



**FJG**

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

**APUNTES CONSTITUCIONALES N° 3**  
***Sobre libertad de expresión***  
***y "negacionismo"***

13 de septiembre de 2021

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la libertad de expresión, tanto en el plano nacional como internacional, reconoce a este derecho como una de las bases esenciales de todo ordenamiento democrático, por cuanto es mediante ella que la persona puede expresar sus ideas y exteriorizar otro derecho fundamental, como la libertad de conciencia. La manifestación de ideas y opiniones también se relaciona íntimamente con la libertad de información, la que contempla tanto el derecho a informar como a ser informado.

Es en este sentido, que resulta pertinente analizar el marco jurídico del derecho a la libertad de expresión, tanto en el plano nacional como internacional, así como su desarrollo jurisprudencial en los distintos sistemas de derechos humanos. También resulta pertinente estudiar la regulación sobre las limitaciones a derechos fundamentales y sus requisitos, en específico aquellos que se imponen al derecho a la libertad de expresión. Es en el marco de estas limitaciones que se encontrarían las prohibiciones o sanciones a discursos negacionistas, que también se analizarán en la presente minuta.

## II. REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO

La Constitución Política de la República consagra el derecho a la libertad de emitir opiniones e informar –ambas manifestaciones de la libertad de expresión– en **el artículo 19 N° 12**:

*“La Constitución asegura a todas las personas:*

*12° 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”.*

Esta norma es de larga data en nuestra historia constitucional, manteniendo los siguientes elementos esenciales:

- a. La libertad de emitir opinión e informar
- b. La prohibición categórica de la censura previa
- c. El deber de responder por los abusos y delitos que se cometan en el ejercicio de dichas libertades, en conformidad a la ley

La mayor innovación que ha existido de esta disposición es la exigencia de que la ley que consagre dichas responsabilidades sea de quórum calificado<sup>1</sup>.

La importancia de este derecho ha sido reconocida y recalcada por la doctrina nacional. Cea Egaña señala que “La importancia y complejidad de la libertad de expresión la ha convertido en un atributo de trascendencia singular para la democracia. El nivel de ejercicio seguro que una Sociedad Civil tenga de tal libertad, por ejemplo, en relación con la pluralidad de medios y fuentes de información, así como con la transparencia e imparcialidad con que ellos informan y juzgan los acontecimientos se considera, sin disidencia, un indicador claro del grado de democracia efectiva del cual se goza en un país”<sup>2</sup>.

Es así, como se ha entendido que la libertad de emitir opinión consiste en la facultad de toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa o cree. Resulta necesario enfatizar el carácter subjetivo de la opinión, que viene dada por un juicio de valor personal, que se ubica en un punto intermedio entre la ciencia y la ignorancia<sup>3</sup>, de manera tal que no pretende asentar hechos o afirmaciones objetivas.

---

<sup>1</sup> Jaime Arancibia Mattar: *Constitución Política de la República de Chile. Edición Histórica*, Santiago, Ograma, 2020, pp. 26-27.

<sup>2</sup> José Luis Cea Egaña: *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, p. 415.

<sup>3</sup> Ángela Vivanco Martínez: *Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Constitución de 1980, Tomo II*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 403.

Otro elemento esencial de nuestro ordenamiento constitucional e la prohibición categórica de toda forma de censura previa, entendiéndola “como cualquier impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión. (...) Agregamos que la censura es un impedimento, con lo cual se alude al escollo, dificultad u obstáculo que se sufre para expresarse libremente, como asimismo, a la amenaza, seria y actual, de ser víctima de tal impedimento o de asumir las consecuencias de no haberlo acatado. Por lo mismo, la censura existe aunque el efecto impeditivo de ella no haya tenido éxito por quien fue su autor”<sup>4</sup>.

El concepto mismo de libertad de expresión –entendiendo que éste es el término más abarcativo para comprender la libertad de emitir opinión y la de informar– como su importancia han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, cuyos considerandos destacados se reproducen a continuación:

*“10° Que, este sistema, que consiste en que el contenido esencial y medular de la libertad de opinión y de informar es que se puede ejercer sin censura previa, ha sido reconocido, por lo demás, en los diversos textos constitucionales chilenos, de manera tal que la esencia del derecho que nos preocupa está en que este se ejerza libremente y que no exista censura previa que lo afecte”<sup>5</sup>.*

*“(...) esta [la libertad de expresión] constituye uno de los pilares de la democracia, cuestión de especial importancia cuando ella se ejerce a través de un medio de comunicación social, como sucede en autos. Al*

*respecto, se ha señalado que “la libertad de expresión es un derecho cuyo ejercicio pone al individuo en relación con sus conciudadanos, aspecto del que deriva su trascendencia política y su relevancia institucional” (ESPÍN, EDUARDO: Derecho Constitucional, Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 271)”<sup>6</sup>.*

*“La libertad de información se erige, por su parte, en una subespecie de la libertad de expresión, que a su turno “es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”, como lo ha enfatizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Lingens v. Austria” (39, p.25, de 8.07.1986)”<sup>7</sup>.*

*“Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. En este sentido, es posible afirmar que “la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento”<sup>8</sup>.*

---

<sup>4</sup> José Luis Cea Egaña: Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, p. 420

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 226-95

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 1463-09

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 3329-17.

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 567-2010



Foto: latercera.com

### III. REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES, RATIFICADOS POR CHILE

Por su parte, el derecho a la libertad de expresión se encuentra ampliamente desarrollado en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, y ratificados por Chile. En virtud del **artículo 5º, inciso 2º** del texto constitucional vigente, dichos tratados deben entenderse incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto la propia Constitución reconoce como límites a la soberanía los derechos esenciales de la naturaleza humana, estén estos garantizados por la Constitución, como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de Naciones Unidas (PIDCP) reconoce este derecho en los siguientes términos:

*“Artículo 19*

*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”.*



Foto: m.elmostrador.cl

En términos similares, la Convención Americana de Derechos Humanos lo reconoce de la siguiente forma:

**“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión**

**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,*

**b)** *la protección de la seguridad nacional, el or-*

*den 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”.*

## IV. RESERVA LEGAL EN LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Nuestro ordenamiento constitucional es explícito al establecer ciertas materias que se reservan a la esfera de competencia de los órganos colegisladores –el Congreso Nacional y el Presidente de la República– lo que se conoce como reserva legal.

Dentro de las materias de ley enumeradas en el **artículo 63** de la Constitución se encuentra *“toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”*. En materia de derechos fundamentales, dicha disposición debe entenderse conjuntamente con el **numeral 26 del artículo 19** de la Carta Fundamental, el que dispone *“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”*.

En este sentido, existiría un mandato expreso para que, toda norma de carácter general y obligatoria que regule o complemente las garantías que la Constitución establece, sean de jerarquía legal, además de prohibir expresamente que dichas leyes afecten los derechos en su esencia.

El constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá señala que *“La reserva de ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca*

*mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia, sometiéndolos al procedimiento legislativo, que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto de estas materias el pluralismo político”*<sup>9</sup>.

En determinados casos, el constituyente ha establecido exigencias aún mayores, estableciendo un quórum especial para la determinados derechos fundamentales, pudiendo ser materias de ley orgánica constitucional, o bien leyes de quórum calificado<sup>10</sup>.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la reserva legal en la regulación de derechos fundamentales en diversas sentencias:

*“Es principio general y básico del Derecho Constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19 N° 13 de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no puede jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental)”*.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Humberto Nogueira Alcalá: *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*, Talca, Estudios Constitucionales, Año 10 N° 1, p. 410.

<sup>10</sup> Algunos ejemplos de lo anterior son la exigencia de quórum calificado para el restablecimiento de la pena de muerte (Art. 19 N° 1), las que regulen las responsabilidades en el ejercicio de la libertad de expresión (Art. 19 N° 12), la ley que regule las atribuciones y funcionamiento del Consejo Nacional de Televisión (Art. 19 N° 12), las que regulan el derecho a la seguridad social (Art. 19 N° 18), las que autorizan la actividad empresarial del Estado (Art. 19 N° 21), las que establezcan limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de ciertos bienes (Art. 19 N° 23); y la exigencia de leyes orgánicas constitucionales para la determinación de los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media, las que regulen los partidos políticos, y las que regulan las concesiones mineras.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 239-96

En la misma línea anterior, ha señalado que la facultad de regular o limitar derechos por la vía legal *“jamás deberá interpretarse en el sentido que impida el libre ejercicio de ellos. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones en el ejercicio de un derecho, claramente de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo (...). Que, no está demás recordar que conforme con lo que dispone imperativamente la Constitución, los órganos del Estado están al servicio de las personas y al cumplir su finalidad de bien común deben hacerlo con “pleno respeto” de sus derechos y garantías (artículo 1º, inciso 4º), debiendo incluso promover su ejercicio, esto es, sin vulneración, perturbación o privación de ellos, y se atenta en su contra cuando se infringe una garantía tan básica como es la ‘reserva legal’ dispuesta por la Constitución para la regulación de la materia”*.<sup>12</sup>

Para el caso particular de la libertad de emitir opiniones e informar, el constituyente es aún más exigente, señalando que la regulación de las responsabilidades emanadas de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades deberá hacerse por medio de una ley de quórum calificado, es decir, que sea aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Con esta exigencia, el constituyente busca resguardar de forma especial la libertad de expresión, reconociendo su rol fundamental en una sociedad democrática. Es así como, no respetar esta exigencia constituye un acto atentatorio contra los principios de pluralismo y libertad propios del régimen democrático.

Este requisito ha sido también sostenido en la práctica legislativa de los últimos años. Así, durante la tramitación de la Ley N° 19.733 sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo –también conocida como “Ley de Prensa”– las normas que contemplan delitos fueron aprobadas con el quórum constitucionalmente exigido<sup>13</sup>. Lo mismo ocurrió con el 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), presentado en el año 2011. El proyecto fue calificado por la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados como una norma que requería de quórum calificado para su aprobación<sup>14</sup>.

Recientemente, hubo un proyecto de ley que no respetó el quórum constitucionalmente exigido, el cual correspondía al Boletín N° 11.424-17 que “Tipifica el delito de incitación a la violencia”. Dicho proyecto contenía, en su articulado, una norma que sancionaba penalmente a aquellas personas que justificaren, aprobaran o negaren las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado en Chile, durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. Una vez despachado el proyecto a su segundo trámite constitucional, 56 H. Diputados presentaron un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual fue acogido, reconociendo como uno de los vicios de constitucionalidad del proyecto el incumplimiento del quórum constitucionalmente exigido.

Sobre este punto, el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

---

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 167-93.

<sup>13</sup> Primer Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de abril de 1996, recaído sobre el Boletín N° 1035-07, p. 5.

<sup>14</sup> Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, recaído en boletín N° 8049-17, de fecha 11 de julio de 2017, p. 1.

**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 (...).<sup>15</sup>*

Tanto la CADH y el PIDCP antes citados reconocen expresamente en sus disposiciones que toda limitación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión deben encontrarse expresamente fijadas por ley. En este sentido, 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. Para ello, se ha desarrollado un “test tripartito” para controlar la legitimidad de dichas 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.

Los mismos estándares han sido recogidos por el Tribunal Constitucional en la resolución de diversos casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley de Prensa.

---

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2529-20.

## V. LIMITACIONES Y RESPONSABILIDADES ULTERIORES EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Tal como se desprende del texto del numeral 12 del artículo 19, el legislador está habilitado para regular responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión, cuando se cometan abusos o delitos en el mismo. Nuestro ordenamiento jurídico comprende sanciones para determinados delitos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión. Así, el Código Penal sanciona los delitos de calumnia (artículos 412 a 415) e injuria (artículos 416 a 420). Por su parte, la Ley N° 19.733 regula una serie de delitos cometidos a través de un medio de comunicación social (artículos 29 a 42).

Sobre este respecto, tanto el Tribunal Constitucional como diversas instancias internacionales, han sido en extremo cautos en la toma de decisiones relativas a limitaciones a la libertad de expresión, en especial en el caso europeo, donde las normas sobre democracia protegida y discursos de odio cuentan con un desarrollo legislativo avanzado.

El Tribunal Constitucional ha indicado que:

*“La libertad de expresión no protege 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 auto-*

*ridades, 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” (...). Que, como se ha indicado, en nuestro ordenamiento jurídico existen normas legales que sancionan el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, tal como lo prescriben la Constitución y los tratados internacionales antes indicados. Entre ellas, cabe mencionar los delitos de calumnia e injuria, tipificados en los parágrafos 6 y 7 del Título VIII del Libro II del Código Penal; los ilícitos previstos en la Ley No 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo; y las demás normas sobre responsabilidad civil derivada del ejercicio abusivo y dañino de la libertad de expresión. En especial, la Ley No 19.733 castiga en forma específica el llamado “discurso del odio” en su artículo 31, que sanciona al “que por cualquier medio de comunicación social realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad”<sup>16</sup>.*

En el plano internacional, resulta pertinente destacar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palamara Ibarne v. Chile*:

---

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 567-06



Foto: right-to-education.org

*“la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>17</sup>.*

Incluso en aquellos casos en que se ha ratificado la decisión de los tribunales de justicia de sancionar a una persona aplicando las leyes que prohíben el ne-

gacionismo, el Comité Europeo de Derechos Humanos ha manifestado su preocupación por las implicancias de leyes de esta naturaleza. Uno de los casos en que se produjo este fenómeno fue el caso *Faurisson v. Francia*.

En la opinión individual de Nisuke Ando (concordante con lo resuelto por el Comité) se consigna que *“Si bien no me opongo a la adopción del dictamen por el Comité de Derechos Humanos en el caso presente, quisiera expresar mi preocupación acerca del peligro que pudiera suscitar la legislación francesa de que se trata, a saber, la Ley Gayssot. Según la entiendo, la Ley penaliza la negación (“contestation” en francés) por uno de los medios enumerados en el artículo 23 de la Ley sobre la libertad de prensa de 1881, de uno o varios de los delitos contra la humanidad en el sentido al artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (véase párrafo 4.2). Entiendo que si no se interpreta rigurosamente, la expresión “negación” (“contestation”), podría abarcar diversas formas de expresión de opiniones y, por consiguiente, plantea la posibilidad de amenazar o menoscabar el derecho de libertad de expresión, que constituye un requisito indispensable para el funcionamiento de una sociedad democrática”<sup>18</sup>.*

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Ibarne vs. Chile, párr. 85

<sup>18</sup> Robert Faurisson v. France, Comunicación No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).



Foto: houstonchronicle.com

Algo similar se sostiene en la opinión individual de Elizabeth Evatt y David Kretzmer, confirmada por Eckart Klein (también concordante con lo resuelto por el Comité): *“La Ley Gayssot está redactada en un lenguaje muy amplio y aparentemente prohíbe la publicación de investigación bona fide conectada con cuestiones acerca de las cuales haya adoptado decisiones del Tribunal de Nuremberg. Aun cuando el propósito de esta prohibición sea proteger el derecho a verse libre de la incitación al antisemitismo, las restricciones impuestas no satisfacen la prueba de la proporcionalidad. No vinculan la responsabilidad a la intención del autor ni a la tendencia de la publicación a incitar al antisemitismo. Además, el objetivo legítimo de la ley podría haberse logrado ciertamente mediante una disposición menos drástica que no supusiera que el Estado Parte habría tratado de convertir verdades y experiencias históricas en dogma legislativo inatacable, independientemente del objetivo del ataque y de sus probables consecuencias”*<sup>19</sup>.

Finalmente, es necesario tener presente la Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la que si bien no es un instrumento vinculante para los Estados partes, sí entrega elementos para complementar el sentido y alcance del artículo 19 del PIDCP antes citado:

*“Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes 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. No deben imponerse nunca restricciones al derecho a la libertad de opinión y, en cuanto a la libertad de expresión, las restricciones no deberían exceder de lo autorizado en el párrafo 3, o de lo prescrito en el artículo 20”*<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Disponible en: <https://bit.ly/3lpaeK7>

## VI. COMPETENCIAS DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LA REGULACION DE LA LIBERTAD DE EXPRESION

En consideración de lo expuesto en apartados anteriores, resulta pertinente puntualizar ciertos temas que son de relevancia para el debate en el marco de la Convención Constitucional.

Tanto nuestro ordenamiento constitucional vigente, como los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes, son categóricos en señalar que las limitaciones a derechos fundamentales deben interpretarse de forma restrictiva, correspondiendo su regulación a la esfera de competencia exclusiva de los órganos colegisladores, y teniendo absolutamente vedada la posibilidad de interferir en la esencia misma de los derechos sometidos a dicha limitación. Dicho lo anterior, resulta pertinente recordar el **artículo 135** de la Constitución vigente, que establece los límites dentro de los cuales puede obrar la Convención Constitucional:

### **Artículo 135.** *Disposiciones especiales.*

*La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes.*

*Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla.*

*En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución.*

*El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*



Foto: ellibero.cl

En consecuencia, de acuerdo al texto expreso de la Constitución Política de la República vigente, existe una prohibición categórica a la Convención Constitucional de atribuirse facultades que corresponden a otros órganos del Estado, en este caso el Congreso Nacional y el Presidente de la República. Esta infracción a la Carta Fundamental vendría dada por la aprobación de normas de rango infralegal –en este caso un reglamento– que limitan de forma evidente el derecho a la libertad de expresión, materia que de acuerdo a lo expresado anteriormente, quedan reservadas al Congreso Nacional y al Presidente de la República en su calidad de colegisladores, además de exigirse un quórum calificado para su aprobación. Hacemos presente que hoy no existe una norma que sancione los discursos negacionistas en los términos que se han planteado en el debate en las Comisiones de la Convención, de manera que no existiría una

habilitación de rango legal que permitiera la regulación a nivel reglamentario de estos discursos.

Esta acción también implicaría una contravención al texto expreso de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, los cuales ratifican la exigencia antes señalada, de acuerdo a los artículos 19 del PIDCP y 13 de la CADH.

Asimismo, es necesario tener presente en la discusión de fondo el derecho a la libertad de emitir opiniones y de informar, la regulación internacional que se ha dado a este derecho así como su desarrollo jurisprudencial, especialmente en lo relativo a los resguardos que se exigen para para su limitación y el establecimiento de responsabilidades ulteriores en el ejercicio de este derecho. Esto, por cuanto la libertad de expresión es una piedra angular en toda sociedad democrática, por cuanto permite el debate de ideas y el pluralismo.

## VII. CONCLUSIONES

Sin duda, la libertad de expresión es uno de los derechos que requieren del mayor resguardo en una sociedad democrática, por cuanto ésta permite el diálogo entre sus integrantes, la formación de la opinión pública, y el pluralismo necesario para ello, de manera que tanto el constituyente como el legislador deben ser en extremo cautelosos en los términos que se utilizan para resguardarlos. La posibilidad de manifestar opiniones libremente, sin el temor de un control oficial o de una censura previa es una de las formas más claras en que una Constitución puede limitar el poder del Estado frente a sus ciudadanos, quienes pueden cuestionar o valorar sus actuaciones, mediante un juicio crítico.

La importancia de este derecho ha sido enfatizada en reiteradas ocasiones, tanto por órganos internacionales como por la justicia constitucional nacional, lo que demuestra el amplio consenso que existe en la necesidad de su resguardo frente a los obstáculos que se le quieran imponer. Sin embargo, esto no obsta que, por la vía legislativa, se puedan establecer responsabilidades ulteriores en casos en que exista un ejercicio abusivo de esta libertad, que acabe por afectar la honra, dignidad o vida privada de las personas. Sobre este punto, somos enfáticos en señalar dos cosas. En primer lugar, el carácter de estas responsabilidades siempre debe ser posterior a la manifestación de opinión, ya que de lo contrario se incurre en una forma de censura previa, lo que

es inadmisibles en un ordenamiento verdaderamente democrático. En segundo lugar, la responsabilidad debe ser proporcional a la infracción cometida, además de establecerse en términos que sean claros, precisos y conocidos por la sociedad en general, de manera que no se abran espacios a arbitrariedades por parte del órgano encargado de imponer las sanciones respectivas. Así, siempre el legislador o el constituyente deberán optar por aquel mecanismo que sea menos lesivo en la limitación del derecho fundamental, y procurando jamás afectarlo en lo que se conoce como su núcleo esencial.

Del estudio de las normas nacionales e internacionales, así como de la jurisprudencia sobre la materia, resulta del todo claro que toda limitación a un derecho fundamental debe hacerse por ley, y en el caso de la libertad de expresión, ésta debe ser de quórum calificado. En consecuencia, al no existir el negacionismo como una figura jurídica reconocida en una norma de rango legal, no existiría una habilitación a la Convención Constitucional para regularlo por una norma de rango inferior, como lo es un reglamento de funcionamiento interno de la misma. Admitir este tipo de regulación sería una infracción manifiesta al texto expreso de la Constitución vigente, así como a los tratados internacionales sobre derechos humanos antes citados, lo que está expresamente vedado a la Convención, según las propias normas que habilitaron su funcionamiento.



Capullo 2240, Providencia.

[www.fjguzman.cl](http://www.fjguzman.cl)



[/FundacionJaimeGuzmanE](https://www.facebook.com/FundacionJaimeGuzmanE)



[@FundJaimeGuzman](https://twitter.com/FundJaimeGuzman)