INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA CON CÁRCEL A QUIENES NIEGUEN, JUSTIFIQUEN O MINIMICEN LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD COMETIDOS EN CHILE.

BOLETÍN N° 8.049-17-1

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222 del Reglamento de la Corporación, viene en informar, en primer trámite constitucional, el proyecto de la referencia, originado en una moción de la diputada señora Girardi, doña Cristina; de los diputados señores Aguiló, don Sergio; Andrade, don Osvaldo; Carmona, don Lautaro; Gutiérrez, don Hugo; Jiménez, don Tucapel y Ojeda, don Sergio y de los ex diputados señores Accorsi, don Enrique; Alinco, don René y De Urresti, don Alfonso, el que ya fuera informado por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios.

Durante el análisis de esta iniciativa la Comisión contó con la colaboración del Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señor Branislav Marelic; del asesor de la bancada del Partido Socialista, señor Enrique Aldunate y del asesor de la Fundación Jaime Guzmán, señor Héctor Mery.

CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.

1) La idea matriz o fundamental del proyecto consiste en sancionar a quienes justifiquen o nieguen la ocurrencia de delitos de lesa humanidad.

2) Normas de carácter orgánico constitucional.

No existen normas en tal sentido.

3) Normas de quórum calificado.

Reviste este carácter el artículo único del proyecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, N°12 de la Constitución Política de la República.

4) Requiere trámite de Hacienda.

No.

5) Reserva de constitucionalidad.

El diputado señor Coloma, don Juan Antonio, hizo reserva de constitucionalidad respecto del artículo único, propuesto por vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el que reemplaza el artículo

único del texto original de la moción, por estimar que se infringe el derecho a emitir opinión, de conformidad con lo dispuesto en el N°12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

6) <u>Se designó Diputado Informante al señor Soto, don Leonardo.</u>

I.- <u>ANTECEDENTES GENERALES.</u>

1.- <u>Fundamentos de la moción.</u>

Las políticas represivas ejecutadas por el régimen militar entre los años 1973 y 1990, crearon un cuadro de graves, extendidas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos que fueron denunciados nacional e internacionalmente. Igualmente, los informes de la Comisión Retting y la Comisión Valech atestiguaron una realidad que muchos negaban en su momento, como el verdadero asesinato de más de 3 mil personas y la tortura, desaparición forzada y otras vejaciones a sus derechos fundamentales a más de 28 mil.

Ligado orgánica y políticamente a este cuadro de violencia estatal se desarrollaron en la institucionalidad fenómenos y mecanismos de impunidad que deformaron y desnaturalizaron gravemente el ordenamiento jurídico- político del país. Así, baste citar la vigencia del Decreto Ley N° 2.191 de 1978 (Ley Auto Amnistía), los beneficios penitenciarios a quienes han sido juzgados por delitos de lesa humanidad, la participación en el gobierno y las fuerzas armadas de aquellos que fueron parte del régimen militar y/o asociaciones ilícitas como la DINA, y la negación, minimización o justificación de los delitos y crímenes cometidos en dictadura.

Hoy la evolución del derecho internacional hace que la impunidad, la negación o justificación de los delitos de lesa humanidad sea un verdadero "ilícito internacional", pues las graves violaciones de los derechos humanos constituyen una ofensa en perjuicio de toda la humanidad, correspondiendo a todos los Estados, de acuerdo al principio de justicia universal, la persecución, juzgamiento y sanción de los responsables de estos crímenes.

La legislación chilena no puede desatender el sentimiento que provoca a quienes sufrieron en carne viva los delitos cometidos y a sus descendientes, oír el cuestionamiento, la minimización o justificación de los crímenes cometidos en dictadura. Aún hoy existen quienes señalan que fue un mal necesario, que los crímenes se justificaron porque estábamos en una supuesta guerra civil, que finalmente Chile logró el desarrollo económico. Asimismo, existen columnistas que se burlan derechamente de los crímenes. Esto constituye un verdadero insulto y una humillación que no podemos seguir permitiendo.

Es responsabilidad del Estado condenar estas actitudes negacionistas. Actuar por omisión es conceder, legitimar y aceptar este daño a la dignidad de las personas y de nuestro propio país.

Así lo han entendido otros estados que vivieron delitos de lesa humanidad. Encontramos en legislación comparada, leyes que tipifican como delito negar, ocultar o minimizar los crímenes contra la humanidad. La misma Unión Europea acordó el año 2007 penar con cárcel a quiénes públicamente "condonen, nieguen o trivialicen genocidios, crímenes contra la humanidad y de guerra definidos por la justicia internacional". Asimismo, obliga a los distintos países miembros a adecuar su marco jurídico en este sentido y penar en sus Códigos Penales a quien incite en público a la violencia o al odio en contra de grupos definidos por su raza, color, religión, descendencia, nacionalidad, orientación sexual, origen étnico o color político. Así, por ejemplo:

a) Alemania, ha penado la negación del Holocausto. El Código Penal de Alemán, en su sección 130, establece: "Quien publicite o en una reunión apruebe, deniegue o plantee como inofensivo un acto cometido bajo las reglas del Nacional Socialismo del tipo indicado en la Sección 220a, subsección, de una forma capaz de alterar la paz social, deberá ser penado con prisión por hasta 5 años o una multa".

b) Francia, mediante la llamada "Ley Gayssot" estableció: "Art. 24 bis: Se castigará con las penas previstas en el apartado sexto del artículo 24 a quienes nieguen, por los medios enunciados en el artículo 23 , la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal como los define el artículo 6 del estatuto del tribunal militar internacional anexo al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y que hayan sido cometidos bien por miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 del citado estatuto, bien por una persona declarada culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional...".

c) Suiza, mediante el artículo 261bis del Código Penal considera ofensa criminal y se impone una pena de hasta un año de prisión o el pago de una multa de 40 francos suizos a quien:

"...públicamente, verbalmente, por escrito, a través de imágenes, gestos, con agresiones o de cualquier otro modo, desprecie o discrimine de un modo que afecte la dignidad humana de una persona o un grupo de personas debido a su raza, su pertinencia étnica a su religión o quien, por la misma razón, niega, minimiza extremadamente o trata de justificar un genocidio u otro crimen contra la humanidad".

Es necesario destacar que en todas estas legislaciones el bien protegido es la dignidad de aquellos grupos o personas que fueron víctimas de delitos de lesa humanidad, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, ya que ésta se ve doblemente afectada cuando banalmente se niega, justifica, aprueba, o minimizan los crímenes cometidos.

2.- <u>Contenido de la moción.</u>

La moción consta de un artículo único que sanciona con pena de presidio menor en su grado medio a quien niegue, minimice o justifique los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el régimen militar, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.

En caso de que el delito sea cometido por un funcionario público la pena se aumenta en un grado.

II. SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN EN LA COMISIÓN Y ACUERDOS ADOPTADOS.

1.- Debate previo.

El Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señor Branislav Marelic, señaló que para emitir una opinión sobre el proyecto de ley a nombre del Instituto, es práctica que ella la apruebe el Consejo. En tal sentido, sobre el articulado de este proyecto no se ha emitido una opinión, por lo que no podrá referirse al mismo, pero se referirá de las tensiones que genera un proyecto de esta naturaleza, y los elementos de juicio para avanzar en la tramitación.

Cuando se habla de negacionismo, este proyecto se puede categorizar como diferente a la incitación al odio, que es claramente vinculado a expresión abusiva, intimidante de acoso que incita a la violencia o discriminación. Esa definición es la que tiene el Instituto.

En relación al negacionismo, tiene que ver con negar un hecho, que en este caso es la ocurrencia de delitos de lesa humanidad y genocidio. También el negacionismo se puede adscribir a quienes niegan al cambio climático, o a quienes adscriben la corriente creacionista, pero acá lo que se pretende tipificar es el hecho, que lo que se discute es una negación de algo asentado. Eso, antes de comenzar.

A nivel de derecho internacional, el tema tiene una tensión con la libertad de expresión, y por ello debía referirse a esa tensión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 19 la libertad de expresión y opinión, y la libertad de búsqueda de información. En tal sentido, si este proyecto avanza en la tipificación, es probable que entre en tensión con la libertad de expresión, el éxito de este proyecto tiene que tener en cuenta la compatibilidad con ese Pacto.

El Pacto establece los criterios de cualquier limitación a tal libertad. Tiene que ser una restricción fijada por ley, orientada a la promoción de objetivos legítimos, que en este caso sería el respeto de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, pero acá la tensión en este tipo de proyectos, es poner en tensión el objetivo legítimo y la proporcionalidad de la medida.

El Pacto también establece que toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por ley. Uno podría interpretar que el negacionismo genera odio amparado en el artículo 20. Han existido dos grandes tendencias en relación a criminalizar conceptos o ideas en el marco de la libertad de expresión. La norteamericana que tolera todo tipo de discurso, incluso de odio, tendiente a negar hechos, y la europea, que dispone delitos claros en el contexto del holocausto de la segunda guerra mundial.

Junto a esas realidades, debe tenerse en cuenta que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos establece una particularidad, a diferencia del sistema europeo, pues la censura previa está totalmente proscrita, y el derecho penal está desincentivado para regular la libertad de expresión. Si se quiere punir la libertad de expresión, el Sistema ha señalado que la herramienta penal no es el incentivo adecuado.

El Instituto ha dicho que antes de criminalizar el contenido, se deben agotar otros medios de regulación, tales como programas de educación, la posibilidad de interponer demandas civiles u otro tipo de sanciones, y la vía penal debe ser última ratio.

En un caso concreto, que fue llevada por esta misma naturaleza al Comité de Derechos Civiles y políticos, la ley Gayssot, se declaró que no se puede negar los crímenes del nazismo, o plantear la inocencia de los condenados por tribunales. Lo que dijo el Comité en ese caso es que esa ley era correcta, pero entendiendo que se dirigía a un objetivo legítimo y específico, que era proscribir el antisemitismo. El juego en el marco de estas leyes debe tener claro cuál es el objetivo que se está indicando.

Eso podía señalar en cuanto a libertad de expresión.

Sobre técnica legislativa, o problemas que podrían surgir, es sobre qué se entenderá o quién acreditará tales crímenes. Es un tema que se debe resolver. El crimen está tipificado para casos no ocurridos en el contexto de conflictos internacionales, y aunque él no negaba la ocurrencia de las violaciones a los derechos humanos en Chile entre 1973 y 1990, era plausible estimar que una defensa pueda esgrimir a favor de un imputado que como no existe la tipificación de estos delitos que acá serán los negados o justificados, pueda tener un grado alto de defensa. Así, donde está la acreditación, si es por un tribunal nacional o internacional, o por otro lado, lo que se dice es que sea un delito de lesa humanidad o genocidio, pero puede haber otros en el mismo período que puede constituir una contradicción a la verdad histórica.

Estas cuestiones sirven para iniciar una discusión, teniendo presente que no puede emitir una opinión sobre el articulado específico.

El diputado señor Ceroni expresó que al leer el proyecto, insistía al invitado, en que como esto es un tema penal, no parece suficientemente tipificado lo que es el delito mismo. Cuando se habla, se ven los verbos, en el fondo de lesa humanidad, todos estaban contestes en qué era, pero el tema era cómo en el caso concreto el sujeto había cometido el verbo rector. Cada caso

debe especificarse con exactitud y cómo es el delito para que quede tipificado. Es algo que aparece muy vago, casi queda como una declaración de principios y no una tipificación de delito. Eso le preocupaba, teniendo claro el espíritu de lo que se pretende, pero hacerlo en materia penal, no lo convencían. Todo lo que significa una afectación de derechos humanos es grave, pero esto es un tema penal.

El diputado señor Chahin (Presidente) manifestó, en la línea de lo planteado por el diputado Ceroni, que lo primero es que hay varias cosas que llaman la atención. Para que no estén frente a una ley penal en blanco, debe estar suficientemente descrita la conducta típica. Una de las preguntas relevantes a despejar, es que al hablar de los conceptos de genocidios o lesa humanidad, si tienen el grado de especificación suficiente para lograr acreditar el verbo, la negación, para saber cuándo el verbo ocurre. Si hay un concepto preciso para determinar la infracción que es negar tales hechos, porque si es un concepto vago, ambiguo o impreciso, incluso podría haber problemas de constitucionalidad.

La segunda, él presentó una indicación complementaria, que básicamente lo que hace es eliminar el concepto minimizar, que es muy ambiguo, tiene un nivel de ambigüedad e imprecisión relevante, que hace que la conducta que se persigue sea mucho más ambigua. Así, la cuestión queda en negar o justificar.

Y además, cuál es la diferencia entre negar o justificar tales hechos solo en Chile, o referido a hechos ocurridos en el extranjero, teniendo presente la universalidad de los derechos humanos. Cuando se habla de este tipo de delitos, restringir solo la sanción de la conducta cuando estos hechos ocurrieron en el territorio del nación en un período determinado, genera un estatuto híper privilegiado de aquello, pues fuera de ese período, no tendrá sanción.

Obviamente a su juicio ahí se genera una discriminación. Le gustaría conocer su opinión en el tema, sobre circunscribir el tema solo respecto de los hechos que ocurren solo en Chile, y en un periodo determinado.

El diputado señor Squella manifestó que estaba bastante de acuerdo con el enfoque dado, era claro que el Consejo no tuvo oportunidad de analizar el tema. Coincidía que entraba en tensión con la libertad de expresión y opinión, sin perjuicio de los elementos negativos de la ley penal en blanco. Ya que estaban permitiendo la vía a este proyecto, desde la idea matriz, pidió claridad para que no hubiera dudas de que estaban frente a un problema de libertad de expresión.

Tratando de jugar a defenderlo, no estaba de acuerdo, pero desde esa perspectiva hablaría ahora, la pregunta era desde cuando se justificaría que el Estado impida la expresión de una idea, cualquiera que esta sea. El bien jurídico que estaría protegido por la otra parte, justificaría que el Estado con toda su fuerza, incluso la vía penal, impida que alguien emita la opinión. Le gustaría saber, quizás en un ejercicio de ficción, más allá de injuria y calumnia, cuándo sí se podría avanzar en una materia de estas características.

El diputado señor Soto expresó que este es un delito novedoso para la institucionalidad, pero tiene que ver con las particularidades de las sociedades que han sufrido crímenes de genocidio o lesa humanidad. Esto se da en países que han sufrido estos cataclismos, ahí esto es algo natural y útil.

Así, lo primero es ver cuál es el bien jurídico protegido, es una consecuencia la afectación de la libertad de expresión, no es lo perseguido afectarla porque lo que se persigue es proteger a las víctimas de 1973 a 1990, que se sienten afectadas y ofendidas cuando alguien niega, justifica o minimiza lo que ocurrió, eso que fue usual en dictadura.

Y por ello fue necesario crear una verdad histórica, esos son los informes de verdad y reconciliación, que buscaron fijar la verdad histórica. La cuestión es qué se hace con esa verdad, si se archiva o se da una noción de objeto de protección a favor de las víctimas de los asesinados, torturados, que vivieron el flagelo a sus derechos.

Esto tiene un sentimiento muy natural. Ha recibido llamados de familiares de agrupaciones de víctimas, quienes le han planteado que cuando se justifican las violaciones a los derechos humanos, ayer nada más el Comandante en Jefe del Ejército, Oviedo, planteó una justificación. Dijo que le parecía que muchos de los que hoy día, fue un lenguaje críptico, que los que están enfrentando juicio por materias de derechos humanos, debían ser juzgados con indulgencia o comprensión, pues gran parte de ellos recibían ordenes de sus superiores, sin posibilidad de discutir tales órdenes.

Estimó, quiso saber, para ir fijando el exacto sentido de lo que se discute, si le parece que de existir estos tipos penales, estos tipos de declaraciones podrían encuadrarse dentro de este ilícito penal que se crea. Le parecía que sí, pues justificaba la obediencia debida como justificante frente a delitos de lesa humanidad.

En segundo lugar, veía dificultades en cuanto a la extensión de los delitos que podrían caber dentro de este tipo penal, en relación a la indicación de la Sala, que no lo circunscribe a los delitos cometidos en dictadura militar, sino a los cometidos en cualquier tiempo y lugar. Si bien metodológicamente pueden tener razón, ampliar la limitación a la libertad de expresión era inconducente. Uno podría penalizar así por relativizar los crímenes de los romanos o la pacificación de la Araucanía, o la independencia de Chile.

Si se habla de limitaciones a la libertad de expresión, creía que debían ser muy precisos, y por lo menos resguardar los valores que como chilenos interesan. La verdad establecida sobre lo ocurrido en dictadura está oficializada, y por ello ahí adquiere más sentido, una cuestión que es necesaria.

El diputado señor Andrade señaló que era uno de los mocionantes, y ha tenido zigzagueos en su opinión. Le ha hecho sentido el argumento de que el proyecto afecta la libertad de expresión, pero no hay infamia más grande que negar que esto ocurrió. Estaba dispuesto a discutir incluso con quienes la justifican, es razonable que alguien dé razones y fundamentos de por

qué ocurrieron estas cosas, es razonable y lícito, pero negarlo es una infamia, no hay nada que afecte más que la negación, no la justificación.

Hacía hincapié sobre el por qué circunscribir el tipo a la negación, pues podía ser una buena perspectiva para argumentar. No podía mostrar su cuerpo a quienes niegan la ocurrencia de la tortura, no debía hacerlo. Podría discutir con quien justifica aquello, porque los marxistas querían comerse los niños, porque eran unos tales por cuales, todo eso podía discutirlo, que el contexto histórico, etc., pero que lo nieguen, no, pues eso si es una infamia y un delito.

Porque no hay infamia más grande para una víctima, que el que le nieguen que le sacaron el hijo de la casa y lo hicieron desaparecer.

Quería saber si mirado en una perspectiva más estricta, con un verbo más preciso, todo lo demás le generaba problemas, el justificar, el minimizar, no tenía problema salvo en la negación.

Comentó que tuvo un profesor quien defendía que cuando se trataba de un secuestro, se justificaba la violación si ello permite encontrar una víctima de un secuestro. No era un capricho, pero estaba bien, eso podría discutirlo, pero no podía negar la existencia del secuestro, o tampoco la existencia de la tortura.

Por ahí, con una reflexión, por ahí tomarla, y como estaba además directamente involucrado, quería que entendieran que le complicaba la discusión. Recordó que entre otras cosas estuvo detenido en la dictadura en la penitenciaría y el fiscal Joaquín Erlbaum le preguntó como lo habían tratado, ‘no me han tratado bien’ le contestó, y el fiscal le preguntó ‘tienes cómo probarlo’, y para probarlo, se bajó los pantalones y le mostró como lo habían tratado. Que nieguen eso, es la peor infamia que se puede hacer.

Don Joaquín podía después explicar que recibían órdenes. Pero que lo nieguen, no.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que acababa de presentar una indicación para eliminar la referencia a cualquier tiempo.

La diputada señora Turres, doña Marisol, señaló que sin duda esto es un tema complejo, que desde el golpe han pasado más de 40 años, y que hay distintas miradas al respecto. Algunos justifican el 11 de septiembre, otros no, depende, son caras de una misma moneda y la postura que se tiene hoy tiene relación con lo ocurrido estará influida por la visión o postura política que la familia tenía, y de la parte de la historia que haya leído o la convence.

Chile no nace el 11 de septiembre de 1973, eso es lo primero que debe tenerse claro. Y la profunda división que se vivía llevó a un

estado de mala convivencia entre los propios políticos que fue arrastrando a todo el país.

Tiene casi 53 años y no le había tocado nunca en estos años que alguien niegue las violaciones a los derechos humanos. Era hija de oficial de Ejército, su hermano es oficial, su hijo está en el Ejército, y no ha visto nadie que lo niegue.

Una cosa es el golpe, y otra cosa es lo que fue pasando en los años posteriores, pero creía que un proyecto como este, así como está, lo que hace es seguir metiendo el dedo en la llaga. No sabía cuántos años debía pasar para vivir en paz, pero sin duda que este proyecto o el anuncio de la Presidenta de la República de cerrar Punta Peuco, lejos de mirar hacia adelante y reencontrare como chilenos, solo sigue dividiendo.

Las palabras del Comandante en Jefe no las interpretaba en la forma como lo señaló el diputado Soto. En el juramento a la bandera, cada soldado que jura la bandera se compromete y promete obedecer las órdenes de sus superiores, e incluso rendir la vida si fuere necesario.

Para nosotros que no somos militares, la mayoría incluso tiene una formación jurídica, cuesta entender la profundidad del juramento y una institución tan jerárquica, pero las fuerzas armadas que están en el frente, no se trata de decir ‘oiga mi teniente, no estoy de acuerdo’, se puede, el Código de Justicia Militar permite representar una orden, pero si esa orden es insistida, el subalterno debe obedecer.

Y por eso la mirada distinta, por ejemplo, en materia de condenas, que es muy diferente la participación que tiene el que da la orden de arriba, que el soldado que formó parte de un pelotón de fusilamiento o el que dio la orden de ejecución. Es fácil verlo con la mirada y el país en que vivimos hoy, pero no la de hace más de 40 años, donde existía la guerra fría, el muro de Berlín, los bloques se disputaban el mundo en esas dos corrientes.

Pasarán muchos años antes de vivir en paz y tener una mirada objetiva, asumir las responsabilidades, están vivos políticos que vivieron esa época, y participaron en la destrucción de la democracia. No cabía olvidar las declaraciones de la Corte Suprema y de la Cámara de Diputados de esos años.

Sin duda, sin dejar de ser un hecho doloroso para todos, hay una pasión distinta al momento de ver esto e insistía que estaba en el grupo de personas que sueña con una, no sabía si reconciliación, pero sí vivir en paz, sin que nuestros hijos se encuentren dentro de esta disputa a la que los hemos arrastrado en todos estos años.

No se trata de negar, pero sancionar a quien tiene una mirada distinta, que tienen personas de izquierda, por ejemplo, parlamentarios o familiares de víctimas de violaciones. Quizás ella tampoco cejaría un día de la vida si un familiar, un hijo, hubiera desaparecido, pero su obligación es mirar hacia

adelante y ver si se ayudaba a la convivencia en el país, o se fomentaba la división.

El diputado Monckeberg, don Cristián, señaló que había oído las intervenciones, ha leído un poco, y lo primero, en algún minuto señaló que la eliminación de la frase de la temporalidad podía ser conveniente, pero produce problemas, pues delitos de genocidio, matanza y todos los nombres que se quiera dar, han ocurrido en la historia de la humanidad permanentemente, y podía ser un tanto ingenioso el no acotarlo, pero definitivamente podría producir un problema mayor.

Sin ir más lejos, aprobando normas como estas, habrá que cambiar la Declaración de Principios del Partido Socialista. Se lo comentó al diputado Andrade, la de los años '60 y que justifica estas situaciones. Sumándose a los argumentos del diputado Soto, el eliminar la frase podría ser peor, por no querer acotarlo a una fecha podría ser aún peor.

No se podía obviar que la tipificación de los delitos de lesa humanidad no existía, y esta ley puede terminar siendo una ley penal en blanco, pues los delitos se tipificaron el año 2009 y no terminará siendo más que una bonita intención.

Para tomar una buena decisión, estaba mirando lo que resolvieron los españoles y alemanes. Los alemanes sancionan la negación, pero tienen otra mirada, lo circunscriben a hechos reales, no el mero decir, eso no es motivo de delito, sino que van un paso más allá y la negación debe ser capaz de alterar la paz social o que exista un resultado específico, creando situaciones de peligro concretas.

Avanzar en un artículo como este, en la lógica de la negación y de la fecha, era estudiable, era atendible, no creía que aumentara la división en el país, pero eso sí cabía hacerlo bien. Si se creará legislación que chocará con la libertad de expresión, su voto no estaría disponible.

Había que darle una mirada constitucional. No se pedía que se pronunciara el tribunal constitucional, pero cabía darle una mirada sobre como sancionar la negación y garantizar la libertad de expresión.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que por eso se había invitado a Patricio Zapata, pero se excusó.

Una pregunta técnica, sobre los hechos negados. En ese período hubo delitos de lesa humanidad, tenía dudas si hubo genocidio, pero creía que era importante tener precisión respecto a aquello. La precisión de los conceptos permite saber si se circunscribe a un territorio y espacio de tiempo determinado, o ampliarlo. Era partidario de lo general, ya que en el derecho internacional los derechos humanos son universales.

El asesor de la bancada del Partido Socialista, señor Enrique Aldunate, manifestó que revisando la disposición, en cuanto a la

estructura del tipo, cuando se habla de delitos, el punto es que la tipificación concreta del tipo no da cuenta de la tipificación concreta de los hechos por los cuales se ha investigado y sancionado los hechos ocurridos en la dictadura, que fueron las tipificaciones del viejo Código Penal de 1874. En consecuencia, ahí hay un problema de tipificación de lo que se pretende establecer.

En cuanto a la modalidad típica, a los verbos rectores, hay un problema, en el sentido que estos son manifestación de expresiones, y ahí debe tenerse una delimitación de que no se puede penalizar pensamientos, los pensamientos no serán castigados es una cuestión antigua en el derecho penal. Entonces, desde ese punto de vista, la cuestión es definir cuál es el bien jurídico protegido. Hay intenciones que son sancionadas, como en los delitos de amenazas, injuria y calumnia, y acá que sería la dignidad de la víctima.

Chile debía tener el orgullo que acá gran parte de los crímenes ocurridos han sido objetos de sentencias condenatorias, y la amnistía cedió, pues la sala penal de la Corte Suprema, sabía cuáles son los vaivenes jurisprudenciales, ha litigado incluso con el diputado Gutiérrez, fue procurador de Juan Bustos, y era sabido que la amnistía que operó ya no operaba en la sala penal, sin perjuicio de los temas de media prescripción.

La pregunta que subsiste entonces es cuál es el efecto práctico. El tipo penal no puede atribuirse el crear una verdad histórica, porque técnicamente esto tiene un problema, qué se le dirá a los hermanos mapuches masacrados, o a los familiares de las víctimas de Santa María de Iquique. Eso es un problema, y lo que hay que avanzar es más allá del hecho de la negación, quizás haya que avanzar en el crimen de odio, pues eso va más allá de la expresión, ahí hay actos ejecutivos que persiguen la realización de actos de violencia.

Cabe ver lo que pasó con Krassnoff, cuando se le hizo un homenaje. Lo que ocurrió es que mucha ciudadanía se manifestó, protestó en contra de tal homenaje, y la libertad de expresión eso es lo que persigue, eso es propio de la sociedad democrática. El debate es lo que enriquece esto. La criminología tiene estudiado esto como técnicas de neutralización.

El diputado señor Gutiérrez expresó que se atrasó en llegar a la sesión porque estaba elaborando una declaración contra los dichos del Comandante en Jefe del Ejército, pues lo que él dijo fue una aberración de proporciones. Quería explayarse para que fuera una declaración clara, contundente, pues plantear que hay ciertos contextos históricos, políticos, que justifica la violación de derechos humanos, eso es gravísimo, pues eso persigue justificar a subalternos que cumplieron órdenes sin reparar en el cuestionamiento.

Hubo un soldado en Pisagua, Michel Nash, que puesto en la situación de fusilar, se negó. Las consecuencias, él no está dentro de los héroes de la Concepción, pero hubo un joven que dijo ‘yo no fusilo’, y lo terminaron fusilando a él.

El Estado de Chile asume ciertas responsabilidades, ciertos deberes que a veces se olvidan. Respecto a las violaciones de derechos humanos debe averiguar los hechos, el deber de hacer justicia. Todos se acuerdan de eso, pero hay otro deber que se olvida, y debe saberse bien, y es la garantía de no repetición, donde se deben adoptar todas las medidas para que nunca más se vuelvan a cometer las violaciones ocurridas durante la dictadura.

Lo ha dicho la Corte Interamericana. Lo que acá se está discutiendo ya lo discutió todo el sistema, no es novedad. La garantía de no repetición no es novedad, pero es un deber estatal, y cuando se establece una ley como esta, es lo mismo que lo que han hecho otros países, pues lo que se quiere es que no vuelva a ocurrir.

Se plantea Santa María de Iquique, pero el asesor Aldunate tendrá que conceder que el tema que lo hace distinto es que acá se trata de hechos reiterados, permanentes, sostenidos, sistemáticos, en un tiempo prolongado, que es la diferencia con otros hechos que pueden haber sido de magnitudes relevantes, pero que no guardan relación con esta época. No se conoce en la historia patria hechos como lo que aconteció entre 1973 y 1990. En eso Aldunate deberá reconocer que no hay parangón.

Al final del día, nunca será similar cuando Chile ha hecho esfuerzos en las comisiones Valech y Rettig, está todo dicho ahí, y justamente donde está el problema es en la garantía de no repetición, y como vinculaba todo esto era precisamente porque sale un comandante en jefe, sale diciendo lo que dice. Él es un agente del Estado y es uno de los primeros que no debe pedir lo que está pidiendo, lo que está pidiendo es clamar por la obediencia debida, que ha sido estudiado, se concordará con Aldunate, en que todo el sistema internacional, todos están de acuerdo en que no se puede usar como causal de exculpación. La obediencia debida no procede en materia de violaciones de derechos humanos.

Entonces, el problema es la garantía, el problema que está en Latinoamérica es la garantía de no repetición, cómo se hace realidad el nunca más, como se materializa ese ideal, que esos crímenes no se vuelvan a cometer. Si eso es, sabía que era una utopía, si el tema no era ese, no nombraría casos porque siempre son injustos los que no se mencionan, pero el contexto no amerita para atribuirles tal condiciones.

El hoy no sancionar, si esto existiese, hoy no tendrían un comandante en jefe, que es un agente del Estado cualquiera, él entiende que debe velar por sus subalternos, pero lo que hace es pedir impunidad por ellos, pues esos subordinados fueron subiendo y llegaron a ser generales, o estarán en retiro y están recibiendo pensiones del Estado.

Lo que se debe asegurar, y el objetivo del proyecto es el nunca más, el que nunca más se pueda negar lo que ocurrió. Si no, se empieza a negar y se dice que hubo excesos y cosas por el estilo. Cabía recordar que el Ejército de Chile al momento de entregarse el informe Rettig, sacó un informe diciendo que era una mentira, y se justificaron en los contextos, que cabía recordar el contexto para entender lo que ocurrió. Este proyecto busca eso, asegurar la garantía de no repetición.

Por último, tenía entendido que el tratado de 1948 Chile lo ratificó en materia de violaciones a los derechos humanos, por lo tanto, el genocidio como delito de lesa humanidad existía en derecho internacional ya en esa época, al margen de haber sido dispuesto en la ley 20.357 el 2009.

El diputado señor Soto manifestó que tenía solo una inquietud, sobre los delitos que podían estar incluidos en este tipo penal. El Estatuto de Roma fue acogido en 2011, solo cinco o seis años atrás. Entendía que el proyecto de ley busca situar la certeza histórica, entonces no se trata de legislar hacia el futuro, no a otros eventuales genocidio, sino a cuestiones concretas. Por consiguiente, era importante tener certeza sobre los delitos que se están incluyendo.

Por último, el bien jurídico protegido es muy concreto. Mañana acompañará a familiares de detenidos desaparecidos de Paine, que van al alegato final que ocurrirá en la Corte Suprema por 20 campesinos víctimas de fusilamiento sin juicio previo. Llevan 43 años buscando justicia, los encausados de esos graves motivos llegaron a la Suprema, y es llamativo que coetáneo al alegato aparezca el Comandante en Jefe justificando lo injustificable. Esa es la cuestión, la burla contra esos familiares a 43 años de lo ocurrido, que se justifican en la obediencia debida. Ahí está la justificación del proyecto de ley.

El diputado señor Coloma expresó que tras todas las intervenciones, la cuestión es cuál es el bien jurídico protegido, esa es la pregunta al Director del Instituto. Le pareció entender que no era fácil poder encontrarla, pues chocaba con la libertad de expresión, y si la cuestión era imponer una verdad histórica, tenía dudas de si el derecho penal era la vía adecuada para ello.

Luego de oír al diputado Gutiérrez, se hace claro el objetivo del proyecto de ley. Leyó tres veces la declaración del Comandante en Jefe, y se podía estar a favor o en contra de sus palabras, las que son interpretables sobre lo que quiso o no decir, pero si de esa forma se tratará de limitar la libertad de expresión. Lo que planteó el Comandante en Jefe, la obediencia es una realidad, sino sería prácticamente imposible tener un ejército.

Entonces, se abre la pregunta de qué es lo que se quiere, a veces se quiere establecer una verdad histórica, sobre todo cuando esto se limita a un tiempo especial, por qué no dos años antes o después, porque minimizar el asesinato de Jaime Guzmán. Evidentemente, hay una forma de prejuzgar una intención que va más allá del bien jurídico que se quiere proteger.

Sobre lo planteado por el diputado Soto, que lo que se quiere defender es una certeza histórica, el que no piensa lo correcto es sancionado, porque están cayendo en una falsedad histórica, y como eso se va interpretando, como quedará en el Senado, así se va entendiendo, que hay una limitación a la libertad de expresión, sobre lo que ocurrió en ese período de tiempo. Por ello, es relevante tener claro cuál es el bien jurídico protegido.

Finalmente, si el Director del Instituto ha dicho que no ha habido acuerdo de esa institución sobre el articulado, pedirle asesoría para que quede bien redactado le parecía un exceso.

El asesor de la Fundación Jaime Guzmán, señor Héctor Mery, señaló que no siempre se tiene la desgracia de tener que opinar con acidez sobre un proyecto. Para matizar la acidez, haría reconocimientos en cuanto a que el proyecto en discusión es muy diferente al que originalmente se presentó, que tenía verbos que felizmente se eliminaron, que tenía una sanción extraña a nuestra tradición, planteada directamente en años y no es escala de penas, y que era muy similar a la redacción del código penal español, razón por la cual es plausible estimar que hubo descuido inicial al redactar el boletín. Desde ese punto de vista, el proyecto ha sufrido modificaciones, donde esas cuestiones iniciales han desaparecido.

Estaba muy claro cuál es la libertad que se quiere sacrificar, que es la libertad de expresión y de informar, pero no aparece con igual claridad cuál es el bien protegido. No se puede desconocer la motivación en cuanto a cautelar o hacer una defensa explícita de la dignidad humana, de los deberes que tiene el Estado de respetar los derechos humanos, pero esas definiciones no necesariamente se manifiestan en la identificación de un bien jurídico concreto. En ello concordaba con el asesor Aldunate, pues la conducta prohibida es completamente imprecisa.

Recordaba el juicio a Galileo, al sostener que la tierra no gira alrededor del sol, a pesar, se mueve, lo susurro, pues un tipo penal como este se acerca a esa situación y quizás, tal vez, podría condenarlo con esta redacción.

Uno se ve en la necesidad al analizar esta norma, de manifestar la preocupación de penalizar los pensamientos, la intención de sancionar como el ‘sano sentimiento del pueblo alemán’ durante el nazismo, negando el contenido esencial de la libertad de expresión.

En Chile se han motivado casos que han justificado una interesante jurisprudencia local e internacional en materia de libertad de expresión. Ahí están los casos de impunidad Diplomática, la Última Tentación de Cristo o Palamara Iribarne, son hipótesis en que Chile ha sido condenado por tener tipos penales de delitos de opínión, por lo que no aparece recomendable el aceptar un tipo penal como el que se propone.

Por supuesto que hay opiniones antipáticas u odiosas. Cómo no puede haber repugnancia ante la mínima consideraciones que hay sobre la dignidad humana, pero es altamente discutible que las opiniones antipáticas, los juicios de valor odiosos que merecen reproche, no necesariamente sea el penal, pues es una vía en que se criminaliza la disidencia, que el legislador se valga del instrumento penal para conseguir su objetivo.

En la historia, no solo chilena, revela situaciones históricas que resultan odiosas o repugnantes, Cualquiera que lea a Vasily Grossman, o ‘El fin del homo sovieticus’ de Svetlana Aleksiévich, no puede sentir sino una

profunda nausea en cuanto al, no hablemos de abstracciones, sino de afectación de la dignidad mediante el establecimiento del pensamiento único.

Por todo ello, y siendo contrario a la esencia de la libertad de expresión, por ello recomendó el rechazo del proyecto.

El Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señor Branislav Marelic; señaló que nunca son fáciles estas discusiones, y estimó que esta llegaba a un momento cúlmine. Con todo, a pesar de no tener opinión sobre el articulado, era pertinente aclarar algunas situaciones que no quería se tergiversaran.

La verdad histórica de los informes de las comisiones Rettig y Valech no puede sino ser aceptada, nadie puede negar lo que ellos plantean. Uno de los grandes ejemplos de su servicio, es que el informe Rettig permitió que no se hablara más de presuntos casos o situaciones aisladas, pues hoy estaban clarísimos que eso ocurrió.

Cuando se abordan estos temas, se deben tener presente otros principios, sobre tipificación de contenidos. En la tipificación de contenidos, de expresiones, siempre se debe privilegiar a priori la libre difusión de ideas, que es cuestión clara en la Constitución Política luego de la sentencia por el caso La Última Tentación de Cristo, y teniendo también presente que el derecho penal es la última ratio.

Cuando se trata de regular, intervenir en la regulación de las ideas, debe tomarse diversas gradualidades, como el derecho de rectificación o aclaración, o demandas civiles y al final, la tipificación de expresiones, que en el derecho comparado es válido. En cuestiones penales, que no es un tema propio del Instituto, la tipificación para cualquier tipo debe ser lo más estricta posible, pues si no se tiene tipos penales estrictos, se tiene riesgo de inconstitucionalidad o violación al artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El delito de contenido no es per se violatorio a la libertad de expresión, sino que debe tener requisitos, objetivos claros y proporcionalidad de la pena. Claramente el objetivo legítimo debe ser proporcional, y eso está en tensión. La liberta de expresión, por más perverso que sea el mensaje, no necesariamente debe existir una censura previa, y en los casos más grave debe existir una sanción.

Éticamente, los hechos ocurridos en dictadura son reprochables. Daña a la sociedad en su conjunto, esa es una verdad innegable, pero es una decisión soberana si la negación, esos mensajes, perversos, que dañan a las víctimas merecen una tipificación. A nivel internacional, en el caso de los delitos de odio, la criminalización puede llegar al derecho penal, pero luego de pasos graduales.

Sobre el nunca más, haciéndose eco del diputado Gutiérrez, es esencial para la progresión de un Estado de Derecho y todos los Estados deben cumplir la obligación de no repetición, pero teniendo clara la última

ratio del derecho penal y las excepciones que justifican la limitación a la libertad de expresión.

Sobre los tipos descritos en el tipo, son dos cuestiones diferentes, pero cabría preguntarse si es necesario tipificar los hechos por los cuales se han dictado condenas, pues al menos no ha habido condenas por genocidio, o si se puede sancionar por hechos ocurridos fuera del territorio nacional. Recordó que condenaron a un profesor en Francia por negar los crímenes ocurridos en Alemania, eso está abierto y es una posibilidad.

Sobre lo planteado por el diputado Soto, sobre la certeza, el actuar, no es tener una opinión sobre el articulado, sino que cuando se legisla penalmente se debe ser objetivo, y los tipos abiertos pueden quedar en nada. Se debe ser claro en que no solo se legisla para la sanción, sino también por la eventual defensa del imputado. Si se legisla para que el imputado tenga todas las defensas, no es claro el objetivo del tipo penal.

Hay que discutir sobre cuál es el bien jurídico protegido, eso es lenguaje penal, desde el derecho internacional podría hablarse del objetivo legítimo. Si el objetivo legítimo se encaja dentro de esos supuestos, se permite la tipificación.

2.- <u>Acuerdos adoptados.</u>

<u>Artículo único</u>

La diputada señora Provoste, doña Yasna y los diputados señores Chahin, don Fuad; Fuentes, don Iván; Ojeda, don Sergio; Rincón, don Ricardo; Saffirio, don René y Walker, don Matías, formularon indicaciones para introducir al artículo único las siguientes enmiendas:

1) Elimínase el artículo “los” entre las palabras “justifique” y “crímenes”, y

2) Reemplázase la frase: “bajo el régimen militar que gobernó Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990” por la frase: “en cualquier tiempo y lugar”.

Los señores Andrade, don Osvaldo; Gutiérrez, don Hugo y Soto, don Leonardo, formularon indicación para reemplazarlo, por el siguiente:

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

El diputado señor Chahin (Presidente) consultó si se podría eliminar la frase 'incitar a negar'.

El diputado señor Gutiérrez señaló que estaba de acuerdo con el Presidente, y todos estaban de acuerdo, pero el asesor de la Bancada del Partido Socialista, señor Enrique Aldunate, planteó que lo que está probado jurisprudencialmente y que es el incitare, que es la conducta que se puede efectivamente sancionar, y que el negare es la conducta que en realidad no será objeto de persecución penal, sino el que incita a, y eso, claro, es el que provoca.

El diputado Chahin (Presidente) sugirió que el señor Aldunate exponga su planteamiento.

El asesor de la Bancada del Partido Socialista, señor Enrique Aldunate, señaló que revisando a Sergio Politoff, cuando hace su informe acerca de los delitos de discriminación, hace un examen exhaustivo de todo el derecho comparado, y señala que en los casos de la incitación, que en definitiva, de lo que está detrás de esto es la creación o excitación de emociones irracionales, un clima criminógeno, la generación de un clima que legitima un odio contra un grupo humano determinado, en este caso las víctimas de este tipo de delitos.

La incitación tiene un contorno que es más preciso, que no es la pura acción del agente destinada a negar el hecho en una situación específica, sino que en la incitación existe una intencionalidad hacia la generalidad de las personas que en definitiva detrás de estas acciones socavan por así decirlo, acá se ha discutido si la dignidad de las personas, o eventualmente otro bien jurídico.

Ante todo eso ha dado su opinión en otro sentido, pero si se busca racionalmente esta figura, debería ir por esa línea.

El diputado señor Chahin (Presidente) señaló que entendía que no estaba de acuerdo, pero trataba de justificarlo. Por ello, insistía en eliminar esa frase.

El diputado señor Soto expresó que, a nivel de ejemplo, se dijo que en el homenaje a Krassnoff lo que hubo básicamente fue una exaltación a todo esto.

Sometida a votación la indicación de los diputados señores Andrade; Gutiérrez y Soto, se aprobó por 6 votos a favor, 4 en contra y una abstención, eliminado la frase “o incitare a negar”. Votaron por la afirmativa los diputados señores Andrade, don Osvaldo; Ceroni, don Guillermo; Chahin, don Fuad; Gutiérrez, don Hugo; Saffirio, don René y Soto, don Leonardo. Votaron en contra la diputada señora Turres, doña Marisol y los diputados señores Coloma, don Juan Antonio; Squella, don Arturo y Trisotti, don Renzo. Se abstuvo el diputado Monckeberg, don Cristián.

Se dio por rechazada la indicación de la diputada señora Provoste, doña Yasna y de los diputados señores Chahin, don Fuad; Fuentes, don Iván; Ojeda, don Sergio; Rincón, don Ricardo; Saffirio, don René y Walker, don Matías.

El diputado señor Coloma, don Juan Antonio, hizo reserva de constitucionalidad en virtud del artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República, en cuanto a que se afecta el derecho a emitir opinión.

III.- MODIFICACIONES O ENMIENDAS PROPUESTAS AL TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS.

Como consecuencia de los acuerdos adoptados por vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, se reemplazó el artículo único del proyecto por el siguiente:

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

IV.- INDICACIONES RECHAZADAS O DECLARADAS INADMISIBLES.

Se rechazó la siguiente indicación:

- De la diputada señora Provoste, doña Yasna y los diputados señores Chahin, don Fuad; Fuentes, don Iván; Ojeda, don Sergio; Rincón, don Ricardo; Saffirio, don René y Walker, don Matías, para introducir al artículo único las siguientes enmiendas:

1) Elimínase el artículo "los" entre las palabras "justifique" y "crímenes", y

2) Reemplázase la frase: "bajo el régimen militar que gobernó Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990" por la frase: "en cualquier tiempo y lugar".

V.- TEXTO DEL PROYECTO CON LAS ENMIENDAS APROBADAS POR LA COMISIÓN.

De aprobarse las enmiendas introducidas por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento al proyecto aprobado por la

Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, su texto quedaría de la siguiente manera:

P R O Y E C T O D E L E Y:

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

****

Tratado y acordado en sesiones de 20 de junio y 11 de julio de 2017, con la asistencia de la diputada señora Turres, doña Marisol y los diputados señores Andrade, don Osvaldo; Ceroni, don Guillermo; Chahin, don Fuad (Presidente); Gutiérrez, don Hugo; Monckeberg, don Cristián; Rincón, don Ricardo; Sabag, don Jorge; Saffirio, don René; Soto, don Leonardo; Squella, don Arturo y Trisotti, don Renzo.

Sala de la Comisión, a 11 de julio de 2017.

JUAN PABLO GALLEGUILLOS JARA
Abogado Secretario de la Comisión