Boletín N° 14.118-07

Proyecto de ley, iniciado en moción del Honorable Senador señor Latorre, que incorpora al Código Penal el delito de negacionismo de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período que indica.

I. Noción de negacionismo

El negacionismo es una práctica cultural desarrollada originalmente luego de la Segunda Guerra Mundial, consistente en la negación, justificación o tergiversación del genocidio ocurridos durante la Alemania nazi. El contexto en que nacen estas leyes anti-negacionistas en Alemania y Europa proviene de la búsqueda, por parte de los europeos, de evitar que regímenes capaces de un nivel de destrucción y de aniquilamiento de la misma condición humana vuelvan a surgir, evitando que sus ideas se instalen en la conversación pública.

El origen de esta orientación puede rastrearse hacia finales de la década de los años cuarenta del siglo XX, cuando el historiador francés Paul Rassiner, considerado como el padre del negacionismo, lanzó por primera vez su tesis de que nunca existió un plan de aniquilación sistemática de la población judía, y que las víctimas habrían sido muchas menos que las que oficialmente se indican[1].

De acuerdo a Luther, el negacionismo corresponde a un fenómeno cultural político y jurídico que en lo medular niega "la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos de máxima injusticia y por tanto objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial de las responsabilidades que se derivan de ellos"[2]. Para Henry Rousso, quien acuñó originalmente el concepto, el negacionismo debe entenderse por oposición a la historiografía científica. Mientras el primero simplemente falsea eventos históricos, el segundo analiza y actualiza los hechos históricos a partir de la investigación científica[3].

El delito de negacionismo se constituye como una negación total o parcial de ciertos hechos especialmente graves y puede manifestarse de tres maneras: 1. Actos de negación (por

1 Thus, V., 2013. El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs derecho local. Revista pensar en Derecho, Issue 2, p. 432.

2 Luther, Jörg. (2008). El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. Traducido del italiano por Francisco Durán Ruiz. Revista de Derecho Constitucional Europeo, 5(9): pp. 247- 295. Disponible en línea: http://bcn.cl/286yf (diciembre, 2018).

3 Bloch, Pascale. (2005). Response to Professor Fronza's The Punishment of Negationism. Vermont Law Review, 30: pp. 627-643

ejemplo: negar, desconocer) que ciertos hechos se produjeron; 2. Actos de minimización ("bagatelizacion"); 3. Actos que expresan aprobación (por ejemplo: glorificación, apología, aprobación, justificación)[4].

A nivel comparado, el negacionismo es considerado como un ilícito de carácter internacional. Entre los países que regulan y sancionan el negacionismo encontramos: Francia, Suiza, Alemania, Austria, Bélgica, España, Liechtenstein, República Checa, Letonia y Países Bajos, los que han optado, mayoritariamente, por asignar penas de privación de libertad a quienes resulten responsables

Cuando hablamos de negacionismo en Chile, nos referimos a una declaración emitida con intención de causar una ofensa hacia una persona o grupo de personas, en que el sujeto que comete el acto niega, tergiversa, justifica o pone en duda hechos históricos, públicos y notorios, donde se ha demostrado fehacientemente la vulneración masiva y sistemática a los derechos humanos ocurridos en el período de la dictadura cívico militar de Augusto Pinochet, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, consignadas en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de la Comisión de Prisión Política y Tortura, de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura.

Una expresión negacionista debe tener un elemento de intención positiva de causar un daño al bien jurídico protegido. El politólogo Rainer Huhle habla de una intención política o de perturbación del orden público, o de una agresión ofensiva de derechos, siendo importante el contexto en el que tomen lugar estas expresiones públicas. Es así que no se encuadraría en el delito de negacionismo una expresión por parte de una persona en el contexto de una investigación académica o que sólo duden de ciertas verdades que no consideren sustanciadas, sin que concurran algún elemento de contexto que evidencie la intención política, o lesiva del acto negacionista.[5]

Este fenómeno reviste especial preocupación, cuando las expresiones negacionistas son sostenidas por quienes detentan notoriedad pública. A modo de ejemplo, el año 2017, Loreto Letelier, quien en ese momento era candidata a diputada por el partido Unión Demócrata Independiente, negó hechos comprobados judicialmente del denominado "Caso Quemados"; en marzo del 2018, el entonces candidato presidencial, José Antonio Kast, se fotografió con un joven que usaba una polera cuyo estampado ironizaba con "los vuelos de la muerte"; en junio del mismo año, el ex Coronel Jaime Ojeda Torrent, procesado por la muerte de 15 personas, expresó que aquellas personas eran merecedoras de lo que denominó "pena de

4 Annette Hafner, Asesoría Técnica Parlamentaria, 2014.
5 Entrevista: Debate sobre negacionismo en Chile: el rol del Estado es clave, Deutsche Welle, 9/11/20, https://p.dw.com/p/3l35y

muerte". Vinculado a lo anterior se suma la vitrina de los medios de comunicación masiva a tesis negacionistas a la violación de derechos humanos en el periodo de la dictadura cívico militar en Chile, lo que motiva a cuestionarse si acaso, es necesario sancionar el negacionismo en nuestro país, sobre hechos denunciados nacional e internacionalmente e investigados en los informes de la Comisión Retting y Comisión Valech.

Sobre el particular, cabe destacar que el Informe anual sobre Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, del año 2018, en su acápite 2.4 titulado "Revisionismo, negacionismo y verdad", desarrolla cómo se ha dado esta práctica cultural en Chile, estableciendo que durante el periodo de su elaboración se vieron agravadas y profundizadas las expresiones públicas de lo que puede ser calificado de negacionismo, en atención a la forma en que ciertas personas se refirieron a crímenes atroces, sus víctimas, sobrevivientes y sus perpetradores[6].

A diferencia de Alemania y el resto de Europa, en Chile existe un vacío cultural profundo en la integración de los derechos humanos como un principio de compresión de la experiencia del pasado reciente y esto permea a la misma deuda que mantiene el Estado con los detenidos desaparecidos y los torturados víctimas de la dictadura. Si bien, el trabajo elaborado por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y la Comisión de Prisión Política y Tortura, de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura significan un gran avance para la justicia transicional, la reparación de las víctimas y la sociedad en su conjunto, su carácter secreto es considerado por como una de las mayores limitaciones a la hora de evaluar su impacto en la construcción de la memoria histórica de nuestro país.

Para contrarrestar este fenómeno de desconexión social con esta necesaria perspectiva histórica, la Diputada Carmen Hertz presentó un proyecto de ley que pretendía fomentar la educación sobre derechos humanos incluyendo una asignatura en el Plan de Formación Ciudadana para establecimientos reconocidos por el Estado. La iniciativa buscaba crear una asignatura denominada "Memoria y Derechos Humanos" y se impartiría a alumnos y alumnas de educación básica y media. Allí se revisarían las violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura, así como también un conocimiento básico de lo que son los derechos fundamentales de toda persona. Sin embargo, la moción no alcanzó el quórum necesario para su aprobación, por lo que fue rechazado en la sala de la Cámara de Diputadas y Diputados.

Es este difícil escenario el que impide avanzar en la construcción de una verdad histórica coherente y respetuosa de los derechos humanos. Debemos tener presente que al estado de Chile le corresponde una responsabilidad de hacer respetar los hechos consolidados por las

6 Solar, E. T. V., 2018. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile. Primera edición ed. Santiago: Universidad Diego Portales.

diversas comisiones de verdad que dan cuenta de los hechos ocurridos en el periodo de la dictadura de Augusto Pinochet. Por lo anterior, 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, que es la idea matriz del presente proyecto de ley.

II. Tensión entre negacionismo y libertad de expresión

Desde la perspectiva internacional, la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea han instado a prohibir la apología y el negacionismo de crímenes de lesa humanidad. La Unión Europea, en una Decisión marco de 2008/913, busca que el racismo y la xenofobia sean punibles en todos los Estados Miembros, e incluye normas contra el negacionismo.

La principal objeción al establecimiento de estos tipos penales surge de su eventual pugna con el derecho a la libertad de expresión en tanto garantía fundamental. Recientemente, el Tribunal Constitucional, conociendo del requerimiento presentado por parlamentarios de Chile Vamos contra el proyecto de ley sobre incitación al odio, Boletín Nº 13.107-07, que incluía una regulación anti-negacionista, resolvió que la tradición constitucional chilena ha garantizado históricamente la libertad de expresión, sin censura previa, en términos amplios, por lo que tipificar el negacionismo lesiona la garantía fundamental regulada en el inciso primero del artículo 19 N°12 de la Constitución, declarando la inconstitucionalidad del texto.

La libertad de expresión es un derecho protegido desde los orígenes del constitucionalismo liberal[7], y está consagrada en los principales tratados internacionales de derechos humanos, aunque en todos los casos, está formulada de un modo que admite restricciones.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), vigente y ratificado por Chile, establece en su artículo 19 que la libertad de expresión puede ser sometida a limitaciones siempre que (i) estén establecidas por ley; (ii) sean necesarias para garantizar los derechos o la reputación de terceros; (iii) sean necesarias para la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. Además, el artículo 20 establece un mandato de prohibición legal de la apología del odio en tres hipótesis: cuando incite (i) a la discriminación contra ciertos grupos; (ii) a la creación de un ambiente hostil en su contra; y (iii) a la violencia[8]. Las medidas normativas anti-negacionistas han sido justificadas a través de la vinculación existente entre la restricción de la libertad de expresión y la incitación al odio.

---

7 Ya en 1789, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la reconocía como derecho al tiempo que
establecía la perturbación del orden público como límite al ejercicio de la libertad de conciencia, y que la libertad de expresión quedaba sujeta a la responsabilidad por su abuso (artículos 10 y 11).

8 Meza-Lopehandía, M., 2018. Negacionismo y libertad de expresión, Valparaíso: Asesoría técnica parlamentaria.

El Comité de Derechos Humanos, organismo encargado de vigilar la observancia del PIDCP, determinó ciertos criterios sobre la compatibilidad de las leyes anti-negacionistas con el derecho internacional de los derechos humanos en la aplicación de la Ley Gayssot, en el caso Faurisson contra Francia (1996). En tal sentido, exige que las restricciones estén establecidas por ley, y que además, sean necesarias, en este caso, para garantizar el respeto de los derechos de terceros[9].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su Artículo N° 13 establece que la libertad de expresión no es absoluta. Una iniciativa de ley como la que se propone en esta presentación se ajusta a esos supuestos, en tanto ésta no constituiría una censura previa, sino que establece eventuales responsabilidades ulteriores al acto de expresión, en tanto afecten derechos o la reputación de los demás. Es así que el citado pacto de San José de Costa Rica admite la prohibición por ley de toda propaganda que haga 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.

Las víctimas, familiares y sociedad que sensibiliza con su causa, tienen derecho a la indemnidad moral, la que se ve vulnerada por el intento de justificar o relativizar las violaciones de Derechos Humanos de la dictadura militar.

Por último, la experiencia europea de pos guerra sirve de referencia en materia de procesos de transición política luego de traumáticas y masivas violaciones a los derechos humanos, la que se desarrolló inicialmente en referencia al racismo, por razones determinadas por el contexto histórico en que se desarrollaron las respuestas al nazismo y fascismo en Europa. Es así que el derecho europeo ha avanzado en penalizar la negación y/o justificación de los genocidios cuando poseen una intención racista.

Por supuesto que el caso chileno es diferente, en el sentido de que las motivaciones genocidas de la dictadura militar de Pinochet no eran por razones de raza, sino por causa del pensamiento político y/o militancia, que, guardando profundas diferencias entre un tipo de discriminación y la otra, para efectos de los resultados lesivos y la ocurrencia de violaciones de derechos, son asimilables.

Es por eso que nuestra experiencia se asemeja más a las que motivó la dictación de la ley que penaliza actos discriminatorios en Argentina, Ley 23.592 de 1988, donde expresamente se incluye la discriminación, persecución u odio por razones de “pensamiento político”.

El delito de negacionismo encuentra entre sus objeciones, el eventual obstáculo que puede significar para la libertad de investigación, libertad que no debería verse vulnerada dado que la conducta típica va acompañada de una intención de deshonrar o dañar en su dignidad a las víctimas, lo que deberá ser valorado por el juez en cada caso -siguiendo el espíritu de la ley- determinando si existió o no una intención propiamente negacionista detrás de esas expresiones públicas, o si, por el contrario, se trataría de un ejercicio investigativo y

9 Ídem

académico, cuyo contexto, forma y proceso permitan al ente jurisdiccional determinar si tienen una motivación negacionista.

III. El bien jurídico protegido por el delito de negacionismo

El bien jurídico protegido es aquella realidad dinámica valorada socialmente por su vinculación con los distintos ámbitos de la persona y su desarrollo. Constituye un reflejo de las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en cada momento histórico, por lo que se encuentran en permanente evolución.

Desde luego, cuando nos enfrentamos a la configuración de los tipos penales, los bienes jurídicos protegidos pueden ser diversos y concurrir todos ellos en una misma tipificación de conductas.

Connotados penalistas como Roberto García-Calvo o María Lidia Suárez, han sostenido que "la negación de una barbarie como es el genocidio choca frontalmente con la dignidad y el honor de las víctimas supervivientes de estos delitos o de sus descendientes"[10]. Siendo la lesión al honor y la dignidad humana lo que permite limitar la libertad de expresión, en consonancia con los principios constitucionales establecidos en nuestra propia Constitución.

En la misma línea, el profesor Manuel Guerrero señala que tal negación trae aparejado "un daño provocado a la comunidad que traspasa con creces a los cuerpos que conocemos como los dañados y a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. La transmisión de ese daño de manera transgeneracional muestra un alcance que va mucho más allá de quienes fueron los sobrevivientes directos o de los hijos e hijas de ellos"[11]. Constando además de un proceso de deshumanización de la víctima, a propósito del titular de la segunda de 1974, que para referirse a los detenidos desaparecidos utiliza el titular "exterminados como ratones", el académico dilucida que ya no se trata de una persona, ni siquiera de un animal, un descalificativo que los expulsa de nuestra comunidad moral. Teniendo el negacionismo un efecto similar a ese, reproduciendo "la misma lógica y los mismos elementos que están a la base de las prácticas como la tortura, los cuales se reactivan y extienden en un período democrático"[12]. Sin lugar a dudas, uno de los bienes jurídicos que busca proteger la tipificación del delito de negacionismo es la dignidad de las víctimas de lesa humanidad.

Siguiendo la línea de Valeria Thus, lo que protege el delito de negacionismo sería, por un lado "la dignidad como Derecho humano de las víctimas, […] en una categoría que incluye la dimensión de la afectación a su honor -ofensa individual- y a la vez, por otro, trasciende, en

---

10 Thus, V., 2013. El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs derecho local. Revista pensar en Derecho, Issue 2, p. 432.

11 Barrera, B., 2019. Universidad de Chile. [En línea] Available at: https://www.uchile.cl/noticias/157637/como-frenar-el-negacionismo-el-debate-que-hoy-preocupa-a-los-ddhh [Último acceso: 11 enero 2020].

12 *ídem*

tanto afectación más abarcativa, que incluye una dimensión social o colectiva definida como exigencia de respeto por la sociedad en general, a la dignidad de quienes han sido arrasados por una experiencia genocida" [13]. Qué duda cabe que la dignidad humana es el sentido último de toda protección estatal, en virtud del principio de humanidad que envuelve toda idea de Derecho[14].

Asimismo, dicha consagración normativa permitiría proteger el derecho a la memoria, que "supone un reconocimiento de la dignidad y propia personalidad; aparece necesariamente de manera relacional entre el sujeto titular y el colectivo social que dota de sentido a esa aceptación y construcción social"[15]. Como se observa, la memoria o la verdad histórica se establecen como una relación entre el sujeto y el colectivo social, lo que no es una imposición, sino una relación, una aceptación, una construcción, un acuerdo sobre los hechos y la verdad. En esta línea la profesora Emanuela Fronza establece que "en la mayor parte de los casos […] se destaca la importancia de la pena como instrumento para luchar indirectamente contra actividades encaminadas a la manipulación instrumental del pasado o la ofuscación de la memoria de hechos y eventos dramáticos"[16].

IV. Resumen del proyecto de ley

Por estas razones, el presente proyecto de ley busca consagrar una protección a la dignidad y honra de las personas que han sido víctimas directas o indirectas de los crímenes de lesa humanidad del período de la dictadura militar de Augusto Pinochet, sin con eso conculcar el derecho a la libertad de expresión y la libertad de investigación, que caracteriza a nuestro país en su tradición liberal y democrática, entregando herramientas de evaluación al juez que deberá conocer de hechos que puedan constituir un delito de negacionismo, los que le permitirían dilucidar con claridad entre un acto que busca dañar la honra o dignidad de una persona o grupo de personas, de un acto con intenciones académicas, que pueda en el futuro investigar las formas y momentos en que ocurrieron los hechos, las que se tratan de investigaciones que naturalmente se desarrollan en un contexto de imparcialidad, libertad y respeto por la honra y dignidad de las personas, familiares y simpatizantes, que sufrieron y sufren por causa del daño provocado por la dictadura.

---

13 THUS, Valeria, Daño negacionista y Derecho Penal: Resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios. P. 11. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2020/seminario-de-investigacion-debates-fundamentales-en-el-derecho-publico-contemporaneo/tema-04-thus.pdf

14 Como diría Mayer "La humanidad consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí.". MAYER, Max Ernst, Filosofía del Derecho, traducción de la 2ª edición original por LEGAZ LACAMBRA, Luis, Barcelona: Editorial Labor, 1937. Nota n. 3 p. 143.

15 Op. Cit. p. 14.

16 FRONZA, Emanuela, "¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria", Revista de derecho penal y criminología, Nº 5, 2011, págs. 97-143.

Este proyecto se enmarca en la responsabilidad del Estado de Chile de sostener aquellos hechos consolidados en sus propias comisiones de verdad que ya han sido citadas en el presente proyecto de ley y por sobre todo el deber del Estado de proteger la honra y dignidad de las personas, siendo éste proyecto una forma de cumplir con las obligaciones de Chile en materia de garantía de no repetición, en un contexto social y político donde expresiones propiamente negacionistas, sin otro fin que no sea causar un daño o sacar una ventaja política a costa de ese daño, se reproducen y amplían de manera preocupante tanto de boca de figuras públicas como por otros grupos o personas que encuentran eco de sus discursos en un contexto de poca formación y educación en derechos humanos o sobre la historia reciente de Chile.

Es así que el presente proyecto de ley busca sancionar con multa de 10 a 40 unidades tributarias mensuales (UTM) dependiendo del supuesto del caso, a quienes nieguen, justifiquen, minimicen, hagan apología o glorificación de los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile en el periodo entre los días 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, cometidos por agentes del estado. Además, se expresa que el juez podrá sancionar en lugar de la multa, con la prestación de servicios a la comunidad preferentemente en materia de educación en derechos humanos, y que si el delito fuera cometido por un funcionario público, éste quedará inhabilitado de forma permanente para cumplir funciones públicas.

Por tanto, vengo en presentar el siguiente proyecto de ley.

Artículo único.- Modifíquese el Código Penal en los términos siguientes:

Agrégase en el Libro II, Título III "De los Crímenes y Simples Delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución", un nuevo Párrafo § 6 del siguiente tenor:

“§ 6. De los delitos de negacionismo y otros contra la dignidad de las personas"

1) Agrégase un nuevo artículo 161-D del siguiente tenor:

"Se castigará con multa de diez hasta veinte unidades tributarias mensuales al que públicamente negare, justificare o minimizare los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile en periodo entre los días 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, cometidos por agentes del estado en calidad de funcionarios públicos o, tratándose de un particular, que hubiese actuado en el ejercicio de funciones públicas o con la aquiescencia, consentimiento o por instigación de un funcionario público.

La conducta descrita debe ir acompañada de la intención de deshonrar o menospreciar a las víctimas de dichas violaciones o sus familiares, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez valorando las circunstancias y el contexto en que estas expresiones tomen lugar.

2) Agrégase un nuevo artículo 161-E del siguiente tenor:

Se castigará con multa de veinte hasta cuarenta unidades tributarias mensuales al que públicamente apruebe, haga apología o glorificare los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile en periodo entre los días 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, cometidos por agentes del estado en calidad de funcionarios públicos o, tratándose de un particular, que hubiese actuado en el ejercicio de funciones públicas o con la aquiescencia, consentimiento o por instigación de un funcionario público.
La conducta aquí descrita debe ir acompañada de la intención de deshonrar o menospreciar a las víctimas de dichas violaciones o sus familiares, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez valorando las circunstancias y el contexto en que estas expresiones tomen lugar

3) Agrégase un nuevo artículo 161-F del siguiente tenor:

"Se castigará con multa de veinte hasta cuarenta unidades tributarias mensuales al que públicamente incitare a la violencia física contra personas que hayan sido víctimas de delitos de lesa humanidad en cualquier tiempo.

4) Agrégase un nuevo artículo 161-G del siguiente tenor:

a) Los delitos sancionados en los artículos 161-D, 162-E y 161-F, se aplicarán especialmente las siguientes reglas:

b) El juez podrá aplicar la pena sustitutiva de la letra f) del artículo 1º de la ley N° 18.216, observando especialmente el cumplimiento de los requisitos en ese cuerpo legal establecido. El juez deberá privilegiar que la prestación de servicio a la comunidad tenga relación con la educación en derechos humanos y otros actos que contribuyan a cumplir con la garantía de no repetición de los delitos de lesa humanidad al que hacen referencia los artículos 161-D, 162-E y 161-F.

c) Si los delitos fueron cometidos por un funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, corresponderá, junto con las penas asignadas en cada supuesto, la inhabilitación permanente de desempeñar funciones públicas.