominado “Del negacionismo y otros delitos contra la honra y dignidad de las personas” y un nuevo artículo 161-E, que constituye la regla criminal objetada por el requerimiento de autos;



VIGESIMOTERCERO: Que, la autora de la moción, fundamenta dicha adición considerando que la incitación al odio y el negacionismo responden al mismo espíritu del boletín en discusión, “de modo que sí es procedente la incorporación de la norma propuesta en su indicación, tanto por razones de economía procesal, evitando generar cuerpos normativos dispersos, así como en virtud de su pertinencia con la materia.” (Informe citado, p.325). De esta forma, la diputada considera que habría una conexión entre los delitos de incitación al odio y a la violencia, contemplado en el mensaje, y el delito de negacionismo;

VIGESIMOCUARTO: Que, acerca de lo argumentado respecto de la indicación que ocasiona estos autos constitucionales, cabe señalar, antes de referirse a la constitucionalidad de la misma, que toda indicación necesariamente tiene que estar vinculada a las ideas fundamentales del proyecto, como se ha señalado ut supra.

Sobre este aspecto es del caso precisar que la propuesta de agregar disposiciones a la iniciativa legislativa debe estar acorde con el propósito que movió a la autoridad a presentarlo a trámite legislativo. En definitiva, se trata de resolver un problema por vía de ley, conforme a lo cual, la relación entre la idea matriz del proyecto y la indicación tienen que estar en armonía con la situación a zanjar. De no ser así, la indicación será constitucionalmente inadmisibile.

Consta en la Comisión que “estas nuevas indicaciones desvirtúan el objetivo inicial del proyecto de ley bajo estudio, que se centraba en la incitación a la violencia” (Intervención Diputado Sanhueza, p.327);

VIGESIMOQUINTO: Que, los parlamentarios requirentes manifiestan, sobre este aspecto de la objeción de inconstitucionalidad, que la citada indicación vulneraría el artículo 69 constitucional, atendido que el delito de negacionismo excedería totalmente las ideas matrices del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia (fojas 35).

Por su parte, la diputada impulsora de la misma, en presentación que rola a fojas 451 y siguientes del expediente constitucional, amplía las razones que se tuvo para legislar sobre negacionismo, expresando que “En concreto, se trata de dar una respuesta a la preocupante expansión de los fenómenos negacionistas, y lograr una tarea tan noble como es garantizar un ejercicio responsable de la memoria, visto como un modo de evitar que un acontecimiento límite o una situación radicalmente trasgresora de la vida social se vuelva a repetir en el futuro. Ese acto de tener conciencia y ser responsable en el ejercicio de la memoria es un elemento esencial para que sociedades respetuosas de derechos humanos fundamentales, se desarrollen. Relacionado con esto, las denominadas “leyes contra el olvido” de crímenes de lesa humanidad repercuten directamente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos”, citando en ese contexto al autor Thus, V. (2013) “El antinegacionismo jurídico: Derecho Internacional vs derecho local. Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos”. Revista Pensar el Derecho N°3 UBA (fojas 454);



VIGESIMOSEXTO: Que, en este sentido, es atinente destacar que el discurso de odio e incitación a la violencia nada tienen que ver con el negacionismo, lo que se desprende de la Observación General N°34, del Comité de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 2011.

La Observación General N°34 realiza una distinción, expresando que los artículos 19 y 20 del Pacto (consagran la libertad de expresión y opinión y, la prohibición de propaganda a favor de la guerra y del odio nacional, racial o religioso, respectivamente) son compatibles entre sí y se complementan. Pero, establece una excepción al respecto en el punto 49 de la citada Observación en que “Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados parte en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados.”. Lo anterior otorga claridad en que la conexión realizada por la diputada Hertz no es procedente;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, atendido los criterios sustentados por esta Magistratura Constitucional respecto a las ideas matrices o fundamentales de un proyecto de ley, expresadas en sentencias anteriores acerca de esta materia ya mencionadas, conforme a los cuales resolverá sobre este aspecto del requerimiento, en cuanto a considerar la efectividad denunciada de que la incorporación del párrafo 6° del Título III del Libro II del Código Penal que establece el negacionismo como tipo penal resulta extraño a las ideas matrices del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia;

VIGESIMOCTAVO: Que, el fundamento del mensaje presidencial que consagra el delito que sanciona la incitación a la violencia tiene abiertamente por finalidad sancionar criminalmente aquellas acciones que llamaren a la violencia física contra las personas, sea que ellas formen parte integrante de un grupo o sean dirigidas a todo o parte del grupo, en razón de su raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias. Tales acciones punibles deben ser desplegadas a través de cualquier medio de difusión. Así el ordenamiento jurídico nacional crea otro medio eficaz para evitar toda discriminación arbitraria, que como país se aspira a erradicar, o al menos reducir sustancialmente;

VIGESIMONOVENO: Que, por su parte, la indicación que incorpora al proyecto de ley contenido en el Boletín N°11.424-17, el delito de negacionismo se basa en razones de economía procesal a fin de evitar originar leyes dispersas, y de pertinencia con las acciones de incitación a la violencia, razones que se expresaron durante la discusión parlamentaria para argumentar la indicación, transcrita anteriormente. Aclara con mayor nitidez los fundamentos de la misma, el escrito que rola a fojas 451 y siguientes de estos autos, que expresa que la creación del delito del artículo 161 E constituye una reacción al fenómeno negacionista;



TRIGÉSIMO: Que, en consecuencia, mientras el mensaje presidencial que contiene el proyecto de ley que establece el delito de incitación a la violencia encuentra su fundamento en sancionar la intolerancia racial y de cualquier forma que afecte la dignidad y el derecho a no ser discriminado, la adición que se hace al proyecto, por indicación parlamentaria, de integrar el delito de negacionismo, consiste en sancionar acciones que vedan episodios relacionados con violaciones a los derechos humanos ocurridos en el país:

TRIGESIMOPRIMERO: Que, si se contrasta la indicación censurada con los razonamientos de esta Magistratura Constitucional en materia de ideas fundamentales de un proyecto de ley es dable inferir que aquella incumple la exigencia constitucional de vincularse directamente con el fundamento esencial del mismo;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, de conformidad a lo razonado, la indicación parlamentaria objetada, la cual agrega un Párrafo 6° al Título III del Libro II del Código Penal y crea el delito de negacionismo en el artículo 161 D, con el propósito de sancionar expresiones que justificaren, aprobaren negaren violaciones a los derechos humanos en un período de tiempo indicado en el tipo penal, resulta incongruente con las ideas matrices del proyecto de ley contenido manifestadas en el mensaje presidencial, que se tramita en sede legislativa, boletín N°11.424-17. Conforme a lo cual, se procederá a acoger, también, aquella parte del requerimiento de autos, que impugna la falta de relación de la indicación parlamentaria con las ideas matrices del proyecto de ley referido.

TERCER CAPÍTULO

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY FRENTE A LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

TRIGESIMOTERCERO: Que, el artículo 19 N° 12° inciso primero de la Constitución asegura a todas las personas *“[L]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”*;

TRIGESIMOCUARTO: Que, en esta disposición se asegura que el Estado resguarde el diálogo racional que posibilita el pleno ejercicio de esas libertades, sin censura previa, aunque ellas tengan por objeto desafiar una verdad establecida, conforme asegura el artículo 19, N° 12, inciso primero, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional, de lo cual se sigue también que corresponde al Estado garantizar especialmente la libertad de cátedra, que impide cancelar a priori posturas académicas contrarias a la *opinio communis*, sin considerar su valor argumental.



Estas libertades de expresión posibilitan comunicar cuanto resulte de la libertad intelectual de dudar y pensar, sin que nadie deba temer condena alguna o a tener que beber cicuta por el hecho de poner públicamente en entredicho un discurso hegemónico o cierto paradigma asentado;

1. ANTECEDENTES

TRIGESIMOQUINTO: Que, el reconocimiento y protección de este derecho fundamental es de muy antigua data en nuestro Derecho Constitucional (Jaime Arancibia Mattar: *Constitución Política de la República de Chile. Edición Histórica*, Santiago, Impreso en Ograma, 2020, pp. 26-27), pero resulta particularmente interesante, atendido el conflicto de constitucionalidad planteado en estos autos, recordar que la Constitución de 1925, en el texto original de su artículo 10 N° 3°, aseguraba a todos los habitantes de la República “[l]a libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley”;

TRIGESIMOSEXTO: Que, consta en los anales de dicha Constitución que, durante su tramitación, se presentó una indicación para suprimir la frase relativa a los delitos y abusos, produciéndose el siguiente intercambio de ideas que llevó a desestimarla:

“S. E.: ¿cómo se quiere suprimir este derecho de la ley para castigar los delitos que se cometan?”

El señor Hidalgo (don Manuel) no existe el delito de opinar.

S. E.: no existe el delito de opinar, pero la injuria, la calumnia, hay que castigarlas. La provocación a la revuelta por la prensa, la provocación al asesinato; hay que castigarlos.

El señor Edwards Matte (don Guillermo) son delitos y hay que castigarlos.

S. E.: la disposición se refiere a los delitos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley” (Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Sub comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, Trigésima primera sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, 30 de julio de 1925, Imprenta Universitaria, 1925, p. 475);

TRIGESIMOSEPTIMO: Que, dicha disposición fue reformada en 1971, en virtud de la Ley N° 17.398, entre otros aspectos, agregando una frase final al que ahora pasaba a ser el inciso primero de aquel numeral 3°, en virtud del cual aseguraba a todos los habitantes de la República “[l]a libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad, en la forma y casos determinados por la ley. No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política”.



TRIGESIMOCTAVO: Que, sin embargo, la frase final agregada en 1971 fue eliminada en la actual Constitución, por cuanto “(...) [e]ste precepto, incorporado por el constituyente de 1971 por razones de seguridad institucional derivadas del momento político que en aquella época se vivía, fue eliminado por la Subcomisión. Al respecto, hemos estimado que se trata de una materia que no nos corresponde resolver, y que deberá analizarse teniendo presente el contexto de la nueva Constitución Política” (Informe de la Subcomisión encargada del estudio del Estatuto de los Medios de Comunicación Social en que se propone un proyecto sustitutivo del texto del artículo 10, N° 3, de la Constitución Política del Estado, sobre libertad de expresión, Actas de la Comisión de Estudio, sesión 227ª, celebrada el 30 de junio de 1976, Anexo de Documentos);

TRIGESIMONOVENO: Que, asimismo, cabe consignar que se produjo un extenso debate en la Comisión de Estudio acerca de si, junto a los delitos y abusos que establecería la ley, cabía imponer limitaciones al ejercicio de las libertades de opinión e información, fundadas en conceptos jurídicos abiertos o indeterminados, desechándose, en definitiva, esa alternativa, por cuanto, como sostuvo don Alejandro Silva Bascuñán, “(...) le preocupa extraordinariamente esa indicación, y no está de acuerdo en aceptarla. Porque le parece que, siendo la libertad de opinión el resorte básico de la democracia, no debe tener otras restricciones que las que corresponden a la responsabilidad por los delitos y abusos. Esa es la tradición jurídica de nuestro país. Esa es la base de la democracia” (Sesión 231ª, celebrada el 8 de julio de 1976);

CUADRAGÉSIMO: Que, esta secuencia constitucional debe vincularse, en la actualidad, con lo dispuesto en la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, publicada en el Diario Oficial el 4 de junio de 2001, cuyo artículo 1° inciso primero dispone que “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley”;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, adicionalmente, sobremanera elocuente, acerca de la esencia y alcance de las libertades señaladas, es el Mensaje con que se dio inicio a la tramitación de la Ley N° 19.846, que puso término a la censura cinematográfica en Chile, al apuntar que: “[d]esde el punto de vista doctrinario, no cabe duda -ni nadie discute- que la libertad de expresión es un derecho fundamental de las personas. A pesar de eso conviene preguntarse una vez más, antes de entrar en la crítica a la censura previa, ¿por qué tiene que ser libre la expresión humana?”

Esencialmente, hay dos justificaciones. La primera es que dicha libertad -entendida como derecho a opinar, a criticar y manifestar las propias ideas en público- es esencial para asegurar otros valores, especialmente aquellos propios al ordenamiento democrático, tales como el pluralismo, la fiscalización del poder, la participación ciudadana en las decisiones y la obtención de las mejores políticas que nacen, precisamente, del debate y la legitimidad que otorgan acuerdos alcanzados mediante la persuasión racional.



La segunda justificación, la más importante, es que toda persona moralmente responsable tiene el derecho inalienable a expresarse y, por ese medio, a lograr su propio desarrollo personal y el de su comunidad. La dignidad de la persona humana -continúa el Mensaje- supone su libre determinación en el campo de la expresión y la libertad para recibir información. Por eso, como ha dicho un tratadista contemporáneo, un Gobierno insulta a los ciudadanos y les niega su responsabilidad moral, cuando decreta que no puede confiarse en ellos para escuchar opiniones que podrían persuadirlo a favor de convicciones consideradas por otras peligrosas u ofensivas. En cambio, retenemos nuestra dignidad como individuos sólo si insistimos que nadie -ningún funcionario ni mayoría- tiene el derecho a precavernos de una opinión sobre la base de que estamos capacitados para escucharla y ponderarla” (Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el proyecto de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística, 14 de abril de 1997, pp. 13-14, Boletín N° 2.016-07);

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, por su parte y a nivel mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, en su artículo 19, dispone que “[t]odo 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”, en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, también en su artículo 19, señala que:

“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.

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”;

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, por último, a nivel regional, el artículo 4° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IXª Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, prescribe que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” y, finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 13, que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

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

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

CUADRAGESIMOCUARTO: Que, en definitiva, tanto en las disposiciones constitucionales y legales como en las contenidas en tratados internacionales vigentes en nuestro país, las libertades de emitir opinión e información son esenciales para el desenvolvimiento pleno de la persona, así como para el cabal funcionamiento del régimen democrático, cuyo ejercicio se garantiza sin censura previa y sólo respondiendo ulteriormente por los delitos y abusos que se cometan en su ejercicio, conforme lo establezca una ley de quórum calificado;

2. LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, tocante concretamente ahora a la libertad de “opinión”, precisamente invocada por los parlamentarios requirentes como lesionada por la disposición cuya inconstitucionalidad solicitan, conviene tener presente que ésta consiste en la más amplia facultad para comunicar cualquier “juicio o valoración que se forma una persona respecto de algo o de alguien”, según el Léxico;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que, al referirse a esta libertad, el tratadista don José Luis Cea señala que se trata de un “juicio de valor por parte de una persona que si bien no domina completamente el tema al que se refiere, no le es ajeno en cuanto a su conocimiento, de esta forma se convierte en un comentario subjetivo” (*Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones UC, 2004, p. 357). En tanto que otros especialistas han apuntado, análogamente, que “es la apreciación o punto de vista el rasgo característico de la opinión donde destaca una perspectiva individual de



un sujeto sobre algo”, de modo que aun involucrando un cariz intelectual como es el “juicio”, por ello “no es necesario que este juicio sea fundado ni veraz para que constituya una opinión”, dado que “es posible emitir opiniones erróneas, pues la opinión comprende como de su esencia la posibilidad de error. La protección que provee la Constitución a la libertad de opinión, en este sentido, es amplia” (Cristóbal Balbontín y Alexandra Maldonado, *Libertad de Expresión, Derecho a la Información y Medios de Comunicación*, Santiago, Thomson Reuters 2019, pp. 163-165);

CUADRAGESIMOSEPTIMO: Que, plegándose con ello al criterio universal, la Constitución chilena estatuye un régimen de responsabilidades ulteriores para el caso en que, como señala su artículo 19 N° 12°, “el ejercicio de estas libertades” pueda constituir un delito o abuso, el cual debe ser establecido por ley de quórum calificado.

Siendo de subrayar, entonces, que tales responsabilidades solo pueden nacer *ex post* al ejercicio efectivo de dichas libertades, y no con antelación, de modo que al criminalizar meras opiniones se pueda imponer un monopolio de la verdad. De donde resulta constitucionalmente más adecuado, en vez de ocluir a priori y por vía legal todo un género de opiniones, sancionar caso a caso el eventual ejercicio abusivo o delictual de esa libertad amplia para opinar, en supuestos calificados que den cuenta -para lo que aquí interesa- de haber mediado una verdadera apología del delito o una convocatoria a cometer genocidios o crímenes de lesa humanidad;

CUADRAGESIMOCTAVO: Que comoquiera que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania contempla una garantía análoga a ésta (en su artículo 5°, párrafo 1, inciso primero), ilustrativa aparece, a este respecto, la sentencia BVerfGE 93, 266, de 10 de octubre de 1995, del Tribunal Constitucional Federal alemán, en el sentido de que el derecho a expresar y difundir libremente una opinión, cubre todas las manifestaciones subjetivas o ideas personales de quien las expresa, independientemente de si está fundada o no objetivamente, y de si otros la consideran útil o dañosa, valiosa o despreciable.

CUADRAGESIMONOVENO: Que, en fin, cabe consignar que la tradición constitucional chilena da cuenta de una especial preocupación porque, a través de la ley, no se criminalice a quien piensa distinto, desde que el Estatuto de Garantías aprobado por la Ley de Reforma Constitucional N° 17.398, de 1971, modificara el artículo 10 N° 3° de la Carta de 1925, en el sentido de que para mantener a salvo la libertad de opinión -se añadió- “No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política” (artículo único N° 4);

3. JURISPRUDENCIA PRECEDENTE

QUINCUGÉSIMO: Que, es necesario, en esta materia, recordar también algunos de los pronunciamientos de esta Magistratura, en relación con el alcance de las libertades de emitir opinión y de informar, comenzando por la sentencia recaída en un requerimiento parlamentario deducido en contra del proyecto que culminaría



en la Ley N° 19.733, con motivo del cual sostuvimos “[q]ue ha sido invariablemente reconocido por la doctrina constitucional que el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 19, N° 12, sobre la libertad de opinar y de informar reside en que éstas libertades se pueden ejercer sin censura previa. Asimismo ha sido reconocido que nuestra Constitución ha consagrado en esta materia un sistema que importa resguardar el principio de libertad, ya establecido en el artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, el que implica igualmente que el ejercicio de tales libertades significa una responsabilidad para quienes las ejercen. De esta manera, aquellos que al hacer uso de estas libertades cometan delitos o incurran en abusos deben afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley establezca” (c. 9°, Rol N° 226);

QUINCAGESIMOPRIMERO: Que, desde otra perspectiva, hemos puesto de relieve también las importantes consecuencias constitucionales para la libertad de expresión que se derivaron de la derogación, en 1989, del texto original del artículo 8° de la Carta Fundamental con lo que “(...) se puso término a toda posibilidad de fiscalizar y prohibir la difusión de ideas (...)” (c. 14°, Rol N° 567), por lo que “(...) es posible sostener que, a partir de la reforma constitucional de 1989, se establece un modelo radicalmente distinto al previsto de conformidad al derogado artículo 8° de la Constitución. El actual artículo 19 N° 15°, inciso sexto, no consagra una excusión ideológica ni limita el pluralismo; por el contrario, lo considera como un valor” (c. 18°), de tal manera que “(...) la reforma constitucional de 1989 implicó un cambio sustancial en la forma de resguardar la Constitución, dejando atrás la “democracia protegida” y estableciendo un sistema de resguardo de menor intensidad que el empleado por los países donde impera la denominada “democracia militante”, surgida luego de la 2ª Guerra Mundial en algunos países europeos como reacción al nazismo y al fascismo (...)” (c. 19°), concluyendo que “(...) en una democracia todas las ideas deben ser respetadas, aun las que parecen más adversas a la autoridad (...). Distintos son los casos en que no se trata simplemente de la difusión de ideas sino de la realización de actividades contrarias a la Constitución y a las leyes, especialmente cuando se hace en forma organizada” (c. 23°).

Particularmente, en relación con el derecho asegurado en el artículo 19 N° 12°, en dicho pronunciamiento, expusimos que “(...) la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada” (c. 30°), comprendiéndose en ella “(...) las declaraciones sobre hechos y también las meras opiniones, con independencia de si son fundadas racionalmente o no (...)” (c. 34°), sin llegar a “(...) protege[r] la comisión de delitos o el ejercicio abusivo de la misma, pero en ningún caso es admisible la censura previa (...).

Esas limitaciones no pueden afectar las ideas, aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (c. 36°).



En fin y en relación con el denominado “discurso del odio”, aquella sentencia hizo suya la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto “(...) *la libertad de expresión no ofrece cobertura al “discurso del odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular (Ergodu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999; Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006)”* (c. 38°);

QUINCAGESIMOSEGUNDO: Que, posteriormente, con motivo de un requerimiento parlamentario en contra de diversos artículos del proyecto de ley que permitía la introducción de la televisión digital terrestre, esta Magistratura declaró inconstitucional la frase final del nuevo inciso quinto del artículo 1° de la Ley N° 18.838, en virtud del cual “[p]ara efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, promover en los contenidos entregados la observancia de estos principios, excluyendo aquellos que atenten contra los mismos”.

Pronunciamos tal inconstitucionalidad, habida consideración “[q]ue la libertad de expresión, en sus dimensiones de emitir opinión y de informar, constituye una manifestación del derecho a la libertad personal y es el fundamento, en una sociedad democrática, del ejercicio de las demás libertades.

Universalmente se entiende que la misma no puede estar condicionada o limitada previamente, en cualquier forma y por cualquier medio, y que sólo la legislación común puede castigar los abusos y delitos que se cometan en su ejercicio. Así lo establece, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 13 asegura la libertad de expresión, declarando que el ejercicio de tal derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas en la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a derechos de terceros o la protección de ciertos valores de interés público.

En el mismo sentido, el texto de nuestra Carta Fundamental es claro y perentorio, estableciendo la interdicción de la censura previa. El concepto de ésta es amplio y comprensivo de cualquier acto o disposición que impida, intervenga, dificulte ostensiblemente o condicione la exteriorización de las ideas o la divulgación de las informaciones” (c. 6°, Rol N° 2.541);

QUINCAGESIMOTERCERO: Que, por último, en el Rol N° 3.329, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad en contra del artículo 161-A del Código Penal, en virtud del cual se castiga al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público; o que las difunda,



constatamos que “(...) nuestro legislador presta relevante atención al bien jurídico constituido por la honra y el buen nombre de la persona y su familia. Para la consecución de este objetivo, impone limitaciones al derecho de informar y de ser informado, optando por reprimir todo exceso ya no solo asociado a la revelación o difusión indebida de datos o antecedentes que puedan comprometer la reputación o la fama de las personas, sino incluso la amenaza verosímil de daño a dicho prestigio (...)” (c. 9°), por lo que tuvimos que evaluar la legitimidad de la represión penal como *última ratio*;

QUINCAGESIMOCUARTO: Que, en este sentido, “(...) tanto la libertad de expresión y de información cuanto el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia -resguardados constitucionalmente en los artículos 19.12° y 19.4°, respectivamente de nuestra Ley Fundamental- admiten limitaciones que puede imponer el legislador, si bien sujetándose a los términos que le impone el numeral 26° del artículo 19 constitucional.

Desde luego, el propio numeral 12° de al artículo 19 citado, junto con asegurar la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, introduce como límite a su ejercicio la obligación de “**responder de los delitos y abusos que se cometan**”, en conformidad a la ley, la que deberá ser de *quorum calificado*” (c. 38°);

QUINCAGESIMOQUINTO: Que, “(...) por consiguiente, la presunta aporía por resolver debería quedar centrada en la **proporcionalidad estricta de la sanción penal** como una medida equilibrada y justa que es menor al perjuicio que ocasiona la intervención al derecho fundamental.

A este propósito, cabe recordar que la libertad de informar, sin censura previa, no exime de responsabilidad penal al difusor del mensaje, quien en el ejercicio de esta libertad puede incurrir en “**delitos y abusos**”, según lo explicita el inciso primero del artículo 19.12° de la Carta Fundamental. Es el legislador, en consecuencia, el llamado a determinar cuándo estamos en presencia de un tipo penal o de un simple abuso, sancionable civil o administrativamente. Lo que naturalmente no libera al legislador del respeto y protección del derecho a la libertad de opinión, siempre que su ejercicio no dañe o perjudique en su esencia la garantía del mismo rango del derecho a la vida privada y la honra de las personas” (c. 61°);

QUINCAGESIMOSEXTO: Que, en el caso examinado en el Rol N° 3.329, concluimos que “(...) no se está imponiendo una censura previa al mensaje, lo que sí está frontalmente proscrito. Tampoco se excluye el derecho a informar de lo que ocurre en recintos o lugares de libre acceso al público. O difundir comunicaciones que no tengan carácter privado.

La regla de precedencia aplicable permitirá introducir una cláusula de excepción o exclusión, que no importa una declaración de invalidez absoluta de la norma constitucional excedida, sino la obligación de satisfacer preferentemente uno de los principios concernidos, en el caso concreto, puesto que se trata de una colisión de principios. Al interior de esta confrontación, la opción preferente por la defensa del honor y la vida privada del querellante de autos no deja sin aplicación el derecho fundamental a la libertad de informar, sino que



subordina esta libertad para excluirla por la comisión de un eventual delito, como lo autoriza el propio artículo 19.12°, inciso primero, constitucional.

De lo que cabe inferir que este tercer subprincipio del test de proporcionalidad, tampoco ha sido violentado constitucionalmente por el legislador en la especie” (c. 62°);

QUINCAGESIMOSEPTIMO: Que, a la luz de los parámetros que cabe extraer de nuestra jurisprudencia, las libertades de emitir opinión y de informar se pueden ejercer sin censura previa, pero ello sin perjuicio de responder por los delitos o abusos en que se incurra con motivo de su ejercicio, configurando no sólo un derecho fundamental subjetivo, sino un requisito consustancial al régimen democrático, habiendo optado la Carta Fundamental, sobre todo a partir de la reforma que, en 1989, derogó el texto original de su artículo 8°, por un modelo que, dejando atrás una denominada *democracia protegida*, garantiza que todas las ideas -aun las más irritantes, adversas o sorprendentes- puedan exteriorizarse porque así se permite el debate, el intercambio de puntos de vista, la libre crítica, la investigación científica, la libertad de cátedra y el diálogo que conduce a una opinión pública informada que es esencial para el desenvolvimiento de la democracia constitucional, sin llegar a cubrir el “discurso del odio”, en cuanto supone una *incitación directa* a la violencia.

Por ello, declaramos la inconstitucionalidad ya referida en el Rol N° 2.541 que imponía a los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión la obligación de excluir *per se* y previamente los contenidos que atentaran en contra de la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, al mismo tiempo que admitimos, en el Rol N° 3.329, que se ajustaba a la Carta Fundamental la tipificación de una conducta porque -incidiendo, en ese caso, en el ejercicio de la libertad de informar- resultaba proporcionada, desde que, hallándose en juego el derecho a la vida privada y la honra de las personas, contemplaba una excepción limitada que no conllevaba una declaración de invalidez absoluta de la norma constitucional;

4. CONCLUSIÓN

QUINCAGESIMOCTAVO: Que, prácticamente, desde el inicio de nuestro constitucionalismo, se ha garantizado la libertad de expresión sin censura previa en términos amplísimos, tanto por su naturaleza de derecho fundamental cuanto por su relevancia basal que posee en el sistema democrático, aun cuando ella no goza de alcance ilimitado, pues se debe responder de los delitos y abusos que se cometan en su ejercicio, en conformidad a la ley que debe ser de quórum calificado;

QUINCAGESIMONOVENO: Que, esta limitación, incorporada en 1925, así como la exigencia de quórum calificado a partir de 1980, dan cuenta que la reacción penal debe ser precisa en su determinación para no ser constitutiva de censura previa (Rol N° 2.541), proporcionada en sus efectos (Rol N° 3.329) y exclusivamente orientada a sancionar conductas y no ideas (Rol N° 567), en coherencia con la preceptiva



constitucional, legal y de tratados internacionales vigente en nuestro país sobre esta materia;

SEXAGÉSIMO: Que, por lo expuesto, estimamos que el artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, contenido en el boletín N° 11.424-17, al incorporar al Código Penal, entre los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución, un artículo 161 D, en virtud del cual se castiga al que a través de cualquier medio justifique, apruebe o niegue las violaciones a los derechos humanos allí mencionadas, 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 él o los ofendidos, es contrario a lo asegurado en el artículo 19 N° 12° inciso primero de la Carta Fundamental, en cuanto lesiona la libertad de emitir opinión sin censura previa;

SEXAGESIMOPRIMERO: Que, no hay duda que puede sancionarse el discurso que suponga una incitación directa a la violencia, lo cual, en nuestro caso, además, constituye un objetivo ineludible del principio de supremacía constitucional que la Carta Fundamental y la ley nos han encomendado garantizar, no obstante lo cual, mediante la norma impugnada, se lesiona la libertad de emitir opinión que se asegura en la Constitución, al incorporar un tipo penal que arriesga que se puedan perseguir simplemente ideas, juicios o apreciaciones cuya controversia o, incluso, reproche o ilicitud puede ser igualmente sancionada a nivel legal en otras sedes, pero que, al atribuirle naturaleza penal, afecta la libertad de expresión que, como ya hemos dicho, no puede quedar condicionada.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en los artículos 19 N° 12, 66 y 69, 93, incisos primero, N° 16°, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO ÚNICO DEL PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO DE INCITACIÓN A LA VIOLENCIA, CONTENIDO EN EL BOLETÍN N° 11.424-17.

Acordada la declaración de inconstitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, en virtud de su desvinculación con las ideas matrices del proyecto, con el voto dirimente de la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, en su calidad de Presidenta del Tribunal.



DISIDENCIAS

Los Ministros señores **GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, NELSON POZO SILVA**, Ministra señora **MARÍA PÍA SILVA GALLINATO** y Ministro señor **RODRIGO PICA FLORES**, estuvieron por rechazar el requerimiento en lo relativo al vicio de desvincularse el precepto impugnado respecto de las ideas matrices del proyecto de ley identificado con el Boletín N° 11.424-17, según las siguientes consideraciones:

a. PREVENCIÓN INICIAL

1°. Los criterios que presidirán este voto disidente se vincularán estrictamente a las dimensiones formales del capítulo relativo al vicio de vulneración del artículo 69 de la Constitución en relación a las ideas matrices del proyecto de ley identificado previamente. En consecuencia, de sus afirmaciones necesarias para fundar la inexistencia de este vicio, no es posible deducir argumentaciones que se aproximen a un rechazo o acogimiento de otras dimensiones del requerimiento planteado.

b. LA IMPUGNACIÓN

2°. El requerimiento de los parlamentarios sostiene que *“en este contexto, si revisamos el Mensaje que tipifica el delito de incitación a la violencia, Boletín N°11.424-17 aquí estudiado, nos daremos cuenta que el fundamento y las ideas matrices del proyecto consisten en sancionar penalmente aquellos discursos que, conforme a la terminología del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, consistan en una apología del odio que constituya una incitación de tal magnitud capaz de desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar, que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo, en base a lo dispuesto tanto en los pactos internacionales de derechos humanos, como en nuestro ordenamiento jurídico interno.”* (fs. 30 del requerimiento).

Con posterioridad, en un examen integral del planteamiento se indican tanto las normas constitucionales como legales, así como la jurisprudencia y doctrina que identifican en qué consiste el respeto a las ideas matrices de un proyecto de ley. Estamos de acuerdo con esas referencias.

Se encuentran afirmaciones en el requerimiento que acreditan como dadas que la parte impugnada del proyecto de ley debieron haber sido declaradas inadmisibles. A saber, *“en efecto, la diputada Carmen Hertz Cádiz presentó indicaciones relacionadas con el delito de negacionismo, que excedían las ideas fundamentales del proyecto y que debieron ser declaradas inadmisibles. Sin embargo, lejos de declararse inadmisibles dichas indicaciones, estas fueron votadas y aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, teniéndose dichas indicaciones como constitutivas de la actual redacción del proyecto, vulnerándose y desconociéndose el texto constitucional y la practica legislativa.”* (fs. 38 del requerimiento). Lo mismo se advierte a fs. 31 y 35, entre otras.



En síntesis, “*el proyecto de ley fue objeto de múltiples indicaciones que vulneraron la obligación constitucional de respeto por las ideas matrices o fundamentales del proyecto, toda vez que se refieren al delito de negacionismo, el cual no formaba parte de los fundamentos del Mensaje presidencial.*” (fs. 31 del requerimiento).

En resumen, los requirentes estiman que no es posible en el marco del proyecto de ley relativo al establecimiento del delito de prohibición de “apología del odio” pueda incorporarse normas relativas al “delito de negacionismo”, en las expresiones utilizadas por los parlamentarios.

c. CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA RECHAZAR ESTE VICIO

3°. Resultando clara esa distinción que se pretende impugnar, no resulta explicada el por qué no tendría una vinculación directa con las ideas matrices. Por el contrario, sostendremos que sí están asociados conforme los siguientes criterios. En primer lugar, porque buena parte de los parlamentarios, incluyendo algunos requirentes, así lo estimaron durante la tramitación del respectivo proyecto de ley tanto porque presentaron mociones similares como por no haber solicitado su inadmisibilidad. En segundo lugar, porque existe un vínculo con la idea matriz del proyecto relativo al establecimiento de un delito de aquellos identificados en el inciso primero del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución. En tercer lugar, porque esta dimensión punitiva de ampliación se corresponde con sus precedentes en el derecho comparado desde donde se han adaptado y que han servido para una discusión en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

c.1.- IDEAS MATRICES, ADMISIBILIDAD Y CONDUCTA PARLAMENTARIA

4°. Ideas matrices de un proyecto de ley. De conformidad con el artículo 69 de la Constitución, “todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”.

En la primera dimensión, cabe consignar que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la idea matriz de un proyecto está constituida por la situación, materia o problemas específicos que el autor del proyecto de ley señale como existentes y a cuya atención, en todas sus implicancias, quiere acudir por la vía de su potestad normativa legal. Son únicamente las comprendidas en el mensaje o moción pertinente (STC 9-72 c. 12°; STC 786-07, c. 17°; STC 719-07, c. 21°; STC 7896-19, c. 13°, entre otras).

En tal sentido, las indicaciones del todo ajenas al proyecto o cuya vinculación con el mismo sea remota, lejana, no resultan constitucionalmente admisibles. (STC 719-07, c. 25°) (En el mismo sentido, STC 1005-07, c. 10°).



5°. Facultades para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de una indicación. Corresponde al presidente de la respectiva comisión declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de las indicaciones formuladas, pudiendo dicha declaración ser revisada por la respectiva comisión a solicitud de cualquiera de sus miembros (artículo 25 de la LOC del Congreso Nacional). Asimismo, corresponde al presidente de la sala resolver la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad de las indicaciones, pudiendo ser esta reconsiderada por la sala a petición de cualquiera de sus diputados (artículo 25 de la LOC del Congreso Nacional). Las causales de inadmisibilidad son aquellas que contempla el artículo 24 de la LOC del Congreso Nacional, entre las cuales se encuentra la de ser las indicaciones contrarias a las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

Cabe tener presente que la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad efectuada en una comisión puede ser revisada por la sala, por el contrario, aquella que se realice en sala no puede ser posteriormente reconsiderada en las comisiones (artículo 25 de la LOC del Congreso Nacional).

6°. Discusión sobre la admisibilidad durante la tramitación del proyecto de ley. Tal como se lee de los informes de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados y de las actas de sesión de la sala, la admisibilidad de la indicación que introdujo la disposición cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita no fue cuestionada por ningún parlamentario ni en la comisión ni en la sala, siendo que sí se debatió sobre la admisibilidad de otras indicaciones, según consta en el primer informe (fs. 258 y ss. del expediente constitucional, específicamente, fs. 323). Es más, algunos de los diputados requirentes, como los H. Diputados señores Nino Baltolú, Gustavo Sanhueza, señora Catalina Del Real, señores Cristóbal Urruticoechea, Diego Schalper y Jorge Ragtheb, promovieron y estuvieron por aprobar una indicación que ampliaba el tipo penal del delito de negacionismo, según consta en el nuevo primer informe (fs. 344 y ss. del expediente constitucional) y en el segundo informe (s. 375 y ss. del expediente constitucional), ambos evacuados por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados. En consecuencia, en el curso del trámite legislativo, no existió una discrepancia en torno a la admisibilidad de la indicación presentada por la H. diputada Hertz inicialmente y, en particular, respecto a si esta excedía las ideas matrices del proyecto de ley o no.

c.2.- VÍNCULO DESDE LA IDEA MATRIZ ENTRE AMBAS FIGURAS PENALES

7°. Mensaje presidencial. El proyecto de ley, originado en mensaje presidencial, sostuvo dentro de los antecedentes del proyecto de ley, que se menciona el imperativo para las sociedades democráticas de lograr una “coexistencia pacífica y respetuosa en una sociedad compuesta por personas de distinto origen étnico y cultural”, prevenir la generación de estereotipos basados en el odio, que llevaron al exterminio de



millones de seres humanos, a fin de evitar su repetición y resguardar la no discriminación arbitraria y la igualdad entre las personas como tarea esencial para mantener la plena realización de todos los derechos humanos y la vigencia de las sociedades democráticas. Para ello, proponía sancionar penalmente y conforme con la terminología del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, aquellos discursos que “consistan en una apología del odio que constituya una incitación de tal magnitud, que pueda desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo”. Se menciona como bienes jurídicos protegidos por el nuevo tipo penal “por una parte, la dignidad y el derecho a no ser discriminadas de todas las personas, y por la otra, la vigencia de una sociedad democrática”.

8°. En particular, el proyecto de ley contenía en su dimensión original una referencia que importaba derogar el artículo 31 de la Ley 19.733 a objeto de uniformar el estatuto de la información y de la opinión de un modo igualitario, debido a que la regulación vigente sólo se restringía a los medios de comunicación social.

9°. En consecuencia, lo que unifica a ambos tipos de delitos (apología del odio y negacionismo) es que se trata de identificar materialmente límites a la libertad de expresión bajo la consideración de “delitos” de aquellos que identifica el inciso primero, del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución. Los jueces que suscribimos este voto tenemos juicios diversos sobre el resultado de dicha consideración, pero entendemos que si se puede pronunciar sobre el fondo del asunto es porque ambos tipos de delitos se enmarcan en caracterizarse como límites de las libertades de opinión y de información. En consecuencia, la evolución de la deliberación parlamentaria transcurrió intelectualmente por materias que tienen la proximidad necesaria para ser admisibles dentro del artículo 69 de la Constitución.

c.3.- VÍNCULO CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

10°. La introducción del delito de negacionismo no excede las ideas matrices del proyecto de ley. Si bien, el delito de negacionismo es una figura diferente, aunque conectada, del discurso del odio (Valenzuela, Cecilia, y Villavicencio, Luis. (2020). El discurso del odio y los límites a la libertad de expresión. En Guzmán, José Luis, y Zúñiga, Alejandra (eds.). Delito, naturaleza y libertad. Temas y problemas de Filosofía del Derecho y Filosofía jurídico-penal. Valencia: Tirant lo Blanch), el delito de negacionismo encuentra inspiración, tal como el discurso del odio, en el principio de no discriminación y en la necesidad de satisfacer las exigencias de una sociedad democrática (Fronza, Emanuela (2011). ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época (5). pp. 97-144) y, en consecuencia, la incorporación del delito de negacionismo al proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia por discurso del odio no se aparta de sus ideas matrices, porque entre estas se encontraba precisamente



resguardar la no discriminación arbitraria y asegurar la vigencia de la sociedad democrática, tal como se desprende del mensaje con que se originó la iniciativa legal y, además, ambas figuras importan una limitación a la libertad de expresión.

11°. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas los entiende vinculados. Si justamente se puede examinar el fondo del planteamiento de los requirentes es porque están estrechamente determinados los vínculos entre el artículo 19 y el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como el principio que guía este voto no es introducir criterios de examen del fondo, parece necesario sólo invitar a verificar cómo la Observación General N° 11 (relativas al artículo 20 del Pacto) y la Observación General N° 34 (relativa al artículo 19 del Pacto) identifican los criterios interpretativos de ambas libertades, así como sus límites y responsabilidades.

12°. Legislación basada en ordenamientos que los tratan como delitos que restringen la libertad de expresión. Nuevamente sin necesidad de establecer una referencia sobre el fondo del asunto, legislaciones de diversos países han identificado reglas comunes para el tratamiento de los delitos de incitación al odio y de negacionismo de determinadas realidades históricas. Como dicen algunos autores, “en la sociedad europea crece la preocupación por el retorno de tendencias fascistas y neonazis y por la extensión de ideologías xenóforas y antisemitas, algunas de ellas alimentadas a partir de tesis de negacionistas. La lucha frente a los discursos negacionistas se ha llevado más allá del ámbito social y académico, y se ha propuesto la incorporación en los ordenamientos jurídicos europeos de tipos penales específicos que incriminan este tipo de discurso: negar, banalizar, o justificar el Holocausto y otros genocidios o graves crímenes contra la humanidad.” [Teruel Lozano, Germán (2015), La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid].

13°. Los casos del Código Penal alemán y del español. En la historia de este tipo de legislaciones adquiere una función prototípica el caso del Código Penal alemán. En este sentido, las leyes alemanas tratan en el mismo artículo 130 del Código Penal las dos figuras penadas, tanto de incitación al odio, así como de la noción del delito de negacionismo bajo la categoría común de agitador. Por su parte, la ley orgánica 1/ 2015 de reforma al Código Penal español, entre los delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas, incorporó el art. 510.1 c) que considera al negacionismo como una forma de incitación a la violencia, odio, hostilidad o discriminación contra ciertas minorías.

14°. En consecuencia, sirvan estos tres tipos diferentes de argumentos para desestimar la hipótesis de vulneración del artículo 69 de la Constitución. Efectivamente, hay un vínculo entre los delitos de incitación al odio y del llamado negacionismo porque los propios parlamentarios de todo el espectro político entendieron que podían ampliar el estudio delictivo en el Boletín N° 11.424-17 a la figura penal ahora cuestionada. En segundo lugar, porque lo que las une es la



consideración de ser parte sustantiva de los límites a los que hace alusión el inciso primero, del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución. Y, finalmente, porque esa relación se funda en raíces comunes que se refieren a la interpretación realizada por organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos mediante sus Observaciones Generales. Del mismo modo, se trata de una cuestión que se funda en el modo en que el Derecho penal alemán trató esta materia incluyendo en el mismo artículo del Código Penal los dos delitos y en el del Código español que vincula ambas figuras. De este modo, no se trata de ideas opuestas, que se excluyan o repudien sino que son parte de una de las miradas posibles del legislador al tratar estas materias relativas a actos del habla vinculados a la aprobación, la negación o la banalización de determinados hechos.

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO estuvieron por no entrar al fondo del requerimiento planteado por los requirentes por las siguientes consideraciones:

1°. Porque así lo plantearon desde la tramitación del mismo requerimiento en orden a “permitir que la otra Cámara se exprese, afecta tanto las funciones de ésta como las del Congreso en su conjunto y no es deferente con su razonamiento, por lo que no se tiene por configurada respecto del requerimiento una *“exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo”* que exige el artículo 63 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para admitirlo a tramitación, por lo cual éste se tiene *“por no presentado, para todos los efectos legales”* (art. 66). (...) Al recaer este voto en los defectos formales que se han mencionado, por una parte, no ha entrado a emitir un juicio de fondo sobre los vicios invocados en él, y, por otra parte, tales reproches pueden volver a formularse con los fundamentos que en él se han dado o con otros, si se dieran los presupuestos constitucionales para ello, por cuanto no ha precluido el derecho que tienen los requirentes para volver a presentarlo en el futuro.”

2°. Porque revisados los vicios formales del requerimiento, el mismo fue acogido por una apreciable consideración de esta Magistratura al estimar que se incumplía con el quórum requerido para continuar con la tramitación del numeral 2° del artículo único del proyecto de ley. De este modo, no se ve razón para entrar a examinar otro tipo de cuestionamientos cuando ya resulta inconducente el examen de los mismos.

3°. Este criterio lo ha tenido presente esta Magistratura en jurisprudencia pasada, a saber, resuelto un asunto, el “pronunciamiento que es suficiente en sí mismo, razón por la cual él no implica, para ninguna finalidad, la emisión de opiniones, juicios o decisiones acerca del fondo del planteamiento contenido en el requerimiento” (STC 383, c. 23°).



4°. De este modo, estimamos que no es posible deducir de esta definición de neutralidad una fórmula interpretativa a favor o en contra de las ideas que manifiesta tanto el proyecto de ley como el requerimiento. Tampoco se trata de argumentaciones que sean aprobatorias o denegatorias de las ideas mismas que se trata de legislar. Por último, en nada implicar eludir el problema planteado, puesto que nuestros votos han servido para la declaración de inconstitucionalidad formal del proyecto de ley planteado.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien además de compartir lo expresado en el voto de empate acerca de que la indicación declarada inconstitucional sí se encuentra dentro de las ideas matrices, estuvo por rechazar el requerimiento en razón de las siguientes consideraciones:

CAPÍTULO I:

DE LA INTERPRETACIÓN DEL TEXTO POLÍTICO ANTE EL NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL EN CHILE

1°. Que, como primera cuestión, debe descartarse una perspectiva pretendidamente "originalista" de interpretación del texto constitucional para resolver el presente caso. En efecto, no es relevante determinar ni evaluar las "intenciones" ni discusiones que la llamada Comisión Ortúzar (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o CENC) tuvo al discutir y proponer a la Junta de Gobierno las normas sobre libertad de opinión e información y sus pretendidos límites. En este sentido, lo que pudieren ser las convicciones íntimas o las intenciones de los participantes en los diversos órganos, asesores o no, que fueron parte de la elaboración del texto original de la Carta de 1980 aparecen evidentemente subordinadas al devenir de la norma, al desarrollo de la ciencia, a la evolución de la sociedad a la que rige y al desarrollo del sistema político hasta la actualidad, no pudiendo conformar así las actas expresivas de la "voluntad" de los órganos asesores de una junta militar una suerte de testamento constitucional, ni menos una suerte de revelación para un período democrático posterior.

2°. En el presente caso, resulta aún más paradójico el uso de métodos originalistas del interpretación constitucional, pues las graves violaciones de derechos humanos a que se refiere el tipo de negacionismo propuesto son perpetradas por agentes del Estado bajo el mismo gobierno que por medio del decreto ley 128 - aclarando el sentido que le asigna al decreto ley N° 1 que dictó- se auto atribuye poderes para redactar e imponer lo que después será la constitución de 1980 en su texto original ("El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno..." señala en su art. 3°), mismo gobierno que crea a la CENC como órgano asesor para elaborar tal texto.



3°. Así, un ejercicio de interpretación "originalista" para acoger el requerimiento en el presente caso encierra la trágica paradoja de sostener que los mismos gobernantes bajo cuyo mando se cometieron los hechos negados -torturas, prisión política, ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas- entregaron un orden constitucional que permitiría consagrar el derecho a negarlos, en un fenómeno que respecto del negacionismo puede ser similar al de las auto amnistías de delitos cometidos por agentes estatales.

4°. En efecto el Estado constitucional y democrático de nuestra época, con todas las imperfecciones y déficits que tenga, es incompatible con la atribución del carácter y la fuerza de historia fidedigna o canon interpretativo con estándar de verdad a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como lo fue la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sobre todo si se tiene en cuenta que, con variadas, reiteradas y sustanciales reformas, hoy nos rige un texto constitucional sustancialmente diferente, que ha sido sucesivamente enmendado por órganos expresivos de la soberanía popular en períodos de democracia y normalidad constitucional, lo cual no obsta a que, en el ejercicio de autodeterminación, el titular de la soberanía pueda considerar insuficiente lo obrado a través de las atribuciones constituyentes derivadas, lo cual es parte del devenir actual del sistema político, en el marco de la discusión constituyente que está ad portas tras el plebiscito sobre nueva constitución, en el cual el titular de la soberanía determinó iniciar un proceso de redacción de un nuevo texto.

CAPÍTULO II:

DEL QUÓRUM CON EL QUE SE SOMETIÓ A VOTACIÓN EL PROYECTO DE LEY EN EL CONGRESO NACIONAL

5°. En cuanto a que el proyecto se referiría a una materia propia de quorum calificado por referirse a delitos cometidos en ejercicio de las libertades de opinión e informar, en referencia a los establecidos en el artículo 19, numeral 12°, de la Constitución Política de la República, cabe señalar varias cuestiones.

6°. La primera es que toda libertad tiene un objeto, que se traduce en que el enunciado de la norma constitucional que la recoge lo señala de manera directa, por ejemplo, en la libertad de asociación el objeto será asociarse, lo que requiere determinar el concepto de asociación, determinar las de carácter lícito, la regulación de las mismas, etc. En referencia a ello, el reconocimiento y determinación del objeto de esa libertad es lo que determinará si determinado acto está o no dentro del ejercicio del derecho fundamental involucrado. En el ejemplo establecido, se puede afirmar categóricamente que la fundación de una asociación del tipo destinado a la producción y de tráfico de drogas como el clorhidrato de cocaína y el consecuente lavado de dinero no sería ejercicio de la libertad de asociación consagrada por la constitución, pues claramente cabe fuera de su objeto constitucionalmente reconocido. De esta forma, no debe perderse de vista que determinar el objeto de un derecho es



parte del ejercicio de “delimitar” su contenido, es decir, establecer los contornos del contenido del derecho, desde adentro, es decir, desde el reconocimiento de su objeto, en lo que se denominará “delimitación interna”, lo cual es diferente del establecimiento de limitaciones a posteriori al mismo derecho por otros motivos ajenos, o externos a su contenido, en lo que se denominará “limitación externa” (como por ejemplo, las que vivimos hoy bajo Estado de excepción al respecto). Desde esta perspectiva, la distinción entre “delimitación interna” y “limitación externa” permitirá reconocer si estamos o no en presencia de un conflicto de derechos, pudiendo el mismo ser real o aparente. En tal caso, si se está en presencia de un conflicto aparente, la resolución del mismo *“no consiste pues en la determinación del derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica general o por su ponderación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho”* (Antonio Luis Martínez-Pujalte, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, Cuadernos y debates, p. 134). En el mismo sentido, debe tenerse presente que *“La correcta delimitación de los derechos y sus limitaciones externas permiten superar falsos conflictos de derechos, a su vez, cuando existe tensión entre ellos, debe asumirse que los derechos no son disyuntivos, debiendo hacerse el máximo esfuerzo por armonizarlos, debiendo ser garantizados en su contenido esencial”* (Humberto Nogueira Alcalá, PAUTAS PARA SUPERAR LAS TENSIONES ENTRE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS A LA HONRA Y LA VIDA PRIVADA, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XVII, Valdivia, diciembre 2004, pp. 139-160, disponible en <http://revistas.uach.cl/html/revider/v17/body/art06.htm> , consultado el 12-11-2020)

7°. En esta “delimitación interna”, lo primero que se hace necesario es referirse al objeto de las libertades de informar y de opinar, pues ello ofrece la oportunidad de reconocer conceptualmente parte de lo más relevante del contenido de este derecho. Así, será parte del mismo lo que quepa dentro de los conceptos de “información” y “opinión”, para entender que se amparan las acciones de informar y opinar. Es en este sentido que se debe reconocer, en primer lugar, que los conceptos de opinión e información no son una creación de la ciencia del Derecho público, sino que son muy anteriores a él. Así, no puede preterirse que, a la hora de aproximarse la libertad de informar y la libertad de opinar, debe diferenciarse por todo cientista social la episteme de la mera doxa.

8°. La episteme significará conocimiento entendido en la medida que esté justificado como apegado a una verdad, a diferencia del término "doxa" que se refiere a la creencia común o mera opinión, sin tal comprobación o sustento, en el marco de ciencias sociales que hoy son marcadamente hermenéuticas y argumentativas. En ciencias sociales, el método científico y la *lex artis* de cada disciplina serán lo que determina no una verdad matemática, sino una construcción razonable admisible



como una posible o razonable verdad, motivo por el cual la metodología de la investigación y la epistemología son parte importante de la formación. De tal forma, lo que puede ser objeto de episteme y lo que puede ser objeto de doxa es clara y categóricamente diferenciable: se puede opinar, pero el campo de la doxa no alcanza a desmentir lo que sea episteme.

9°. Desde esa perspectiva puede existir una doxa (opinión) que sea, por ejemplo, terraplanista, o que niegue que la suma de uno más uno es dos, y no podrán ser prohibidas ni perseguidas aun cuando rompan dichos paradigmas de básica escolaridad. Pero, para que una opinión sea episteme y aceptada como posible verdad ha de ser sometida a estándares de método, evidencia y comprobación que dejarán en claro que la tierra es redonda. En ese sentido, debe tenerse presente que la mera doxa no construye verdad, ni ciencia ni menos norma jurídica y si el establecimiento de la verdad es un derecho en materia de violaciones graves de derechos humanos, la doxa en contra de esa verdad, epistemológica, administrativa y jurisdiccionalmente determinable, puede constituir una violación de ese derecho a la verdad, que arranca además del deber de reconocimiento por parte de los Estados respecto de violaciones de derechos humanos. En efecto, en derecho esa episteme se construye de diversas formas, las comisiones de verdad y reparación y el derecho probatorio plasmado en una sentencia con efecto de cosa juzgada son obras de esa construcción.

10°. Así, no resulta extraño que frente a dilemas relacionados con estos conceptos, determinando el objeto de lo que es opinable a propósito de la delimitación del objeto protegido constitucionalmente, el Tribunal Constitucional Alemán haya resuelto que *“quedarían fuera de los límites del ámbito amparado por la libertad de opinión (y de expresión) aquellas exposiciones de hechos que de manera probada o conocida son falsos. En consecuencia, este tipo de manifestaciones no estarían amparadas constitucionalmente”* (BVerfGE 90, 241 (247). Sala Primera, 13 de abril de 1994 – 1 BvR 23/94. Se reitera esta doctrina en la Decisión de la Sala Primera de 28 de marzo de 2017, 1 BvR 1384/16, citado por VIDAL PRADO, Carlos. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Estudios constitucionales [online]. 2017, vol.15, n.2 [citado 2020-10-28], pp.273-300. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000200273&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200273>).

11°. Lo expuesto acerca de los criterios del Tribunal Alemán deviene en una distinción, que debe hacerse *“entre manifestación de una opinión y afirmación de un hecho. Tanto la opinión, definida en los términos de una relación subjetiva entre el individuo y el contenido de su afirmación, como el hecho, en el que subsiste una relación objetiva entre la afirmación y la realidad, estarían protegidos por el art. 5 de la Carta fundamental alemana, que garantiza la libertad de expresión. Las afirmaciones negacionistas deberían ubicarse en la segunda categoría de las «afirmaciones de un hecho» (Tatsachenbehauptungen). Sin embargo, los jueces precisan que éstas no están protegidas por dicha disposición cuando se fundan en la mentira (como en este caso en el que la falsedad está ampliamente demostrada), no constituyen*



un presupuesto para la formación de una opinión y son gravemente lesivas de los derechos de la personalidad. Por lo tanto, la libertad de expresión no está protegida de manera absoluta y, además, la protección de las afirmaciones de un hecho depende —tal como se dijo— de la veracidad de éstas y de su contribución para la formación de una opinión sobre estos hechos” (¿EL DELITO DE NEGACIONISMO? EL INSTRUMENTO PENAL COMO GUARDIÁN DE LA MEMORIA Emmanuela Fronza, Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 3. a Época, no. 5 ,2011, p.125 y 126).

De esta forma, haciendo nuestros tales criterios, plenamente aplicables en nuestro sistema de fuentes, cabe señalar que la difusión de falsedades manifiestas no es parte del legítimo ejercicio de la libertad de informar en nuestro sistema constitucional, pues es justamente lo contrario del objeto protegido que delimita el derecho: es desinformar, lo cual además descarta que estemos en presencia de una doxa protegida, motivos por los cuales este voto sostiene que el negacionismo no es parte del objeto protegido legítimamente como opinión o información en el numeral N° 12° del artículo 19 de la Constitución, en la medida que la referencia a la existencia o inexistencia de un factum no es lo mismo que doxa, que a este respecto sería la opinión acerca de un hecho.

A su vez, el negacionismo implica per se el desconocimiento de la dignidad humana de aquellos que fueron afectados por las torturas, la prisión política, ejecuciones y desapariciones que se pretende negar, incluyendo tanto a las víctimas directas, a sus familiares y a los colectivos afectados (pues la acción estatal dirigida a torturar, privar de libertad y desaparecer en estos casos se determina por la pertenencia a colectivos perseguidos) agregándose además la difamación al exponerlos como protagonistas de una pretendida mentira en las tesis negacionistas y como consecuentes “aprovechadores” de las políticas de reconocimiento y reparación que constituyen un deber del Estado.

Es decir, admitir el derecho al negacionismo como parte de la libertad de expresión, opinión e información es en sí mismo pretender la construcción de un “derecho” contra la dignidad humana de otros, lo cual es tautológico y un sin sentido que cae por su propio peso, en la medida que todos los derechos fundamentales tienen un límite, y el primero y universal es el derecho fundamental y la dignidad humana del otro.

Así, a reglón seguido, se sostiene expresamente por este voto que el negacionismo sólo encierra una aparente relación con las libertades de expresión, opinión e información – como se revisará en detalle más adelante- y al estar fuera de su delimitación interna no es parte de su contenido ni de su objeto protegido, por lo que se concluye entonces que no existe el “derecho a opinar o a (des) informar negacionistamente”.

En efecto, este tipo de cuestiones son de antigua data en el Derecho Constitucional comparado, dentro del cual se encuentra el caso de la sentencia de amparo del Tribunal Constitucional Español N° 214/1991, conocida como el caso de



Violeta Friedman, sobreviviente del campo de Auschwitz-Birkenau, quien requirió en el sistema judicial español tutela judicial frente a opiniones negacionistas y degradantes hacia las víctimas del holocausto por parte del ex general de las SS Leon Degrelle, emitidos en un programa de TV. Distinguiendo qué parte de sus dichos quedaban amparados por las libertades de ideológicas y de expresión y cuáles excedían su contenido, razonó que

“...ni la libertad ideológica (art. 16 C.E.) ni la libertad de expresión (art. 20.1 C. E.) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas. En este sentido, y aun cuando, tal y como se ha reiterado, el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 C.E.) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.).

Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.

En consecuencia a lo expuesto, ha de concluirse, pues, que, si bien parte de las manifestaciones en cuestión realizadas por el Sr. Degrelle estaban incluidas en el ámbito de la



libertad de expresión, otra parte de ellas -las antes mencionadas no quedan justificadas por el art. 20.1 C.E.,”

Es decir, además de lo que se cita de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, debe considerarse que, en el año 1991, se sostiene por el Tribunal Constitucional Español que las libertades en cuestión no pueden amparar discursos de negacionismo que lesionen la dignidad de las víctimas, por una razón muy sencilla: está fuera del objeto protegido por las libertades invocadas por los negacionistas o por sus apologistas. En similar línea, se concluye en este voto que el negacionismo no es parte del contenido constitucionalmente protegido por las libertades de informar y opinar.

12°. Que, la Constitución chilena en el artículo 19 N° 12 , asegura a todas las personas *“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado (...).”*

Que, en el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19, establece:

“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.

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”.

13°. Que, en el mismo sentido, el artículo 20 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos establece que:

“1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

14°. De igual forma, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, precisa a propósito de la libertad de pensamiento y expresión, que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

15°. No puede preterirse que ningún derecho fundamental es absoluto y que todos ellos tienen límites, por lo cual pueden ser limitados por el legislador reuniendo los requisitos de determinación y especificidad, sobre la base del estándar de razonabilidad y proporcionalidad exigido, sin perder de vista la garantía de su contenido esencial. Sin perjuicio de ello este voto razona sobre la base de la determinación del objeto constitucionalmente protegido por las libertades de informar y opinar, concluyendo que el negacionismo tipificado por el proyecto no queda cubierto por el contenido de dichas libertades constitucionalmente protegidas, no siendo el proyecto de ley una limitación externa a las mismas, por referirse a conductas que no quedan cubiertas por el objeto legítimo de opinión y expresión que la constitución protege.

16°. De este modo, se emplea como parámetro el contenido esencial del derecho, como ya lo ha señalado esta Magistratura, en el contexto de una sociedad democrática donde se debe permitir la confrontación de ideas en un contexto de respeto con amplia tolerancia, incluso respecto de aquellas posiciones que resulten más incómodas. Pero esta última aseveración no es un cheque abierto para expresar absolutamente todo, pues como ya se ha esbozado existen derechos de terceros, valores y principios que deben ser respetados indistintamente, pues se reconoce como límite en todo derecho fundamental la dignidad del otro y su posible lesión, lo cual debe ser entendido en orden a que el proyecto de ley cuestionado al tipificar el negacionismo como delito, exige una lesión adicional a la mera palabra negacionista, no siendo delito la mera negación, por lo cual resulta elemental delimitar el contenido



del derecho y objeto desde la norma constitucional, sin perjuicio de que el legislador pueda imponer limitaciones que no afecten su contenido esencial.

17°. Con todo, las libertades de información y de expresión constituyen pilares fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico, pues en sus dimensiones protectoras son estudiadas como un derecho fundamental que, por una parte, permiten viabilizar la rendición de cuentas y el escrutinio ciudadano y, por otra fomentan el pluralismo político. En ese sentido “(...) esa doble dimensión dota a la libertad de expresión, cuando ésta se ejercita respecto de asuntos con relevancia pública y en el contexto político – social, de una particular trascendencia que los poderes públicos no pueden desconocer a la hora de proceder a la delimitación y ponderación con otros derechos fundamentales con los que pueda colisionar, debiendo asignársele una posición preferente” (Alcacer, R., Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH, Revista española de Derecho Constitucional, N° 97, enero – abril (2013), p. 310).

18°. Sin perjuicio de lo anterior, esta posición preferente no implica una protección absoluta de la libertad de expresión, pues como el resto de los derechos fundamentales, este encuentra su principal fundamento y límite en la dignidad de las personas cuya fuente radica en la Constitución, principios constitucionales que sirven de fundamento para la introducción de los derechos implícitos dentro del ordenamiento jurídico, así como también en aquellos derechos que encuentran su origen en normas internacionales ratificadas y que estén vigentes – que se encuentran incorporadas mediante la norma de reenvío contenida en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

19°. Debe recordarse que “sólo la constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales, ya que su carácter de derechos fundamentales deriva de su aseguramiento constitucional expreso o implícito, como asimismo, por el hecho de que su regulación está reservada exclusivamente al legislador (artículos 19 N° 26, 32 N° 6; 63 y 64 de la Constitución). Ninguna norma constitucional habilita a otro órgano o autoridad para introducir válidamente limitaciones de derechos fundamentales (...)” (en este sentido ver a Nogueira, H., Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín N° 8049-17; Estudios Constitucionales, año 10, N° 1, 2012, p. 410). En igual sentido, el mismo autor señala que el legislador puede configurar y regular los derechos en los casos que autoriza la Carta fundamental, teniendo siempre como límite la Constitución, ya que cada derecho está llamado a ejercerse, libremente, en su ámbito propio, en armonía con todos los demás derechos y bienes constitucionales (Op. Cit., p. 410).

20°. Que, el legislador está obligado a respetar y, por ende, tiene prohibido, constitucionalmente, afectar el contenido esencial de los derechos. Dicho contenido esencial se establece como la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder



de limitar los derechos, conformando la dimensión constitucional del derecho, proveniente de la tradición jurídica que se debe preservar (Op. Cit., p. 414), en este caso se sostiene que la prohibición del negacionismo no colisiona con la libertad de expresión, pues la negación, correctamente entendida, no forma parte del contenido de la libertad de expresión o de información, por cuanto se encuentra fuera de aquella dimensión del derecho -contenido esencial- que debe ser cautelada.

21°. Sentado ello, debe tenerse presente la reserva de ley de quorum calificado de los “delitos y abusos” que se cometan en el ejercicio de las libertades de opinar e informar, establecidas en el numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política. Como en todas las leyes de quorum calificado de y orgánicas constitucionales en la carta del 80, estamos en presencia de reservas de materias específicas y por ende limitadas, lo que para determinar el quorum de aprobación de un proyecto exige previamente determinar con precisión la materia objeto del quorum especial, pues la regla general en el sistema constitucional vigente es el quorum de toda norma es el de ley ordinaria, con la excepción de aquellas materias que la misma Constitución expresa y delimitadamente disponga se aplicarán los quórums especiales.

Desde esa perspectiva, para que en este caso corresponda aplicar la reserva de quorum calificado se debe estar regulando una materia que esté dentro del objeto protegido por las libertades de opinar e informar. En ese orden, si como ya se viera, el negacionismo no es parte del objeto protegido por la libertad de informar ni por la libertad de opinar, el configurar un delito a partir de él no cabe dentro de tal reserva de ley especial referida a los “delitos y abusos” cometidos en ejercicio de estos derechos, lo que determina que no estamos en presencia de normas de quorum calificado, al estar fuera de la delimitación de la reserva, correspondiendo entonces entender que las normas cuestionadas son propias de quorum ordinario.

CAPÍTULO III:

DE LAS IDEAS MATRICES DEL PROYECTO DE LEY

22°. Que, se ha planteado que el texto cuestionado, introducido por vía de indicación, al referirse al negacionismo y no a la incitación al odio, estaría fuera de las ideas matrices del proyecto de ley, por lo cual, a juicio de los requirentes, sería inconstitucional, por vicios de forma. En ese sentido, dentro de toda la fundamentación del proyecto –expresada en el mismo Mensaje Presidencial- se puede encontrar los siguientes pasajes:

“Así, resguardar la no discriminación arbitraria y la igualdad entre las personas resulta esencial para mantener la plena realización de todos los derechos humanos, y constituye uno de los fundamentos de las sociedades democráticas. Los discursos que incitan a la violencia, en cambio, minan ambos principios, ya que sugieren la preponderancia de ciertos grupos de personas por sobre otros.



Por ello es que los gobiernos democráticos en todo el mundo han hecho esfuerzos por limitar los efectos perniciosos que puede provocar este tipo de discurso. Países de distinta tradición jurídica han incorporado a sus ordenamientos jurídicos la sanción penal ante la existencia de discursos que inciten a la violencia, el odio y la discriminación. Alemania, Argentina, Holanda, Brasil, Bolivia, España y Uruguay son algunos ejemplos.

Los esfuerzos llevados a cabo tienen también presente el derecho fundamental a la libertad de expresión, garantía esencial para la existencia y fortalecimiento de las democracias.

La libertad de expresión goza de una amplia protección en todos los pactos internacionales y regionales de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituye una guía esencial para determinar los límites a la libertad de expresión, señala en su artículo 20 las limitaciones, entre las que se cuenta la apología al odio racial, nacional o religioso.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 13 que la libertad de expresión no es absoluta. El N° 5 del mismo artículo dispone que “estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

La libertad de expresión y la proscripción de los discursos que inciten a la violencia van de la mano. Esta última se erige como una limitación legítima, necesaria y proporcional al ejercicio de la primera. Los discursos que incitan a la violencia, en consecuencia, no pueden ser analizados sin la referencia al derecho fundamental a la libertad de expresión.

Dicho lo anterior, no puede obviarse que algunos de los más atroces episodios de graves violaciones a los derechos humanos –como el genocidio armenio, los crímenes contra la población judía en la Alemania nazi, las dictaduras latinoamericanas, el genocidio en Ruanda, sólo por citar algunos ejemplos, han sido precedidos por un período en que se toleraron y exaltaron expresiones que fomentaron el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia. Tales discursos germinaron y se materializaron en acciones concretas. La legislación que se haga cargo de los discursos que inciten a la violencia bajo la perspectiva del derecho penal debe ser una herramienta eficaz en el control de la barbarie que representa la discriminación injustificada.

Finalmente, esta iniciativa de ley recoge el espíritu de dos mociones parlamentarias. Por una parte, la moción de la H. senadora Lily Pérez, y los HH. senadores Cantero, Chadwick, Girardi y Mariano Ruiz-Esquide que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso (Boletín N° 7130-07), ingresada el 16 de agosto de 2010. Por otra, el proyecto de ley iniciado por moción de los HH. diputados y diputadas Juan Luis Castro, Daniella Cicardini, Maya Fernández, Daniel Melo, Manuel Monsalve, Clemira Pacheco, Roberto Poblete, Luis Rocafull, Raúl Saldívar y Leonardo Soto que modifica el Código Penal, para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra las personas que indica (Boletín N° 11.331-07), ingresado el 19 de julio de 2017.”.



23°. Identificados tales pasajes de la fundamentación del proyecto de ley, cabe mencionar que entre sus temas a regular se encuentran las limitaciones a las libertades de expresión y opinión y la no discriminación, además de abordar el fenómeno de la incitación al odio. Por otra parte, las graves violaciones de derechos humanos de las dictaduras latinoamericanas se encuentran consideradas dentro de los fundamentos del proyecto de ley, cuestión que permite entender, prima facie, que dictar regulaciones referidas a ellas en tanto hechos acaecidos y en cuanto a los límites de las libertades de opinar e informar está dentro de las ideas matrices del proyecto, cuestión que, desde ya, descarta la alegación de inconstitucionalidad.

A su vez, si lo que se busca es sancionar los discursos del odio, es menester definirlos a estos efectos como un objeto de regulación normativa por el legislador para recién ahí poder aproximarse al contenido y límites de las ideas matrices del proyecto. En tal sentido, el Consejo de Europa ha definido el discurso del odio como *“todas las formas de expresión que difundan, 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 negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”* (Recomendación 20/1997 del Comité de Ministros sobre el “Discurso del Odio”).

24°. Debe tenerse presente que, por una parte es necesario diferenciar el negacionismo del discurso del odio, pues *“Mientras que el «discurso del odio» se caracteriza por un contenido ofensivo, «cubr[e] todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia» (Recomendación nº R (97) 20 del Consejo de Europa sobre discurso del odio [hate speech] de 30 de octubre de 1997), el negacionismo es un tipo de discurso que se define por su contenido «negador» o «justificador» de unos crímenes, pero no siempre tiene que venir inspirado ni pretender insuflar odio a la sociedad (de ahí que pueda hablarse, aunque algunos autores lo nieguen, de un «negacionismo neutro»)*. (Germán M. Teruel Lozano, La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal, InDret 4/2015, Barcelona, p. 6). Sin embargo, no puede preterirse que ciertas formas de negacionismo sí pueden constituir una especie de discurso de odio cuando son de tipo agresivo.

25°. El negacionismo de crímenes de lesa humanidad cubiertos por las investigaciones de los llamados “Informe Rettig” e “Informe Valech” (derivados de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación fue un organismo chileno creado por el Presidente Patricio Aylwin Azócar, mediante el Decreto Supremo Nº 355, de 25 de abril de 1990, del Ministerio del Interior y de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada por el Presidente Ricardo Lagos Escobar, mediante Decreto Supremo Nº 1040, de 11 de noviembre de 2003, del Ministerio del Interior) entonces puede ser entendido como una especie que cabe dentro del género “discursos del odio”, pues queda dentro de la definición a propósito de “cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de



negacionismo agresivo”, lo que debe ser comprendido en orden a que el fenómeno negacionista implica tratar como mentira el sufrimiento de las víctimas lo que es una vulneración adicional de sus derechos y de su dignidad humana, lo cual constituye su dimensión “agresiva”, al constituir una victimización de segundo grado y un verdadero increpamiento en plaza pública al respecto, al imputarles mentir en un tema tan sensible, que además implica un reconocimiento estatal y prestaciones determinadas por ley, lesionando así su honra como víctimas, pues el negacionismo de tales crímenes implica imputar mentira y engaño a quienes lo sufrieron, lo cual, sin duda, implica infundir odiosidad hacia dichas personas por parte de quien pueda difundir, oír y creer en los discursos negacionistas .

26°. De tal forma, el negacionismo de las desapariciones, ejecuciones, prisión política y torturas acaecidas en la dictadura cívico-militar que el proyecto busca proscribir es agresivo hacia las víctimas, por lo cual es en sí una forma de aquellos discursos de odio negacionista, en la medida que el proyecto no sanciona el mero hecho de proferir palabra negacionista, sino que exige elementos adicionales que determinan la concurrencia de la conducta tipificada:

- 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 él o los ofendidos

27°. Es decir, no es la mera palabra negacionista lo que se busca sancionar, pues además del acto negacionista se requiere un resultado de lesividad específico y de alto estándar, lo cual descarta que estemos en presencia de una figura abierta, abstracta ni menos carente de lesividad. En este sentido, aun cuando el negacionismo no es parte entonces de las libertades de opinar ni de informar, en el proyecto no se sanciona todo discurso ni menos toda praxis negacionista. En efecto, en el proyecto cuestionado se penaliza un negacionismo que no solo debe ser agresivo para ser considerado como típico penalmente, sino que además se exige que esa agresividad se concrete en un resultado de perturbación del orden público o de lesión de un derecho, y no de cualquier persona, sino de alguno de los ofendidos por las violaciones graves de derechos humanos que se pretende negar.

28°. Así, si la idea matriz del proyecto es la proscripción de los discursos de odio, no es efectivo que la sanción del negacionismo esté fuera de sus ideas matrices, pues el negacionismo agresivo cabe dentro de la idea matriz y es eso lo que se sanciona en la norma cuestionada, exigiendo además un resultado lesivo especialmente calificado.

CAPÍTULO IV:

DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY FRENTE A LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN



A. DEL DELITO DE NEGACIONISMO Y LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA

29°. Que, la prohibición de crímenes contra la humanidad, así como su conceptualización en el estatuto de Núremberg, fue además confirmada en el derecho internacional por los órganos de las Naciones Unidas, cuando el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal”, mediante la adopción de su Resolución 95, en la quincuagésima quinta reunión plenaria de 11 de diciembre de 1946, momento a partir del cual las definiciones de crímenes de lesa humanidad han sido recogidos por la humanidad como principios de ius cogens y también como objetos de desarrollo jurisprudencial y de derecho internacional convencional.

En ese sentido, el Derecho internacional público, y por ende tanto los Estados como sus agentes, tiene claro desde diciembre de 1946 que en materia de ejecuciones sumarias, torturas y desapariciones de personas estamos presencia de aquellos ilícitos de mayor gravedad concebibles, en los cuales se considera que el ofendido es la humanidad toda, entendida como género, pues una de las dimensiones más relevante de dichos delitos por agentes del Estado es la deshumanización de las víctimas, entendido como la denegación del reconocimiento de su dignidad de seres humanos, ejecutada por medio del poder público.

30°. Debe tenerse presente en ese orden, tras el reconocimiento de hechos de esa tipología, que *“El tema del derecho a la verdad, que afecta principalmente a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos cometidas bajo regímenes autoritarios, guerras u otra causa, es un tema que se fundamenta en el respeto de la dignidad de la persona humana que no sólo ha sufrido la vejación y vulneración de su dignidad, sino que, además, por el transcurso del tiempo, la distorsión de los hechos producida por la propaganda oficialista, la falta de justicia oportuna y la paulatina desaparición de los actores, se ha generado un ambiente de impunidad cuyo efecto principal es una nueva vulneración de la dignidad de la víctima, para quien una reparación eficaz del daño causado parte por el reconocimiento de la verdad de los hechos acaecido”* (BERNALES ROJAS, GERARDO. EL DERECHO A LA VERDAD. Estudios constitucionales [online]. 2016, vol.14, n.2 [citado 2020-10-27], pp.263-304. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200009>). Es decir, en este tipo de materias debe ponerse especial énfasis en asumir que el negacionismo de las graves violaciones de derechos humanos parte del propio Estado que las ejecuta, y que eso es revertido solo después, en el marco de períodos de retorno a la normalidad constitucional en un régimen democrático con Estado de Derecho, condiciones necesarias para el restablecimiento del respeto por los derechos humanos.

31°. En una primera precisión conceptual, cabe señalar que, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“El derecho a la verdad ha surgido como*



respuesta frente a la falta de esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH por parte de los Estados. Es a través de los esfuerzos para combatir la impunidad que los órganos del sistema han desarrollado estándares regionales que dan contenido al derecho a la verdad, y los Estados y la sociedad civil han desarrollado enfoques e iniciativas para implementarlos en una amplia gama de conceptos. Asimismo, el derecho a la verdad constituye uno de los pilares de los mecanismos de justicia transicional” (Derecho a la verdad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 agosto 2014, Original: Español, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de agosto de 2014, p.3).

De este derecho a la verdad debe decirse que surge, prima facie, para los familiares de las víctimas de desaparición forzada y ejecuciones, y posteriormente para los supervivientes de tortura. En materia de desapariciones forzadas, no puede preterirse que la Corte Interamericana de Derechos humanos ha determinado que la privación del acceso a la verdad de los hechos sobre el destino de un desaparecido constituye un trato cruel e inhumano para sus familiares cercanos, que hace presumir un daño a la integridad psíquica y moral de los familiares (ver, en este sentido, sentencia CIDH caso *García Y Familiares Vs. Guatemala*, 29 de noviembre de 2012, serie 258, párrafo 161), por lo cual lleva a que dicha violación del derecho a la integridad personal no pueda entenderse disociada de una violación de su derecho a conocer la verdad de lo ocurrido.

32°. En este sentido, cabe mencionar que el proyecto de ley cuestionado se refiere a sancionar el negacionismo de los hechos contenidos en los denominados “informe Rettig” e “informe Valech”, derivados de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que fue un organismo chileno creado por el Presidente Patricio Aylwin Azócar, mediante decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, del Ministerio del Interior y de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada por el Presidente Ricardo Lagos Escobar, mediante decreto Supremo N° 1040, de 11 de noviembre de 2003, del Ministerio del Interior, referidas a la investigación de los delitos de desapariciones forzadas, ejecuciones, torturas y a prisión política practicadas por el Estado de Chile durante la dictadura cívico militar. Es decir, de los crímenes cometidos por el Estado y sus agentes en contra de ciudadanos, que solamente tras el retorno a la democracia son reconocidos oficialmente por el Estado de Chile mediante el trabajo de dichas comisiones y solo después mediante las leyes derivadas de ellas, en las cuales se establece un verdadero estatuto legislativo para las víctimas y sus familias, lo cual pre supone un reconocimiento estatal de los hechos, del involucramiento del poder público y de la condición de víctimas.

33°. Adicionalmente, el reconocimiento de los hechos se ha verificado en sede jurisdiccional, en referencia a los procesos penales, que han tenido múltiples dificultades, pues las graves violaciones a derechos humanos acaecidas en dictadura entre el 11 de septiembre de 1973 y los inicios del año 1978 fueron cubiertas por un manto de impunidad mediante el decreto ley N° 2.191, dictado por la propia Junta de



Gobierno para auto amnistiar al Estado de Chile y a sus agentes de la responsabilidad de los delitos cometidos. A su amparo, tanto la justicia militar como las Cortes en la justicia civil durante años impidieron que se diera curso a investigar los hechos invocando dicha amnistía, una pretendida prescripción y en casos ya denunciados la cosa juzgada por haber sobreseimiento definitivo, dejando así sin efecto lo que algunos pocos tribunales y jueces osaron investigar, procesar y resolver sobre la materia hasta 1998, época en la cual con la dictación de la sentencia Rol N° 469-1998 en el caso Pedro Enrique Poblete Córdova, la Corte Suprema ordenará investigar causas de detenidos desaparecidos antes de determinar si se aplica la amnistía o no, y tras ello no verá una condena por este tipo de hechos recién hasta el año 2003, cuando en el marco de la desaparición forzada de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, el Magistrado Alejandro Solís emita sentencia condenatoria, dejando sin aplicación el decreto ley de auto amnistía por vulnerar el derecho internacional, sentencia que será confirmada con declaración por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en autos Rol N 11.821-2003, que calificará este tipo de hechos como crímenes de lesa humanidad, para que, posteriormente, la Corte Suprema rechace recursos de casación en autos rol N° 217-2004. Desde ahí en adelante, se hará uniforme y constante la calificación de lesa humanidad para este tipo de hechos por parte de los sentenciadores del fondo y de igual manera la invocación del deber de sanción por parte del Estado en el Derecho internacional será uno de los principales motivos para no aplicar el decreto ley de auto amnistía.

No obstante ello, las dificultades en las investigaciones continúan al día de hoy, pues al no estar aclarados gran parte de los hechos y lugares, la negativa a entregar información y algunas prácticas de negacionismo acerca de la identidad y participación de los autores persiste, y en ese entorno, además cabe mencionar que la aplicación del decreto ley de auto amnistía no estuvo completamente descartada durante varios años, marco en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictará la sentencia del caso Almonacid Arellano con Estado de Chile, con fecha 26 de septiembre del año 2006.

En dicha sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalará expresamente que este tipo de auto amnistías *“conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”*. Se constata así no solo un deber de investigar y condenar, sino también un deber de sanción efectiva en este tipo de delitos, de forma tal que, como lo señala la sentencia *“los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar*



y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna". En este caso, existiendo condena, es el "otro tipo de normativa interna" el que queda como medio de los Estados para eludir el deber de sanción.

Así, es posible verificar que existe un deber estatal de abstenerse de recurrir a figuras que pretendan suprimir los efectos de las sentencias, lo cual también tiene consecuencias en torno al derecho a la verdad, entendido en una dimensión de reconocimiento específico de los hechos y la autoría de los mismos por agentes del Estado, verdad que en ese orden ha sido establecida, posteriormente y hasta nuestros días, con efecto de cosa juzgada mediante sentencias, que no solamente resuelven un conflicto penal, pues el Estado mediante el esclarecimiento de los hechos y la condena de los mismos determina el cumplimiento de estándares internacionales de tutela judicial, verdad y reparación, que incluye la honra de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos por parte del Estado, respecto de quienes hubo negacionismo oficial y malos tratos de diverso tipo.

34°. Los hechos admitidos por el Estado en sede administrativa (informes de las comisiones de verdad), legislativa (leyes de reparación tras los informes de las comisiones) y jurisdiccional (mediante el establecimiento de los hechos en sentencias) consisten en la privación arbitraria de las vidas de las víctimas, las ejecuciones sumarias, las torturas y la desaparición forzada de personas se encuentran sin duda entre los crímenes más graves que la humanidad conozca, a lo que se agrega la estigmatización histórica de los familiares de las víctimas al haber durante años un negacionismo oficial, que se verá roto solamente con la creación de la Comisión Rettig. En síntesis, los hechos cuyo negacionismo se busca proscribir son calificables como violaciones graves de derechos humanos y además como crímenes contra la humanidad desde mediados del siglo XX, delitos en los cuales el agente del Estado, en lugar de ser un garante y promotor de derechos, pasa a ser el destructor de los mismos, usando al poder Estatal como medio de comisión de delitos, en función de decisiones de otros agentes poder público, en una relación de sumisión por parte del ciudadano que es además la víctima de ese delito, que al atentar en contra de lo más esencial de la dignidad humana atenta en contra del género humano completo, de lo cual deriva su calificación de lesa humanidad.

35°. En este orden, el negacionismo oficial, practicado por agentes el poder estatal a partir de la privación de libertad, es parte misma de la práctica de la desaparición forzada de personas, es algo así como el último y permanente acto de consumación de la desaparición forzada, ocurriendo lo mismo con los efectos pos traumáticos e intimidantes de la tortura en el caso de los sobrevivientes a ella. Desde esa perspectiva, restaurada la democracia, el Estado rompe ese patrón de conducta oficial y pasa a reconocer los hechos, su antijuridicidad y asume plenamente su rol de respeto y promoción de derechos, surgiendo la obligación de memoria respecto de lo que el propio Estado hizo. En ese sentido, los Estados tienen deberes de no repetición de las graves violaciones de derechos humanos, y es en tal dirección que el ejercicio



de memoria colectiva y las políticas de memoria son una de las relevantes garantías de no repetición. En ese sentido, el negacionismo es la oposición al ejercicio de memoria, que es elemento necesario del reconocimiento y no repetición.

36°. El derecho a la verdad ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como uno de los elementos de la tutela judicial efectiva en materia de graves violaciones de derechos (ver, por ejemplo, Sentencia Corte IDH del caso Castillo Páez, 3 de noviembre de 1997, Serie C N° 94, párrafo 90; Sentencia Corte IDH del caso Bulacio, 18 de septiembre de 2003, Serie C N° 100, párrafo 114; Sentencia Corte IDH del caso de la Masacre de La Rochela, 11 de mayo de 2007, Serie C N° 140, párrafo 219; Sentencia Corte IDH del caso Blanco Romero y otros, 28 de noviembre de 2005, Serie C N° 128, párrafo 62; Sentencia Corte IDH del caso Contreras y otros contra El Salvador, 31 de agosto de 2011, Serie C N° 232, párrafos 170 y 171; Sentencia Corte IDH caso Gomes Lund y otros (Guerrilha de Araguaia) con Brasil, 24 de noviembre de 2010, Serie C 219, párrafo 211; Sentencia Corte IDH caso Comunidad de Río Negro vs. Guatemala, 4 de septiembre de 2012, Serie C N° 250, párrafo 194). Adicionalmente, puede concebirse incluso como un derecho autónomo, en tanto *"toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad"* (Sentencia Corte IDH caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 25 noviembre de 2003, Serie C N° 101, párrafo 274).

De todas formas, no cabe duda que el derecho de acceso a la justicia y la obligación de investigar como forma de reparación para conocer la verdad en casos de violaciones graves de derechos humanos es un estándar mínimo a cumplir en el sistema interamericano de derechos humanos (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 181; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 118; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 201; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 243).

A su vez, del derecho a la verdad -siendo su objeto el esclarecimiento de graves violaciones de derechos humanos que ofenden al género humanidad y no sólo a las víctimas individuales- emergerá el derecho a la memoria, entendido como un reconocimiento público, como el recuerdo, como la manifestación de reproche a los hechos, y como garantía formativa y pedagógica para el futuro. Así, se puede decir que el derecho a la verdad implica el reconocer y exponer públicamente los sufrimientos que fueron impuestos (Sentencia Corte IDH 4 de septiembre de 2012,



caso Comunidad de Río Negro vs. Guatemala, Serie N° C 194, párrafo 250), con el objetivo de que sean repudiados en el presente y a futuro, de manera tal que ese conocimiento y repudio evite que actos de tal tipo sean nuevamente permitidos o tolerados, entendido el ejercicio de memoria como una de las garantías de no repetición, que a su vez es una de las obligaciones estatales.

Que, se ha señalado, acertadamente, que *“el derecho a la verdad impone al Estado obligaciones concretas: i. - Buscarla y agotar los medios para ello; ii. - Reconocerla, hacerla pública; iii. - Realizar los actos reparatorios que sean necesarios a favor de las víctimas, familias y la sociedad misma; iv. - Realizar los actos legislativos, y de cualquier otra naturaleza, que sean necesarios para evitar la reiteración de los hechos acaecidos, implementando las medidas necesarias de protección y garantía; v.- Conservar todos los antecedentes y la evidencia de todo tipo sobre los hechos aclarados, como asimismo garantizar el acceso a los mismos a toda persona y la difusión educativa de ellos como forma de hacer tomar conciencia a la sociedad”* (BERNALES ROJAS, GERARDO. EL DERECHO A LA VERDAD. Estudios constitucionales [online]. 2016, vol.14, n.2 [citado 2020-10-27], pp.263-304. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200009&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200009>). De tal forma, el derecho a la verdad tiene una connotación pública, dentro de la cual se encuentra el deber de su difusión, a partir del deber de hacerla pública, cuestión que choca frontalmente con el amparo o la aquiescencia del negacionismo, que se dirige a hacer todo lo contrario, cuestión que si es permitida por el Estado mediante leyes, choca con el deber de promover el reconocimiento de los hechos y su difusión.

37°. Que, en tal sentido es dable señalar que el derecho a la verdad tiene, al menos, dos dimensiones: una individual para las víctimas y sus familiares, y otra comunitaria, pues las graves violaciones de derechos humanos cometidas en dictaduras afectan a la comunidad toda, al género humano, perturban y alteran la vida social y la convivencia pacífica. Es dable concluir que el negacionismo es un fenómeno afecta ambas dimensiones. En efecto, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, por un lado, *“el derecho a la verdad comprende una doble dimensión. En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. Ello implica que el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales”* y que *“se ha consolidado la noción que este derecho no sólo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto. Al respecto, la Comisión ha sostenido que toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”* (Derecho a la verdad



en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 agosto 2014, Original: Español, Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de agosto de 2014, p.6).

38°. Que, el Estado pasa a ser garante entonces del resguardo, difusión y reconocimiento de una verdad en materia de violaciones de derechos humanos, una verdad que reconstruye la memoria colectiva y que es parte de la reparación del mal que sus propios agentes causaron a sus ciudadanos. En esa posición de garante, esa verdad amparada por el Estado pasa a ser elemento de derecho humano, garantía de no repetición, resarcimiento de la honra de las víctimas, entre otras significaciones. Como todo contenido de derechos humanos, el Estado es el primer obligado a su respeto y tiene además deberes de promoción, debiendo además asegurar la eficacia horizontal de tales derechos, es decir, su vigencia entre particulares, lo cual predicado respecto del derecho a la memoria implica asegurar que tal memoria histórica y específica no sea olvidada ni negada por particulares y ya no sólo por el propio Estado.

En tal orden, dichos deberes de promoción y de eficacia horizontal chocan frontalmente con el amparo de prácticas negacionistas, que son entonces incompatibles para el Estado con el cumplimiento de dichos deberes. De tal forma, el Estado no puede amparar un pretendido “derecho al negacionismo”, pues la praxis negacionista se erige en una re victimización para quienes sufrieron violaciones graves de derechos humanos: se vuelve a hablar de “presuntos desaparecidos”, se vuelve – en los hechos y más allá de las palabras- a tratar de mentirosos a los torturados y se vuelve a sospechar de los familiares de ejecutados y desaparecidos, todo ello amparado por el mismo poder estatal que los victimizó y que después se comprometió a reparar el mal causado dando garantías de no repetición. Claro, no puede preterirse que todo fenómeno negacionista tiene inmersa una premisa o una consecuencia ineludible: sostener que los familiares de las víctimas mienten o exageran, en condiciones que lo que merecen es reparación, y el establecimiento y difusión de la verdad es parte de dicha reparación.

B. LOS DEBERES DE MEMORIA DEL ESTADO COMO GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

39°. Que, este voto señala categóricamente que el Estado tiene deberes de memoria en materia de graves violaciones de derechos humanos y que el fenómeno del negacionismo no es indiferente y menos inocuo frente a ello, pues tanto el derecho a la verdad como el derecho a la memoria son exigibles al Estado, en su condición de primer obligado correlativo de todo derecho humano. En este sentido, se ha desarrollado en la ONU el “conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” el cual establece:

“ II. DERECHO A SABER

A. Principios generales



PRINCIPIO 2. EL DERECHO INALIENABLE A LA VERDAD

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

PRINCIPIO 3. EL DEBER DE RECORDAR

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

PRINCIPIO 4. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A SABER

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

PRINCIPIO 5. GARANTÍAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO A SABER

Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos." (ONU, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1).

Se configura así el deber de recordar y el deber de los Estados de prevenir el negacionismo.

40°. Que, al preguntarse si ¿puede el Estado amparar el negacionismo sin incumplir sus deberes de memoria? La respuesta parte de dejar en claro de lo expuesto



que uno de los objetivos estatales es entonces preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan visiones revisionistas y negacionistas es decir, el Estado no puede amparar el negacionismo, y aún más, debe evitar su surgimiento.

A su vez, el día de hoy el derecho a la verdad se encuentra reconocido por el derecho internacional convencional de los derechos humanos ratificado por Chile y vigente, pues el artículo 24 de la CONVENCIÓN INTERNACIONAL, PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS (contenida en el decreto 280, de 2010, del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, publicada en el D.O de 16 de abril de 2011), consagra el *“derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”*, agregando que *“Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos”*, que *“Los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada”*, incluyendo en ello expresamente *“el restablecimiento de la dignidad y la reputación”* de las víctimas y *“las garantías de no repetición”*. No obstante que dicha convención no tiene eficacia retroactiva, desde su ratificación el Estado de Chile no puede ejecutar actos que impliquen desconocer los deberes que de ella emanan ni actos que atenten contra su objeto, como lo sería permitir la práctica del negacionismo respecto de los actos de desaparición forzada practicados por agentes del Estado chileno, que llevaron a que en democracia se decidiera firmar y ratificar tal convención, como una de las garantías de no repetición, que además reitera la calificación expresa de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad. En ese sentido no puede preterirse que el amparo del negacionismo es justamente permitir que se cuestione el acceso al establecimiento de la verdad, que se niegue su reconocimiento y que se anule su difusión, además de permitir el cuestionamiento a la reparación y al restablecimiento de la reputación.

C. LAS PARADOJAS DEL NEGACIONISMO FRENTE AL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE OPINIÓN

41°. Que, en tal sentido el fenómeno de los *“discursos del odio”* se ve con bastante frecuencia en nuestros días, y el enfrentarlos mediante el derecho tiene un desarrollo dogmático y normativo sobre todo en Europa. En este orden, en el viejo continente se le puede definir como *«todas las 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»* (Recomendación 20 de 1997 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el *«discurso del odio»*, disponible en



http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp), haciendo especial mención de que la comprensión del concepto incluye al negacionismo y a algunas formas del denominado revisionismo histórico, bajo la el concepto de “*cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia*”.

A este respecto, no deja de ser pertinente traer a colación la paradoja de la tolerancia que enunciará Karl Popper: Si extendemos una tolerancia ilimitada incluso a favor de los intolerantes, si no estamos preparados para defender una sociedad tolerante contra los ataques del intolerante, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma (Ver el clásico texto *La sociedad abierta y sus enemigos*). Debe relacionarse dicha paradoja con los deberes del Estado en materia internacional: el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile y vigente, dispone que “*Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él*”, en una cláusula que consagra lo que podríamos denominar como la proscripción del uso del derecho humano para el menoscabo del derecho humano de otro (ab usus, o abuso), lo que en el caso significa que sus disposiciones de libertad de expresión y de libertad de opinión no pueden ser usadas ni interpretadas en orden a permitir a un grupo atentar en contra de la integridad síquica, honra y la dignidad de víctimas de delitos graves constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, ni menos amparar la apología de tales crímenes. En efecto, frente a problemáticas de esta entidad, se ha señalado por el Tribunal Constitucional Alemán que:

“...la libertad de expresión debe siempre ceder cuando la manifestación atenta contra la dignidad humana. Este principio elaborado para la libertad artística (vid. BVerfGE 75, 369 [380]) es aplicable también a la libertad de expresión, pues la dignidad humana es la base de todos los derechos fundamentales y no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular. Puesto que no sólo particulares derechos fundamentales, sino también todos en su conjunto, son la concreción del principio de la dignidad humana, siempre es necesaria una cuidadosa fundamentación cuando tiene que aceptarse que el ejercicio de un derecho fundamental afecta a la inviolabilidad de la dignidad humana.

De la misma manera, en el caso de manifestaciones denigrantes que se presentan como injurias formales o difamaciones, cede la libertad de expresión con carácter general ante la protección del honor (vid. BVerfGE 61, 1 [12])” (Resolución sobre los soldados asesinos, de 10 de octubre de 1995, BVerfGE 93, 266, publicada en español en LAS DECISIONES BÁSICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN EN LAS ENCRUCIJADAS DEL CAMBIO DE MILENIO, Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 1072).

42°. Que, tal cuestión debe ser entendida además junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues su art. 19 consagra la libertad de opinión y



expresión de toda persona, disponiendo expresamente los marcos de su ejercicio: el principio de no discriminación y habilitando restricciones para asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y las libertades ajenas, las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática, lo cual tiene su correlato en el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues su artículo 19 expone que tales libertades pueden ser objeto de algunas limitaciones que estén expresamente establecidas por la ley y sean necesarias para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de los otros, o bien la salvaguardia de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, repudiando en el artículo siguiente propaganda a favor de la guerra la incitación al odio nacional, racial o religioso que constituya una exhortación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia, lo cual en este caso ha de entenderse respecto de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos que se pretenden cubrir bajo el manto del negacionismo.

De tal forma, nuevamente aparece como algo claro que el fenómeno del negacionismo, el revisionismo apologético (entendido como justificación, en ocasiones ensalzamiento y no como negación), además de la difamación de las víctimas, no son ejercicio legítimo de tales libertades de opinión e información. No se puede eludir que, al mismo tiempo, toda libertad tiene un determinado objeto: la de opinar reconoce como tal la emisión de juicios de valor, positivos o negativos, acerca de actos, hechos, conductas o personas. La de informar, se referirá a la circulación de datos y noticias, que contienen hechos.

En este sentido, negar un hecho acaecido, el pretender instalar que no ocurrió y que sería una mentira conspirativa, en condiciones que tiene relevancia para la comunidad entera, no es precisamente informar, sino que desinformar. Por ejemplo, afirmar y difundir que el asesinato de John Fitzgerald Kennedy sería sostener lo que es calificable como una mentira y, a la vez, difundir como una verdad el que no ocurrió sería un acto de desinformación, consistente en la divulgación de una noticia que no es cierta, solamente por dar un ejemplo de lo que en nuestra época se llamaría una "fake new", lo cual en perspectiva actual no sería ejercicio de la libertad de informar, sino la construcción de un pretendido derecho fundamental a desinformar, que choca frontalmente con el derecho a ser informado. En perspectiva histórica, además vendría a ser un acto de negacionismo de un hecho de pública relevancia acreditado y asumido.

La veritas, o verdad, en materia de violaciones graves de derechos humanos es un bien jurídico preciado, necesario y además un derecho para las víctimas y para la sociedad, desde esa perspectiva. En ese sentido, el negacionismo es un acto de desinformación, acerca de hechos que se repudian y se asumen como una verdad reconocida por el Estado, en las comisiones de verdad, en las leyes de reparación y en las sentencias judiciales. En tal sentido, la dimensión negativa de la libertad de informar consistirá en la decisión de una persona o de un medio de no informar una noticia o un hecho, en función de la línea editorial o de las preferencias personales,



pero no incluye el derecho de construir mundos paralelos difundiendo lo que no es efectivo y que se encuentra acreditado como verdad.

43°. Todo lo expresado no implica desconocer el amplio campo investigativo de las ciencias sociales, en las cuales el rigor metodológico y los altos estándares investigativos siempre permitirán una revisión o re examen de lo escrito, más todavía en la ciencia de la historia, todo ello en un entorno académico de alta crítica, contraste y exigente evaluación -en estándares de episteme y no de mera doxa- recordando que el ejercicio legítimo de una profesión u oficio es siempre una eximente de responsabilidad penal en el derecho chileno, lo cual aplica a todo cientista social que se dedique a la investigación histórica y que será ponderado en cada caso en función de la *lex artis* respectiva, sin que signifique erigir a los jueces en historiadores sentenciales.

D. DELIMITACIONES CONCEPTUALES. NEGACIONISMO, ANTINEGACIONISMO Y REVISIONISMO HISTÓRICO

44°. El empleo de las voces “negacionismo”, “antinegacionismo” y “revisionismo”, cotidianamente en los medios de comunicación y por la ciudadanía en general es usual y se realiza en ocasiones, de forma equivocada confundiendo la distinción que existe entre cada uno de los conceptos.

45°. A este respecto, cabe señalar desde ya que el concepto de negacionismo debe distinguirse del de revisionismo, toda vez que en tanto el segundo se refiere a la revisión historiográfica de las opiniones históricas consolidadas, a partir de nuevos antecedentes obtenidos producto de nuevas investigaciones científicas, que conducirán eventualmente a una reinterpretación de la historia. Por otra parte, el negacionismo se erige como un fenómeno mediante el cual se trivializan crímenes cometidos, se justifican los delitos (confluyendo parcialmente con el concepto de revisionismo apologético), o bien derechamente los mismos son negados. Estos últimos, caracterizados por una carencia de fundamentos historiográficos que sustenten las expresiones emitidas. De esta forma, se produce una confusión entre lo verdadero con lo falso por aquellos que intentan reivindicar una escuela historiográfica, que se opone a la los hechos asumidos como una verdad oficial -previamente documentada y comprobada, como sucede por ejemplo a propósito del “informe Rettig” e “informe Valech”-, lesionando el honor de las víctimas y sus familiares, intentando aprovecharse de la libertad de expresión, so pretexto de formular declaraciones erróneas.

46°. Que, en este sentido el concepto de lo que es “real” o “verdadero” se levanta como un asunto trascendental, toda vez que en el origen el denominado derecho a la verdad se relaciona estrechamente con el concepto de víctima de una violación grave a los derechos humanos. Este derecho a la verdad es infringido, entre otras formas, cuando las autoridades no proporcionan información particular sobre la vulneración, cuando esta es entregada parcialmente, o cuando la información



entregada no es concluyente, o bien es derechamente negada. Por tanto “*el fundamento de ese derecho residiría en el derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir información sobre los sucesos de que se trata, para ayudarles en el proceso de recuperación*” (en este sentido ver a Yasmín Naqvi. El derecho a la verdad en el derecho internacional ¿realidad o ficción?, *International review of the red Cross*, 2006, N° 862, p. 6).

En virtud de ello, la prohibición del negacionismo, se erige como legítima, pues si bien es posible asumir que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, motivo por el cual debe respetarse su ejercicio, incluso respecto de aquellas posiciones más radicales, es indiscutible que la dignidad de las personas es la piedra angular de una sociedad libre y democrática; de este modo dicho presupuesto justifica que sea necesario juzgar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia y que resulten constituyendo un menoscabo a personas o grupos, lesionando su dignidad y, como consecuencia, significando una incitación implícita al odio, por tanto la prohibición del negacionismo se transforma en una herramienta que combate el discurso del odio, a partir de la prohibición punitiva de determinadas conductas que provocan específicos efectos - lo cual constituirá parte del estándar de juzgamiento-, y por tanto lesione los bienes jurídicos que el legislador ha intentado cautelar.

E. DEL NEGACIONISMO Y LA INCITACIÓN AL ODIOS. CONTENIDO SUFICIENTE DEL INJUSTO PARA LEGITIMAR LA INTERVENCIÓN PENAL LIMITATIVA DE UNA LIBERTAD FUNDAMENTAL

47°. Uno de los problemas que presenta el asunto sometido al conocimiento de este tribunal, dice relación con el tipo penal de provocación como figura delictiva autónoma, en tanto se debe comprobar que estos sean capaces de justificar un contenido de injusto suficiente para legitimar la intervención penal limitativa de una libertad fundamental, lo cual exigirá identificar “el bien jurídico” y la forma ofensiva de la conducta (en un juicio de peligrosidad concreto, abstracto, potencial o hipotético), para lo cual resultará elemental analizar cada uno de los elementos, con el objeto de anticipar si el hecho por el cual se pretende aplicar una pena posee un contenido que legitime la intervención penal limitativa de una libertad fundamental.

48°. Como se viera, el proyecto cuestionado, el delito contenido en el proyecto no busca sancionar la mera palabra negacionista, sino que exige afectación del orden público o de los derechos de las víctimas de las violaciones de derechos humanos negadas, exigiendo por esa vía un resultado lesivo de bienes jurídicos relevantes, además del cuestionamiento de la verdad reconocida por el Estado a su respecto. De igual forma, debe recordarse nuevamente que el negacionismo agresivo es una forma de discurso de odio, y que esa agresión consistente en afectación de orden público o lesión de derechos transforma al acto negacionista en un llamado al odio que concreta



un resultado en tal sentido, por lo cual el delito cuestionado tiene contenido y lesividad claramente reconocible.

F. RESULTADO LESIVO TEMIDO EN RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO CAUTELADO

49°. A propósito del principio de ofensividad, cabe destacar que desde una perspectiva heteropoiética, este nos obliga a observar su carácter instrumental para la tutela de bienes jurídicos individuales y colectivos, directa o indirectamente vinculados a los intereses de las personas (ver en este sentido a Ferrajoli, L., Revista nuevo foro penal, Vol. 8, N° 79, julio-diciembre 2012, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179), p. 106-107). Es decir, bajo esta concepción el derecho penal se erige como una garantía penal de la persona y, por tanto, como un límite; es decir como una condición necesaria de la intervención penal, que en ningún caso tiene por objeto proteger un rango de “moral oficial”, a partir de conductas que perturben la estructura normativa de la sociedad, pues ello permitiría eventualmente que se legitime la potestad punitiva para estimar como ofensiva cualquier conducta que el legislador considere “inmoral”, por cuanto resulta aún más necesaria la determinación de bienes jurídicos específicos, evitando así la construcción de un derecho penal máximo, caracterizado por la intolerancia al disenso.

50°. Que, en tal sentido surgirá la interrogante sobre cuáles bienes jurídicos serán merecedores de tutela penal. En este sentido, la lesión indefectiblemente provendrá de un acto u omisión, es decir, de un hecho que servirá como relación de causalidad con tal lesión, la cual consistirá en un peligro o daño que deberá ser identificable; por tanto, lo que se debe sancionar son las acciones criminales. Siguiendo a Ferrajoli “(...) es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto al bien por éste protegido, ningún daño o peligro” por cuanto servirá de límite o *condictio sine qua non* de la intervención penal” (ver en este sentido a Ferrajoli, L., Revista nuevo foro penal, Vol. 8, N° 79, julio-diciembre 2012, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179), p. 111).

51°. El resultado lesivo, dice relación con el hecho lesivo que se quiere prevenir y que es probable que se verifique como consecuencia de la realización de la conducta típica. De esta forma, este resultado lesivo temido se pone en relación con el bien jurídico, ya que su realización supondría el daño que se quiere evitar para el bien jurídico protegido.

En el mismo orden, el resultado lesivo temido deberá concretarse en un acto ilícito, que el proyecto traduce en los elementos de afectación de orden público o lesión de derecho. En este sentido, el proyecto tipifica un delito que exige un resultado lesivo



concreto, específico y de alto estándar: alterar el orden público o vulnerar derechos de las víctimas, lo que descarta que sea un delito sin lesión.

52°. Que, con el ejercicio anterior ya es posible cuestionar el fundamento que impediría la justificación de la intervención penal, como consecuencia de la supuesta insuficiencia del injusto para estos tipos penales, en razón de que su construcción era la de un “delito de clima” en el cual lo que se resguardaba eran bienes como el orden público y la paz social, pues como se revisará más adelante, los bienes jurídicos involucrados son personales y colectivos, por cuanto en ningún caso se carga el peso de la ofensividad en el desvalor sobre la acción, así como tampoco la idoneidad lesiva deriva únicamente de un curso causal psicológico que podría significar la acción material de otro, que derive en la lesión de un bien jurídico indeterminado; más aún se trata de bienes jurídicos como la dignidad, la honra y la memoria histórica, todos los cuales, por deferencia al legislador, le corresponderá a éste precisar cómo cautelarlos.

53°. En conclusión, es claro que el proyecto de ley penaliza una conducta con resultado lesivo, en función de la protección de bienes jurídicos que tienen relevancia tanto individual como colectiva, por tanto, a todo evento son socialmente importantes. Desde esa perspectiva, la alegación de arbitrariedad legislativa por crearse un delito sin bien jurídico reconocible debe ser descartada en la medida que el estándar constitucionalmente exigible, en orden a que todo delito debe obedecer a la protección de un bien jurídico de relevancia social cuya infracción sea efectivamente lesiva como para justificar la reacción penal, se encuentra plenamente cumplido.

G. DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

54°. Que, el principio de proporcionalidad en clave penal, tiene por finalidad establecer el equilibrio entre la reacción del derecho penal y sus presupuestos, es decir, el hecho de aplicar una pena (necesaria y suficiente) ante un hecho reprochado y, por otra parte, que dicha sanción encuentre su límite en atención al mal causado, esto es, que la pena sea aplicada en una justa medida (Sergio Politoff Lifschitz, Derecho Penal, Tomo I, Conosur Editores, Santiago de Chile, 2001, p. 20).

55°. En este sentido, este tribunal tiene una rica jurisprudencia acerca del principio de proporcionalidad de la pena, a partir, entre otras normas, de la jurisprudencia de inaplicabilidad del artículo 1, inciso segundo, del texto vigente de la Ley N° 18.216, que establece un sistema alternativo de penas. Como se puede observar, la pena asignada al tipo cuestionado en el presente proceso tiene una entidad que no impide el acceso al sistema alternativo de penas, por lo cual, aparece en principio como inidóneo para generar una sanción de efectiva privativa de libertad, lo que descarta en primer término la alegación de desproporción, que además ha de ser entendida en función de la relevancia del derecho a la verdad y de la lesividad ya enunciada.



H. DE LOS BIENES JURÍDICOS QUE SE INTENTAN CAUTELAR

56°. Que, en función de lo razonado en este voto es claro que los bienes jurídicos que el legislador intenta cautelar son el derecho a la verdad, el reconocimiento y reparación de las víctimas frente a graves violaciones de derechos humanos, además del orden público y el legítimo ejercicio de los derechos de las víctimas una vez reconocida su condición de tales.

I. .LA PROHIBICIÓN DEL NEGACIONISMO EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

57°. Una parte importante de los países europeos han tipificado el negacionismo como delito, sin que sus sistemas constitucionales puedan ser calificados de liberticidas ni nada parecido, sino que son justamente los Estados Constitucionales que son vistos usualmente como referencia en nuestro medio. En Alemania, por ejemplo, hasta 1994, la negación del Holocausto se equiparaba a una injuria (artículo 185 del Código Penal de enero de 1983), delito de incitación al odio que atentaba contra la dignidad de ciertos sectores de la población o a grupos identificados por su nacionalidad, raza, etnia o religión (artículo 130 del Código Penal de 1983), sin embargo en el mismo año 1994, se introduce a la legislación penal alemana el delito de negar los actos lesivos cometidos durante el régimen nacional socialista (incorporando un tercer apartado al artículo 130 del Código Penal).

Los países que contemplan leyes o preceptos contra la negación son, (a) Austria (Ley N° 148 de 1992); (b) Bélgica, Ley contra la negación del Holocausto de marzo de 1995; (c) Francia, Ley Gayssot (Ley N° 90/615) y una ley adicional contra el antisemitismo y el racismo (Ley 2003-88 de febrero de 2003); (d) en Italia se contempla en el código penal de 1967, en su artículo 8 la tipificación del genocidio; (e) en Luxemburgo, en el Código Penal de 19976, en el artículo 457.3 se establece como delito la negación de un genocidio o su justificación; (f) España, cuenta con una legislación cuyo ámbito resulta más amplio que el resto, en particular al sancionar la negación de delitos de genocidio y de lesa humanidad, independiente del lugar geográfico y periodo histórico (artículo 510 del Código Penal de España).

J. TRATAMIENTO DEL DISCURSO DEL ODIO E INTERDICCIÓN DEL NEGACIONISMO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

58°. Como se ha destacado en consideraciones precedentes, el discurso del odio, cumpliendo con determinadas condiciones, se enmarca en una intención deliberada de provocar una afectación en la dignidad de personas, individualmente consideradas o correspondientes a un grupo que ha visto lesionado sus derechos fundamentales, constituyendo en esos casos el negacionismo agresivo una hipótesis de discurso de odio. En este orden, el discurso de odio se sienta como un medio que



busca provocar animadversión en una o más personas, sobre la base de odio fundado en la intolerancia respecto de la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico (Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa, de 28 de noviembre de 2008), incluida la intolerancia que se manifieste en forma de negacionismo respecto a hechos probados, como en el caso del Holocausto, respecto a dichos o expresiones que intentan trivializar o minimizar los crímenes cometidos, con el objeto de silenciar o subordinar a grupos sociales minoritarios, en detrimento de su libertad de expresión, o lesionando directamente los bienes jurídicos expuestos anteriormente. Lo anterior, siendo reconocido en importantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

a. En el caso Roger Garaudy c. Francia N° 653/01 (24 de junio de 2003), Garaudy alegaba la violación de su libertad de expresión, por la aplicación de la Ley Gaysot respecto de un libro de su autoría titulado “Los mitos fundacionales del Estado de Israel”. Apoyándose en numerosas citas y referencias, el demandante pone en tela de juicio la realidad, la amplitud y la gravedad de hechos históricos relativos a la Segunda Guerra Mundial.

La Comisión desechó el requerimiento por manifiestamente infundado, y señaló que el verdadero propósito de la publicación, al impugnar hechos históricos como el Holocausto, no revela de ningún modo un trabajo de investigación histórica similar a una búsqueda de la verdad, sino que era la rehabilitación del nacionalsocialismo, y acusar a las víctimas de falsear la historia. En este sentido, dudar de la existencia del Holocausto sería una de las formas más severas de racismo y antisemitismo, por lo que su expresión no quedaría protegida por la Convención, al atentar directamente contra su propósito (Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23829>).

b. De igual forma en Witzsch c. Alemania N° 41448/98 (de 20 de abril de 1999), el Estado alemán condena al demandante por negar la existencia del Holocausto en una carta privada que el afectado envía a un especialista en historia, y que este último entrega a la policía. El Tribunal declara la inadmisibilidad de la demanda basándose en el art. 17 por incompatibilidad *ratione materiae* con los derechos protegidos por el Convenio.

En cuanto al fondo, el TEDH no aceptó el argumento del demandante de que él no negaba el Holocausto, ni la existencia de las cámaras de gas, sino que negaba que Hitler lo hubiera planificado, iniciado y organizado. El TEDH consideró que el protagonismo de Hitler y del Nacionalsocialismo en el Holocausto era un hecho históricamente establecido.

En este sentido, el Tribunal afirma que quien abusa de la propia libertad, viola los derechos humanos. La carta que no se hizo pública del recurrente dirigida al historiador Wolffson se consideró así porque *“calificó la opinión de Wolffson como parte de una propaganda de guerra o de atrocidades ex post, unida a la negación de la responsabilidad de Hitler y de los nazis en el exterminio de los judíos y demostrando el desprecio del recurrente*



hacia las víctimas del Holocausto” (Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4868>)

c. En el mismo sentido, en el caso *Marais c. Francia* (24 de junio de 1996), se examina una condena de una revista por haber publicado un artículo poniendo en tela de juicio la existencia de cámaras de gas en el campo de concentración de Struthof. *Marais* fue finalmente condenado a una sanción de multa y además a una indemnización civil por daños y perjuicios, dado que al negar la existencia de los crímenes cometidos en una de las cámaras de gas se subsumía la conducta en el delito de negación del holocausto judío, de conformidad con el artículo 17 del Convenio (Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88275>).

d. En el caso *Walendy contra Alemania*, de 11 de enero de 1995. La resolución conoce de una publicación en la que se ponía en duda la idoneidad de la técnica utilizada en los crematorios de los campos de concentración para producir la muerte en masa. Por tal motivo, el Tribunal regional de Bielefeld ordenó el secuestro del controvertido impreso, y acusó a *Walendy*, autor de dicha publicación, del delito de denegación del genocidio. En consecuencia, *Walendy* se acogió a la protección del artículo 10 del Convenio, la misma fue inadmitida por la Comisión, subrayándose que no puede ser alegada la libertad de expresión cuando se ha abusado de su ejercicio en perjuicio de terceros (Esquivel, Y., *El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Cuestiones Constitucionales*, Volume 35, July–December 2016, Pages 3-44 (<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10491>)).

K. PROGRESIÓN LEGISLATIVA EN PAÍSES DE NUESTRA REGIÓN

59°. Que, si bien en el ámbito sudamericano no existe normas de rango legal que sancionen penalmente el negacionismo, han existido intentos legislativos que denotan una progresión en la materia, en los diferentes países de la región por regular conductas vinculadas a la incitación al odio y al negacionismo, ya sea de forma autónoma o conjuntamente.

Cabe hacer presente que existen normas en diversos Brasil, Bolivia, Uruguay y Venezuela, ordenamientos en los cuales la incitación al odio ya es sancionado, ya sea mediante una ley, como en el caso de Brasil, o bien como en el caso de Venezuela en tanto, alude a la incitación al odio en la Constitución.

60°. En Argentina se han presentado varios proyectos de ley, uno de los últimos proyectos data de 2019 y se dirige a incorporar como delito el negacionismo de los delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, sancionando con prisión de dos meses a dos años al que públicamente niegue, minimice, justifique o reivindique la comisión de los delitos descritos (Proyecto de ley 3473-D-2019,



Presentado 13 de marzo de 2017, En trámite parlamentario. La tramitación no ha prosperado).

61°. En tanto Brasil no ha regulado el negacionismo, solo la incitación al odio en una ley. Dicha ley sanciona penalmente el practicar, inducir o incitar a la discriminación por diferencias de raza color, etnia, religión o procedencia nacional. Además, sanciona la fabricación, comercialización, distribución o venta de símbolos, emblemas u otros elementos de propaganda que utilicen una esvástica o cruz gamada para fines de divulgación del nazismo.

La Constitución Federal dispone:

Art. 5. "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

... es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia;

Art. 220. La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la formación, bajo cualquier proceso o vehículo no sufrirán ninguna restricción observándose lo dispuesto en esta Constitución....

2o. Está prohibida toda censura de naturaleza política, ideológica y artística."

Por su parte, la ley 7716 señala:

"Art. 20. Practicar, introducir o incitar a discriminación o prejuicio racial, color, etnia, religión u origen nacional...

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir o transmitir símbolos, emblemas, adornos, insignias o publicidad que utilicen la esvástica o la cruz gamma, con el propósito de difundir el nazismo... "1

62°. En Bolivia, no se ha regulado legalmente el fenómeno del negacionismo. La garantía de libre expresión está presente en la constitución reconociendo el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación. Estatuto orgánico del periodista también se refiere a ello indicando que la constitución garantiza una absoluta libertad de expresión, entendida como el derecho de los miembros de una sociedad a emitir su opinión y ser informados, sin restricción alguna. La incitación al odio encuentra sanción en el Código Penal, que señala que la persona que por cualquier medio difunda ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, o que pregunte nueva y o justifique el racismo o toda

¹ Traducción. "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional..."

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo..."



forma de discriminación, o incita a la violencia o a la persecución de personas o grupos de personas fundados en motivos racistas o discriminatorios será sancionada con una pena privativa de libertad de uno a cinco años.

Art. 21: "Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos:...

5. A expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva."

Art. 106: "I. El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información.

II. El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa."

El Estatuto Orgánico del Periodista también se refiere a ello en estos términos

Art. 2: "La Constitución Política del Estado garantiza una absoluta libertad de expresión, entendida como el derecho de los miembros de una sociedad a emitir su opinión y ser informados, sin restricción alguna."

En cuanto a la incitación al odio el Código Penal se refiere en estos términos:

"Artículo 281 quater.- (Difusión e Incitación al Racismo o a la Discriminación).

La persona que por cualquier medio difunda ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, o que promuevan y/o justifiquen el racismo o toda forma de discriminación, por los motivos descritos en los Artículos 281 bis y 281 ter, o incite a la violencia, o a la persecución, de personas o grupos de personas, fundados en motivos racistas o discriminatorios, será sancionado con la pena privativa de libertad de uno a cinco años."

63°. En Colombia no hay leyes que sancionen el negacionismo o la incitación al odio. La libertad de expresión se encuentra garantizada en la constitución.

Art. 20: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. el derecho de toda persona de expresar y difundir sus opiniones, ideas, pensamientos, narrar hechos, noticias, y todo aquello que considere relevante, y el derecho de todos de recibir información veraz e imparcial, lo que conlleva la libertad de fundar medios de comunicación que tengan por objeto informar sobre hechos y noticias de interés general."

64°. En tanto en Ecuador, no se ha regulado legalmente el negacionismo ni la incitación al odio. Sobre la libertad de expresión la Constitución garantiza el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

Art. 66.6. "El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones."

65°. En Paraguay, actualmente no existe regulación al respecto. No obstante se tramita un proyecto de ley ingresado a trámite el 9 de octubre de 2019 que incorpora



un nuevo delito al Código Penal. Sanciona al que públicamente negara, minimizara, justificara o reivindicar a la comisión de los delitos, de lesa humanidad o crímenes de guerra contemplados en los artículos 6, 7 y 8 del estatuto de Roma y en los tratados internacionales y o de quienes fueron condenados por su comisión. La sanción consiste en una pena privativa de libertad de cuatro a ocho años, agravado en el caso de funcionarios públicos con una inhabilitación por el doble del tiempo de la condena.

“Artículo 238.- Apología del delito y negacionismo de los delitos de genocidio y de crímenes de lesa humanidad”

“2° El que públicamente negara, minimizara, justificara o reivindicara la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra contemplados en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y/o de quienes fueran condenados por su comisión será castigado con pena privativa de libertad de cuatro a ocho años. Los funcionarios públicos que hubieren incurrido en el delito previsto en el primer párrafo, sufrirán además inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena.” (en este sentido ver <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/118617>)

66°. En Perú no existe norma que sancione el negacionismo o la incitación al odio. Cabe destacar que se presentó un proyecto de ley al respecto, pero no prosperó en su tramitación debido a la gran oposición que generó. Sancionada el delito de negacionismo de actos de terrorismo, imponiendo una pena de entre 4:08 años de privación de libertad al que públicamente aprobara, justificara, negara o minimizara los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas.

Proyecto de ley 01464

“La normativa se dirige a conductas que colisionan con el sistema democrático y que, desde luego, no se hallan inmersos en un ámbito de permisión jurídica ni por consiguiente amparados en la libertad de expresión. Y es que no es posible entender la negación, aprobación, justificación, minimización o, en general, trivialización de actos vinculados al genocidio y violencia terrorista como un simple producto de la libertad de expresión o la libertad científica, que naturalmente constituyen actos que, aunque contengan expresiones ácidas, reprobables o polémicas, resultarán legítimos en la medida en que respondan a la búsqueda objetiva y mínimamente diligente de la verdad histórica.

“Artículo 316°A.-Negacionismo de los delitos de terrorismo Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años el que públicamente apruebe, justifique, niegue o minimice los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas, previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475 y establecidos en una sentencia judicial firme, de modo tal que el contenido de esas expresiones resulte idóneo y suficiente para cualquiera de los siguientes fines: a) Menospreciar, hostilizar u ofender gravemente a un colectivo social. b) Enaltecer a los responsables de dichos delitos. c) Propiciar o estimular la violencia terrorista. d) adoctrinar con fines terroristas.” (en este sentido ver a http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc/01464?opendocument)



67°. En Uruguay, no existe regulación legal del negacionismo. Hay regulación en el código penal respecto de la incitación al odio desde el año 2003. Impone una pena de tres a 18 meses de prisión al que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitar al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual.

Artículo 149-BIS (Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas)

“El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión.”

68°. En Venezuela no hay leyes que solucionen el negacionismo o la incitación al odio. Sin embargo, se alude a esta última en la Constitución, en el artículo 57 que se refiere a la garantía de la libertad de expresión. Dispone que toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones por cualquier medio. No obstante, no permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa. Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.”

VI. CONCLUSIONES

69°. Por todo lo expuesto, se concluye que el fenómeno negacionista no constituye parte de los derechos de libertad de opinión e información, que su penalización puede ser legítima y verificarse mediante leyes de quórum ordinario y que el Estado tiene deberes internacionales de reconocimiento, reparación y memoria que no son compatibles con el amparo del negacionismo, motivos por los cuales cabe rechazar el requerimiento.

PREVENCIONES

Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ concurren a la sentencia sin compartir sus considerandos primero a décimo.



Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ previenen que la norma que incorpora el artículo 161 D al Código Penal, contenida en el N°2 del artículo único del proyecto de ley es de naturaleza orgánica constitucional e inconstitucional, teniendo presente las siguientes consideraciones:

1°. Que, el concepto de ley orgánica constitucional no ha sido definido por la Constitución. Sin perjuicio de ello, el artículo 66 constitucional distingue distintas categorías de leyes según el criterio formal de quórum de aprobación, modificación o derogación, correspondiendo a la ley orgánica constitucional un quórum de cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, lo que implica un procedimiento más rígido que el propio de las leyes comunes. Junto con lo anterior, el texto constitucional expresa que materias deben ser reguladas por este tipo de normas jurídicas, a la vez que estatuye la obligatoriedad de control preventivo por parte de esta Magistratura.

Este Tribunal ha manifestado que de conformidad al objetivo de desarrollar, armónica y sistemáticamente preceptos constitucionales, se ha interpretado que de acuerdo al sentido propio de esta clase de leyes, “ellas sólo deben contemplar la estructura básica, el contenido substancial de la institución que están llamadas a regular, como también sus elementos complementarios indispensables, esto es, aquellos que, como ha tenido también oportunidad de indicarlo este Tribunal, lógicamente deben entenderse incorporados en ellas” (STC Rol N°277, c.5, en el mismo sentido STC Rol N°2945 C.8).

Parte de la doctrina ha manifestado que las leyes orgánicas constitucionales “no son un fin en sí mismo, sino un instrumento para satisfacer determinados fines que se ha estimado valioso proteger, como ocurre con la autonomía del Banco Central y la neutralidad de las reglas que organizan el proceso legislativo” (Verdugo, Sergio (2014) “Las leyes orgánicas constitucionales en el régimen presidencial. Lo que el debate constituyente está olvidando”, Revista Actualidad Jurídica N°30, p. 275);

2°. Que, conforme a la naturaleza de las materias propias de ser consideradas orgánicas constitucionales, una de aquellas tiene relación directa con el derecho de asociación y el pluralismo político-Al respecto, el texto constitucional garantiza dicho pluralismo, el que se enmarca dentro de la libertad, para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. En este sentido, esta Magistratura ha manifestado que “la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia” (STC Rol N°567 c.22).

La Constitución Política expresa en el inciso quinto del N°15, del artículo 19 que “Una ley orgánica constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos, dentro de las cuales podrá considerar su disolución. Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional.”.



De esta forma, quienes persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos los partidos políticos e incumplan la normativa serán sancionados de conformidad a la ley orgánica constitucional, pudiendo incluso proceder la disolución del grupo, organización, movimiento o asociación. Además, la Constitución estima que en caso de que estos partidos no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, como aquellos que “hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política serán inconstitucionales”, y así lo declarará este Tribunal Constitucional (artículo 19 N°15, inciso sexto constitucional);

3°. Que, este Tribunal ha analizado lo dispuesto en el artículo 19 N°15, inciso quinto constitucional, expresando que “la ley orgánica constitucional que regula a los partidos políticos ha de contemplar, como ha tenido oportunidad de señalarlo este Tribunal, “dos órdenes de materias: a) desarrollar, en cuanto fuere necesario, la normativa constitucional básica contenida en la propia Carta Fundamental y b) determinar el contenido de este cuerpo orgánico en otros aspectos que atañen a los partidos políticos (...) resulta absurdo que el Constituyente hubiera reservado a la ley común, o incluso a la potestad reglamentaria, y no a la ley orgánica, desarrollar la normativa constitucional expresa que contiene sobre los partidos políticos, ya que en tal hipótesis se destruye el concepto mismo de lo que debe ser una ley orgánica constitucional y la sistematización elemental que debe presidir cualquier sistema jurídico.” (STC Rol N°43 c.6, 376 c.11);

4°. Que, atendido lo precedentemente expuesto en relación con el tipo penal contenido en el N° 2 del artículo único del proyecto de ley, que incorpora el artículo 161 D al Código Penal, la hipótesis penal impugnada por el requerimiento, está formulada en términos amplios: “*El que a través de cualquier medio justificare, aprobar o negare [...]*”, abarcando a toda persona, de esta forma también a personas que participen en grupos, asociaciones, movimientos u organizaciones que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos. Entonces, en el caso de que una persona perteneciente a estos grupos cumpla con el tipo penal del artículo 161 D y siempre que se den los supuestos indicados, será castigada con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a sesenta unidades tributarias mensuales. Es claro que el establecer sanciones a este respecto, será de ser, necesariamente, materia de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 19 N°15 del texto fundamental citado.

Inclusive, la organización de los partidos políticos podría verse afectada, al estar las conductas consignadas en informes mencionados y también en informes futuros que sean reconocidos por el Estado sobre la materia, hechos sobre los cuales hoy no se tiene conocimiento;

5°. Que, por consiguiente, y de conformidad a lo anteriormente expresado, el proyecto de ley censurado, es de naturaleza orgánica constitucional y habiéndose aprobado por la H. Cámara de Diputados como ley simple, sin respetar el quórum



exigido, conforme lo dispone el artículo 66 del código supremo, constituye causal suficiente para estimar que el requerimiento debe ser acogido en este Capítulo, y declararse la inconstitucionalidad del Párrafo 7 del Título III del Libro Segundo del Código Penal, contenido en el referido Proyecto de Ley.

Redactó el primer capítulo de la sentencia el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO. El segundo, a su vez, fue redactado por el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR. Finalmente, el tercer capítulo fue redactado por los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

La disidencia relativa al vicio de desvincularse el precepto impugnado respecto de las ideas matrices del proyecto de ley identificado con el Boletín N° 11.424-17, fue redactada por el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO.

El voto por no adentrarse en el fondo de la problemática constitucional planteada corresponde al Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES redactó su disidencia.

Las prevenciones han sido redactadas por los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, y por el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9529-20-CPT

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.