INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA 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 Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía viene en informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de la referencia, originado en una moción de la diputada señora Girardi, doña Cristina y los diputados señores Accorsi, don Enrique; Aguiló, don Sergio; Alinco, don René; Andrade, don Osvaldo; Carmona, don Lautaro; De Urresti, don Alfonso; Gutiérrez, don Hugo; Jiménez, don Tucapel y Ojeda, don Sergio.

CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.

1) La idea matriz o fundamental del proyecto es la de 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.

No existen normas en tal sentido.

4) Requiere trámite de Hacienda.

No.

5) El proyecto fue aprobado en general y en particular por unanimidad.

En sesión 107ª, de 3 de julio de 2013, se aprobó en general y en particular una indicación sustitutiva de su artículo único, por unanimidad.

Votaron por la afirmativa, la señora Vidal, doña Ximena y los señores Aguiló, don Sergio; Ascencio, don Gabriel; Gutiérrez, don Hugo; Jiménez, don Tucapel y Ojeda, don Sergio.

6) <u>Se designó Diputado Informante al señor Jiménez, don Tucapel.</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.- Legislación comparada.

A.- Países que poseen una legislación específica sobre negacionismo.

a) Alemania

Fue uno de los primeros países que contó con una regulación penal tendiente a sancionar a las personas que negasen el genocidio nazi, pasando por diversas etapas de modificación legislativa.

Actualmente se sanciona penalmente la negación o poner en duda la existencia del holocausto en público, según lo dispone el artículo 130 párrafo 3 (§ 130 Abs. 3) del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch) . Prescribe:

"(3) Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice un hecho cometido bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el § 220a inciso 1, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública.

También se sancionan las publicaciones que se realicen en conformidad con lo señalado en el inciso 3".

b) Israel

En Israel, mediante la "Ley de prohibición de la denegación de Holocausto" (Denial of Holocaust (Prohibition Law) , del año 1986, se sanciona penalmente el negacionismo del Holocausto. Dispone:

"2. La persona que por escrito, o por palabra, manifestase cualquier acto denegando o disminuyendo las proporciones de los actos cometidos en el período del régimen Nazi, los que constituyen crímenes contra el pueblo judío o crímenes contra la humanidad, con intento de defender las perpetraciones de estos actos o que exprese simpatía o identificación con ellos, serán sancionados con prisión por el término de cinco años .

El Nº 3 de la ley establece, asimismo, la prohibición de publicar manifestaciones de simpatía con los crímenes nazis.

c) Francia

El año 1990 se dictó la "Ley tendiente a reprimir todo acto racista, antisemita o xenófobo" del año 1990 , conocida como "Ley Gayssot" . Su artículo primero dispone que "Toda discriminación fundada en la pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión está prohibida".

Esta ley introdujo una nueva disposición a la Ley sobre la imprenta, que ya en 1972 había previsto un delito a tal efecto, de instigación a la discriminación, al odio o a la violencia contra un grupo étnico, una nación, una raza o una religión.

La ley de imprenta dispone, en su artículo 24 bis: “Serán sancionados con las penas previstas en el sexto párrafo del articulo 24 aquellos que habiendo desafiado, por uno de los medios establecidos en el artículo 23, la existencia de uno o varios crímenes contra la humanidad tal como se encuentran definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexado al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y que hubieren sido cometidos, ya sea por los miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 del indicado estatuto, sea por una persona reconocida culpable de tales crímenes por una jurisdicción francesa o internacional”

El párrafo sexto del artículo 24 dispone la sanción penal consistente en “cinco años de prisión y el pago de una multa de 45.000 euros”.

Esta ley no se limita a sancionar solo los actos negacionistas del genocidio Nazi, ampliándolo a todo tipo de acto racista, antisemita o xenófobo. Sin embargo restringe las conductas a la negación del acto, sin contemplar la posibilidad de “minimización” del mismo.

d) Austria

A la Ley sobre la prohibición del partido nacionalsocialista del año 1948 (Verbotsgesetz 1947, abreviación: “VerbotsG”) se le incorporaron, a través de la Ley de 26 de febrero de 1992, dos artículos nuevos. El primero conteniendo un caso general y subsidiario que castiga a “quien realice actividades en sentido nacionalsocialista (...), el que será castigado con pena de prisión de entre uno y diez años, y en caso de especial peligrosidad del reo o de la actividad de hasta 20 años” (artículo 3g) .

El segundo artículo es una disposición específica contra la negación del genocidio nacionalsocialista: “artículo 3 h. En aplicación del artículo 3. g será también castigado quien con una obra de imprenta, en radiotelevisión o por medio de otro medio de comunicación de masas (medium) o de otro modo que sea de acceso público a una multitud de personas niega, banaliza gravemente, precia o intenta justificar el genocidio nacionalsocialista u otros delitos contra la humanidad”.

Constituye la ley con las sanciones más rigurosas en Europa. Los elementos del tipo contienen elementos objetivos y subjetivos, el segundo la apreciación de la especial peligrosidad de la conducta del reo.

e) Suiza

El 25 de septiembre de 1994 mediante referéndum se aprobó la modificación del Código Penal introduciendo un nuevo delito, el 261 bis titulado “discriminación racial”. Dispone:

“Quien incite públicamente al odio o a la discriminación contra una persona o un grupo de personas por su raza, etnia o religión; quien propague públicamente una ideología dirigida a desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión; quien, con la

misma pretensión, organice o promueva acciones de propaganda o participe en ellas; quien, públicamente, mediante palabras, escritos, imágenes, gestos, vías de hecho o en cualquier forma capaz de lesionar la dignidad humana, desacredite o discrimine a una persona o a un grupo de personas por su raza, etnia o religión o, por las mismas razones desconozca, minimice gravemente o trate de justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad; quien niegue a una persona o a un grupo de personas, por su raza, etnia o religión, un servicio que ofrezca o destinado al público, será castigado con penas de prisión de hasta tres años o con una pena pecuniaria".

Esta norma no exige desde el punto de vista subjetivo el intento de desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión. Ella abarca cualquier tipo de acto tendiente a lesionar la dignidad humana, desacredite o discrimine a una persona o a un grupo de personas por su raza, etnia o religión o, por las mismas razones desconozca, minimice gravemente o trate de justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad.

f) Bélgica

Posee dos leyes una adoptada en 1981 "contra la instigación al odio racial y xenófobo", y otra adoptada en 1995, "para reprimir la negación, minimización, justificación o apología del genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la segunda Guerra Mundial".

La primera dispone, en diversos artículos, las circunstancias por las cuales procede la aplicación de la pena, siendo estas de un mes a un año de prisión y de dos meses a dos años de prisión en el caso de hechos realizados por funcionarios públicos y en ambos casos la aplicación de multas monetarias.

Respecto de la segunda ley de negacionismo del régimen Nazi, el artículo 1º dispone: "Es sancionada con pena de prisión de ocho días a un año y de una multa de veinte seis a cinco mil francos, cualquier persona quien, dentro de una de las circunstancias indicadas en el artículo 444 del Código Penal , niegue, minimice groseramente, busque justificar o apruebe el genocidio cometido por el régimen nacional socialista alemán durante la segunda guerra mundial" .

"Para la aplicación del párrafo precedente, el término genocidio se entiende en el sentido del artículo 2 de la Convención Internacional del 9 de noviembre de 1948 para la prevención y la represión del crimen de genocidio".

g) Polonia

Si bien no existe una ley especial o disposición en su Código Penal que disponga de alguna norma que sancione el negacionismo, la Ley para la Creación del Instituto de la Memoria Nacional, dispone en su artículo 55 que será sancionado con pena de prisión de hasta tres años la negación de los genocidios nazis y comunistas .

2. Países que no poseen una ley específica para sancionar el negacionismo.

a) Holanda

Sin perjuicio que no existe una ley específica que sancione los actos negacionistas, una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1997 calificó la negación del holocausto como “belediging” (insulto) a los judíos vivos a efectos del art. 137c del Código penal holandés . Esta disposición dispone:

1- El que públicamente, en forma oral o por escrito, o a través de una imagen en forma intencionada realice una declaración difamatoria acerca de una grupo de personas a causa de su raza, religión, convicciones, su orientación heterosexual u homosexual o sobre su discapacidad física, psíquica o mental, será castigado con prisión no superior a un año o una multa de la tercera categoría.

2- Si el delito es cometido por una persona en el ejercicio de sus funciones o por dos o más personas, la sanción será de prisión no superior de dos años por una multa de la tercera categoría.

b) España

El Código Penal español , dispone en su artículo 607 la regulación del genocidio, en los siguientes términos:

“2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

Esta norma, creada en término amplios, se aplica a todo tipo de acciones que tengan por objeto realizar actos genocidas. El término “nieguen” fue, sin embargo declarado inconstitucional en el año 2007 por el Tribunal Constitucional Español, declarando que ella vulneraba el derecho a la libertad de expresión .

Sin embargo, ello no impide que España sancione los actos antinegacionistas al haber adherido a la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, relativa a “la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

c) Reino Unido

La “Public Order Act” de 1986 que tiene por objeto sancionar actos contrarios a incitación a la violencia, actos racistas entre otros. Asimismo se sanciona el denominado “hate mail”, Correo del odio, a través de la “Malicious Communications Act” de 1988, que tiene por objeto sancionar a las personas que, a través de la remisión de mail malintencionados causen angustia y ansiedad, que entreguen información falsa con un fin amenazante a la población .

En 1997 en el Reino Unido se hizo una propuesta de ley por parte del partido laborista. La “Holocaust Denial Bill” que pretendía equiparar la negación a la difusión de palabras o escritos amenazantes, abusivos o injuriosos que instiguen al odio racial en conformidad lo dispone la “Public Order Act” de 1986. La propuesta, sin embargo, no tuvo éxito

II.- <u>DISCUSIÓN GENERAL Y PARTICULAR DEL PROYECTO</u>.

Durante ella, **el Instituto Nacional de Derechos Humanos, representado por don Juan Pablo González, abogado del departamento de estudios**, hizo, por escrito los siguientes planteamientos:

A. Introducción.

El día 21 de noviembre de 2011 se realizó en nuestro país un homenaje al ex Brigadier del Ejército, Miguel Krassnoff Martchenko, quien se encuentra actualmente condenado a 144 años de cárcel por su participación en graves violaciones a los derechos humanos. La presentación del libro biográfico y el respectivo homenaje se realizó en un recinto perteneciente a la Municipalidad de Providencia, teniendo además entre los convocantes al Alcalde de esa comuna, Cristian Labbé.

Este hecho generó el debate en torno a si en una democracia debían ser aceptados todo tipo de homenajes, celebraciones o conmemoraciones a favor de personas, vivas o muertas, que hayan tenido algún grado de participación en las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos durante la dictadura en Chile. Este tema no es nuevo, es a partir de la II Guerra Mundial y en especial del Holocausto, que en diversas normativas se ha prohibido y castigado el negacionismo, es decir, diversas argumentaciones y acciones a través de las cuáles perpetradores y gobiernos –como también toda persona- niegan las violaciones a los derechos humanos o los interpretan de una manera que ampare su actuar. Esto ha sido rechazado principalmente en razón que “el propósito de los negacionistas es confundir los hechos haciéndolos aparecer como un esfuerzo académico cuando por supuesto no lo son”.

Toda sociedad democrática que ha vivido períodos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, tiene el deber de establecer la verdad acerca de los hechos ocurridos, como también el establecimiento de responsabilidades para quienes perpetraron estas violaciones. Sin embargo, las diversas formas de negación constituyen una obstrucción a los procesos de establecimiento de la verdad sobre cómo específicamente es que se han vulnerado los derechos humanos.

El negacionismo recae principalmente sobre crímenes de lesa humanidad, es decir, de aquellos “actos inhumanos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” , como son la esclavitud, desaparición forzada de personas, el exterminio, la tortura, entre otros.

Estas negaciones adoptan múltiples manifestaciones, desde la inexistencia de los hechos hasta otras formas como es la atenuación de los hechos mediante el uso del lenguaje, argumentar que existía un estado de necesidad que obligaba a actuar de esa manera o que se actuaba obedeciendo órdenes superiores jerárquicas. Todas estas tienen por objeto legitimar graves violaciones a los derechos humanos que puedan ocurrir tanto en dictaduras como en gobiernos democráticos.

Al respecto, se han señalado 3 niveles de negación: literal, implicatoria e interpretativa. La negación literal (“no pasa nada”) ha sido una de las históricamente más recurridas por parte de sus perpetradores, lo cual se explica en un contexto donde además no existía una acceso a la información ni a tecnologías que permitieran contrarrestar tales negaciones y poner en la obligación al Estado de decir la verdad sobre los hechos. Generalmente en este caso se atacará a la fiabilidad del observador, el que será desacreditado por parte del perpetrador o del gobierno.

Un segundo estado de negación es el interpretativo, es decir, “el daño es reformulado en forma cognitiva y, luego, reasignado a un tipo de suceso diferente, menos peyorativo”. Es quí donde se utilizan eufemismos para tergiversar la crueldad de los daños, por lo que –por ejemplo- no se hablará de tortura o de desaparecidos, sino que de eliminación de elementos indeseables. Aquí también juega un rol clave el discurso legal, ya que generalmente será una herramienta de los gobiernos para disfrazar o encubrir sus actos (“nos acusan de cometer actos de tortura, pero para la ley no constituye tortura”).

Un tercer estado de negación es implicatorio, es decir, lo sucedido está justificado. Aquí existen diversas justificaciones: la apelación a lealtades superiores como es una ideología o misión sagrada, argumentar la necesidad de los actos (“teníamos que hacerlo”), la negación de la víctima (“las verdaderas víctimas somos nosotros”) o condenar a los condenados (“sus manos no están limpias”).

Todas estas negaciones se han dado en diferentes momentos y sociedades para amparar la violación a los derechos humanos, no solo en dictaduras, sino que también en gobiernos democráticos, los que justamente tienen como pilar fundamental la promoción y protección de estos derechos.

Así entonces, en este documento se abordará el tema revisando las siguientes materias: tratamiento del negaciomismo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para posteriormente revisar como este fenómeno ha sido tratado en Europa, América Latina y en la jurisprudencia comparada. Finalmente se revisará la situación en Chile.

B. Tratamiento del “negacionismo” en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Al revisar los tratados internacionales no se encuentran disposiciones específicas que castiguen o rechacen el negacionismo, sin embargo

al revisar otras fuentes de derecho internacional de los derechos humanos –como el derecho consuetudinario y las normas de ius cogens-, es posible concluir el interés porque los discursos propios del negacionismo no constituyan un obstáculo que ampare las graves violaciones a los derechos humanos y, en especial, a los crímenes de lesa humanidad.

Así, en el marco del sistema europeo de derechos humanos, cabe destacar la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. El Consejo señaló en dicho pronunciamiento en su artículo 1 Nº1 que “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: letra c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”.

En el art. 3 Nº1 de la misma Decisión se señala respecto a la tipificación penal de estas conductas que “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en los artículo 1 y 2 se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

Por otra parte, el Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en pronunciamiento de 8 de noviembre de 1998 en el caso Faurissou c. Francia, rechazó el recurso presentado argumentando que la sanción de la opinión manifestada era útil para la tutela de la comunidad judía y de su derecho de vivir en un ambiente sin miedo, habiendo sido las declaraciones en su conjunto idóneas para provocar o reforzar sentimientos antisemitas. Por otro lado, el Comité admitió además que la aplicación de las normas de la Ley Gayssot, “en la medida en la que califica como hecho penalmente sancionable el poner en duda las conclusiones y las sentencias del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg puede llevar, en situaciones diversas del presente caso, a adoptar decisiones o medidas incompatibles con el Pacto”.

El negacionismo también ha sido tratado a partir del derecho a reparación existente en el derecho internacional de los derechos humanos. Así, Louis Joinet, como Relator Especial de la ONU contra la impunidad, señaló en su informe contra la impunidad que “toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima” . Las medidas de reparación deben ser tanto individuales como colectivas, ya que estas últimas tienen “sentido carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria”.

Así, la sanción jurídica al negacionismo se enmarca como una medida simbólica de reparación y del mismo modo, como una garantía para que tales crímenes y violaciones a los derechos humanos no vuelvan a repetirse. En otras palabras, una sociedad democrática, basada en el respeto y protección de los derechos humanos ve con sospecha los discursos negacionistas que tienden a mermar o tergiversar hechos históricos públicos y notorios –como es el Holocausto y la dictadura militar en Chile- donde se ha demostrado fehacientemente la vulneración masiva y sistemática a los derechos humanos.

C. Tratamiento del negacionismo en la legislación comparada

a) Legislación europea.

Alemania. Apartado 130 sobre amotinamiento del pueblo sanciona la negación del Holocausto en los siguientes términos: “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 pos hasta 5 años o una multa”.

Francia. La denominada “Ley Gayssot” establece en su artículo 24 bis que “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 […]”.

Suiza. 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, gesto, 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 o su religión o quien, por la misma razón, niega, minimiza extremadamente o trata de justificar un genocidio u otro crimen contra la humanidad”.

b) América Latina

Argentina. Ley 23.592 3 de Agosto de 1988. Boletín Oficial, 05 de Septiembre de 1988.

Sobre penalización de actos discriminatorios que señala una pena de un mes a tres años a los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma y a quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la

persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

En materia de prohibición de homenajes, Argentina recientemente adoptó la resolución 400/2011, de 16 de junio de 2011, del Ministerio de Seguridad. En dicha resolución se instruye la adecuación de "todo acto administrativo, reglamento y práctica a fin de prohibir la realización de honores, homenajes y /o actos de reconocimiento a personas vivas o fallecidas que hubieren sido formalmente acusadas y/o condenadas por haber cometido delitos de lesa humanidad, delitos contra el orden democrático o la seguridad de la nación, u otros delitos cometidos en ocasión de su función o valiéndose de ella o de su condición militar o policial, incluso cuando lo hubieran hecho obedeciendo órdenes superiores, o cuando hubieren hecho apología de los mismos o los hubieran reivindicado en forma pública o hubieren ocupado puestos políticos o administrativos de cualquier nivel de la administración y en cualquiera de los poderes del Estado valiéndose de la usurpación ilegítima del poder".

c) Tratamiento del negacionismo en la jurisprudencia comparada.

En Canadá fue donde se realizó el primer juicio –con sentencia del 27 de agosto de 1992 en el asunto "Zundel"- en que declaró por parte del Tribunal Supremo insconstitucional la sección 181 del Código Penal según la cual "toda persona que intencionalmente publica una declaración, relato o noticia que sabe que es falsa y que cause o pueda causar daño o malicia a un interés público, es culpable de ofensa y responsable de encarcelamiento" . El imputado Zundel había sido condenado por haber publicado un panfleto titulado "Did Six Million Really Die?" que sostenía que el holocausto fue un mito creado por una conspiración judía. Una mayoría de cuatro jueces contra tres decidió que dicha ley violaba la "cláusula de la libertad de expresión" de la Carta canadiense de los derechos fundamentales de 1982 (art. 2 b) y no puede justificarse como uno de los "límite razonable prescrito por ley como debe ser justificadamente demostrado en una sociedad democrática" (art. 1).

Uno de los casos de mayor connotación fue la condena en Inglaterra al historiador David Irving, quien sostuvo en su libro "La guerra de Hitler" que Hitler nunca habría ordenado el exterminio de judíos y que nunca se habría enterado de esa política. Esto llevó a que la estadounidense Deborah Lipstad lo llamara negacionista, por lo que Irving la demandó por difamación. Para el tribunal no existió difamación ya que Irving "ha tergiversado seriamente los puntos de vista de Hitler sobre la cuestión judía. Lo ha hecho en algunos casos malinterpretando y traduciendo incorrectamente documentos, y en otros omitiendo documentos o parte de ellos". Posteriormente, en Austria Irving fue condenado a tres años de cárcel por haber negado la existencia de cámaras de gas contra los judíos.

En Sudamérica, el caso argentino es el de Cherashny (2004. Cámara de Apelaciones en los Criminal y Correccional Federal, Sala I, 8/7/1994, Ortiz, Sergio, La Ley 1995-D-524). El fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal sostuvo que el artículo 3 de la Ley N° 23.592 castiga 'las expresiones susceptibles de generar un clima hostil en el marco del cual los destinatarios del discurso puedan verse incitados a realizar

actos de discriminación o de violencia' contra un grupo". En Argentina entonces, la condición para la aplicación del modelo sancionatorio es la verificación de una suerte de 'nexo causal' entre la incitación al odio y la creación de 'clima' proclive a la discriminación y a la violencia.

d) Tratamiento en la legislación chilena.

En la legislación chilena no existe una norma específica en materia de negacionismo. Por lo mismo, y a partir del homenaje celebrado para el ex Brigadier del Ejército, Miguel Krassnoff Martchenko, es que se han presentado dos proyectos de ley. El primero por parte del diputado Tucapel Jiménez el que en su artículo único señala que "quienes públicamente nieguen, minimicen o condonen, intenten justificar o aprueben los crímenes de leso humanidad o genocidios cometidos, particularmente, bajo el régimen militar que gobernó Chile entre los años 1973 y 1990, serán castigados con una pena de cárcel de seis a dos años" (Boletín N° 8.049 -17).

Asimismo, la senadora Isabel Allende presentó el proyecto de ley que establece sanciones a las personas que rindan homenajes a personas condenadas por delitos de lesa humanidad (Boletín 8.080 – 07) prohibiendo "cualquier tipo de honores, tributos u homenajes a personas, vivas o fallecidas, que hubieran sido condenadas por delitos de lesa humanidad", estableciendo que quienes convoquen o patrocinen este tipo de actos serán castigados con presidio menor en su grado mínimo. Asimismo, quien patrocine o financie con fondos públicos estos homenajes incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio como también la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.

Para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el uso de la herramienta penal es subsidiario y de última ratio, es decir, debe ser la herramienta jurídica final del Estado en contra de la persona en razón de su fuerte afectación de los derechos fundamentales. Por lo mismo, cada vez que un proyecto propone la utilización de la herramienta penal debe plantearse la pregunta si existe otra forma menos lesiva de los derechos fundamentales para sancionar lo que se quiere castigar.

En el caso concreto, la pregunta es entonces si es la pena privativa de libertad la más adecuada para castigar el negacionismo. En este sentido, en materias similares como es la incitación al odio, se han establecido modelos no sancionatorios que se limitan a prohibir las expresiones que incitan al odio. Por lo mismo, si bien existen estándares internacionales en derechos humanos en el sentido de castigar el negacionismo, debe discutirse acerca de la manera más adecuada para la sanción a estos hechos, dando el mensaje que una sociedad democrática, que se ha construido –y que se sigue construyendo- a partir de la reflexión histórica del rechazo a las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos durante la dictadura, ve con sospecha las expresiones que niegan o tergiversan maliciosamente los crímenes de lesa humanidad cometidos en Chile en esa período.

De todos modos, la forma de regular debe tener en cuenta aspectos principales para los derechos humanos, como es la garantía de no repetición de las violaciones masivas y sistemáticas, el deber de reparación de las mismas (lo que incluye su sentido simbólico) y el derecho a la verdad tanto de las víctimas como de la sociedad en su conjunto.

Por su parte, **el profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales, don Héctor Hernández**, señaló que no es un buen indicio que este tipo de delitos hayan sido objeto de fuertes discusiones, no solo por cuestiones penales sino también por restricciones a la libertad de opinión.

En el derecho comparado, la cuestión ha sido la protección actual a las víctimas de violencia por causas racistas o xenófobas, por los que las referencias al derecho comparado son impertinentes.

Caso alemán: en 1994 hubo un incremento de actividad racista y xenófoba de grupos neonazis. Por ello la legislación en la materia, que protege a las actuales víctimas de tales acciones violentas siempre que las declaraciones realizadas sean idóneas para alterar la paz pública, generen un justificado temor de los descendientes de las víctimas del holocausto sean actualmente víctimas de atentados.

Así, en el caso alemán, referirse a hechos diversos al holocausto judío, por ejemplo, negando la violencia o crímenes cometidos contra opositores al régimen nacionalsocialista entre los años 1933 a 1945, es una situación impune.

Caso austriaco: En 1947 se declaró ilegal el partido nacionalsocialista y las conductas relativas a tal militancia.

Caso francés: fue una modificación a la ley de prensa, pero acotado como objeto de declaración a los hechos descritos en el artículo 6° del estatuto de Nüremberg. No basta una negación genérica, sino que se requiere que exista una declaración de culpabilidad concreta en el hecho negado. Recientemente, se declaró inconstitucional una ley que sancionaba la negación del holocausto armenio a inicios del siglo XX, aduciendo afectación a la libertad de opinión.

Caso Unión Europea. La decisión marco alude a incriminar la afectación por razones de raza, color, descendencia, nacionalidad u origen étnico. El trasfondo sigue siendo el racismo y la xenofobia.

En tal sentido, en el proyecto habría un desfase entre lo protegido mediante la sanción penal en el derecho comparado, que se utiliza como justificación del proyecto, y lo que efectivamente se protege mediante el texto propuesto, pues la redacción contiene un objeto de protección general, lo que podría abrir de par en par la posibilidad de sancionar la discusión ideológica, cuestión que se ha evitado.

La generalidad se concreta al atender a genocidios y crímenes de lesa humanidad en plural, lo que abarcaría referencias, por ejemplo, al holocausto. Asimismo, desde un punto de vista técnico, en Chile se ha aceptado la ocurrencia de crímenes de lesa humanidad, pero no de genocidios durante el período 1973-1990.

Asimismo, el proyecto al no acotar a que genocidios o crímenes de lesa humanidad se refiere, se requerirá una cierta certidumbre sobre la calificación del hecho referido, y todo indica que la certidumbre pasará por haber sido declarado el hecho como crimen de genocidio o de lesa humanidad mediante sentencia firme.

En cuanto a los verbos rectores, “aprobar” es el que genera menos dificultades en el derecho comparado, en cuanto sería una valoración positiva del hecho cuestionado.

Más problemáticos son “negar” o “minimizar”. Por ejemplo, en Argentina se indicó tradicionalmente que las víctimas de violaciones a los derechos humanos fueron 30.000, pero fuentes no sospechosas de querer ocultar o negar lo ocurrido, han estimado que la cifra es menor. ¿Estarían minimizando lo ocurrido?

En cuanto al dolo, se requeriría conocimiento de la facticidad de lo que se asevera, por lo que vuelve el problema de la generalidad o especificidad del hecho sobre el cual recae la acción.

Por todo lo anterior, considera que esta ley podría resultar contraproducente para el fin que se persigue, a la vez que podría ser utilizada por quienes sean sancionados por ella, con el fin de victimizarse.

El diputado Aguiló, don Sergio estimó que debiera haber más claridad sobre la distinción entre que lo sancionado es el racismo y la xenofobia, y no las ideologías, pues precisamente el nacionalsocialismo era una ideología racista y xenófoba.

Asimismo, debiera haber mayor claridad sobre la afirmación de que en Chile no habría ocurrido genocidio, toda vez que el informe Rettig, integrado de modo transversal, señaló que existió exterminio de población por adscribirse a cierta ideología.

Recordó que en la galería de la Corporación, durante la acusación constitucional contra Augusto Pinochet, hubo consignas del tipo “debimos matarlos a todos”. Tales grupos si bien son menores, se deben tener presente por si acaso vuelven a radicalizarse.

La **diputada Vidal, doña Ximena** destacó que la Comisión no es un grupo de abogados ni penalistas, sino de políticos que pretender dar soluciones a problemas vigentes y el racismo y la xenofobia son problemas vigentes en Chile, pues la sociedad chilena es racista y xenófoba con los vecinos de la región americana.

Asimismo, que este proyecto genera una interesante discusión sobre la libertad de expresión.

Estimó que debiera haber una mayor claridad sobre la distinción sobre crimen de lesa humanidad y genocidio.

El diputado Gutiérrez, don Hugo destacó que más allá de las discusiones habidas en el derecho comparado, las legislaciones han aceptado la sanción del negacionismo.

Señaló que lo perseguido es asegurar el “nunca más”, que los hechos vuelvan a ocurrir, que la fuerza o la violencia sea la justificación de cualquier argumento. En cuentas, que la cuestión a resolver es qué hacer con quienes incitan a una solución violenta de los conflictos políticos.

El diputado Ojeda, don Sergio, expresó que entiende el fin perseguido, lo comparte, que quizás haya que mejorar la redacción, pero que el camino seguido por la legislación comparada puede atender a otras realidades, y lo relevante es atender a la realidad chilena, donde se debe trabajar para no revivir heridas, a fin solucionar problemas ocurrentes en Chile.

El diputado Baltolu, don Nino, señaló que la historia la reescriben quienes se encuentran en el poder.

Recordó la entrevista en que la madre de Michelle Bachelet señaló que nunca vio nada, que nunca supo nada de lo ocurrido en la República Democrática Alemana.

Consultó si las declaraciones objeto del proyecto, eran tan graves como para sancionar penalmente y conculcar el derecho a opinar. Estima que la sanción penal es muy severa para el hecho descrito.

Cree que se pueden plantear soluciones a los temas de derechos humanos, pero por otras vías, o mejorando las ya existentes.

El profesor Hernández, don Héctor, agregó que comparte que el proyecto debe basarse en la realidad chilena, pero destaca que el proyecto se justifica en argumentaciones extranjeras.

Considera que si el proyecto fuese aprobado tal cual está, sería una novedad en el derecho comparado, y señaló que habiendo consultado a colegas en Sudamérica, no habría situación similar.

Agrega que las conductas racistas o xenófobas pueden o no estar ligadas a consideraciones ideológicas. Ello no necesariamente está unido, pues podrían responder a conductas inarticuladas. El punto central es que en el derecho comparado el factor de conexión para el sancionar el negacionismo es el aspecto racial o étnico.

En cuanto a negar la ocurrencia de genocidio, no se trata de negar lo ocurrido, sino de ocupar los conceptos en su formulación técnica.

Sobre la conveniencia política de un proyecto de ley, ello responde a lo que el legislador democrático estime oportuno. De lo que se trata, es que se castigue el odio racial, eso fue lo primero en Alemania. 30 ó 40 años después vino la tipificación del negacionismo, pues la criminalización de la incitación a la violencia no genera problemas de justificación democrática, cuestión que sí plantea el negacionismo. Por eso, da la impresión que la discusión partió al revés.

Recordó la discusión existente sobre el artículo 8° de la CPR original, de proscripción de ciertos tipos de discursos, en el caso, el discurso marxista.

Para lograr el nunca más, se podría criminalizar la promoción a atentados y ataques sobre destruir al enemigo político, y así, dejar tranquilo la opinión sobre hechos históricos.

En cuanto a lo ocurrido en la República Democrática Alemana, es un tema debatido de por qué no se incluye como hecho sancionar a propósito del negacionismo. Y la respuesta es que lo sancionado no es ser nazi, sino el discurso racista o conductas concretas que afecten a las personas.

Este proyecto no se hace cargo de la promoción del odio hacia inmigrantes pobres, porque no existe problema con inmigrantes ricos, sino con inmigrantes peruanos pobres.

Prohibir o sancionar la promoción del odio o xenofobia debería ser prioridad antes que el negacionismo, pero siempre será un problema de oportunidad política.

Significativo sobre el particular, es que la Convención Americana sobre Derechos Humanos plantea prohibiciones sobre incitación al odio, pero no así sobre el negacionismo, lo que no impide que pueda discutirse.

La Presidenta de la Agrupación de Ejecutados Políticos, doña Alicia Lira, manifestó que se valora la iniciativa, ya que constituye una obligación ética y moral para el país, frente a hechos tan lamentables como el homenaje al ex oficial de Ejército Miguel Krasnoff, condenado por crímenes de lesa humanidad o las declaraciones de diversos candidatos al Senado.

Eso es simplemente negar lo ocurrido, lo que ofende los familiares de las víctimas como el caso de Toribia Luengo, madre de Carlos Vielma Luengo, al ver el recibimiento de Augusto Pinochet en el aeropuerto, después de su detención en Inglaterra, quien sintió tanta impotencia y frustración que la dejó postrada durante un año.

La judicatura ha tenido problemas al aplicar la media prescripción o la pena remitida. Esto ha permitido que la derecha fascista sea indiferente a lo ocurrido.

Agregó que es absolutamente necesaria una ley en este sentido, la que no permitirá que alguien justifique o ensalce los crímenes o a quienes los cometieron.

Una ley de este tipo va a dignificar a la sociedad toda.

La Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, doña Lorena Pizarro, expresó que la necesidad de hacer un proyecto con estas características se debió a la impunidad habida en el país.

Nuestra democracia ha permitido que ocurran situaciones como el homenaje a Krasnoff, por lo que se hace necesaria una ley que vaya por la senda del “nunca más”.

Su inquietud es que los grupos de poder comiencen a organizarse, se adhieran a fuerzas armadas no depuradas, y vuelvan a actuar.

Añade que hechos como la vigencia de la ley de amnistía, la represión de la protesta social, la asistencia de la ministra de Defensa al funeral de Augusto Pinochet, el anuncio de un proyecto de ley sobre control masivo de identidad, niegan, en definitiva, el genocidio.

Agrega que pequeñas muestras como el cambio de nombre la de la Avenida 11 de septiembre, van por el camino que se pretende con este proyecto de ley.

****

La señora Vidal, doña Ximena y los señores Aguiló, don Sergio; Jiménez, don Tucapel y Ojeda, don Sergio, formularon indicación para reemplazar el artículo único, por el siguiente:

“Artículo único.- “El que públicamente niegue, minimice o justifique los crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos bajo el régimen militar que gobernó Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, será castigado con una pena de presidio menor en su grado medio.

La pena se aumentará en un grado si el delito es cometido por funcionarios públicos.”.

Sometido a votación en general y particular, con la indicación propuesta, en la sesión 107ª, de 3 de julio del presente año, se aprobó por unanimidad.

Votaron por la afirmativa, la señora Vidal, doña Ximena y los señores Aguiló, don Sergio; Ascencio, don Gabriel; Gutiérrez, don Hugo; Jiménez, don Tucapel y Ojeda, don Sergio.

III.- DOCUMENTOS SOLICITADOS Y PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN.

Vuestra Comisión recibió al Instituto Nacional de Derechos Humanos, representado por don Juan Pablo González, abogado del departamento de estudios; al profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales, don Héctor Hernández; a la Presidenta de la Agrupación de Ejecutados Políticos, doña Alicia Lira y a la Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, doña Lorena Pizarro.

IV.- ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA.

De conformidad a lo establecido en el Nº 4 artículo 287 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia que no existen artículos que deben ser conocidos por la Comisión de Hacienda.

V.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS O DECLARADAS INADMISIBLES.

No existen artículos o indicaciones en esa situación.

VI.- TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN.

Por las razones señaladas y por las que expondrá oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el siguiente:

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

“Artículo único.- “El que públicamente niegue, minimice o justifique los crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos bajo el régimen militar que gobernó Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, será castigado con una pena de presidio menor en su grado medio.

La pena se aumentará en un grado si el delito es cometido por funcionarios públicos.”.

****

Tratado y acordado en sesiones de los días 30 de noviembre de 2011, 4 de enero y 2 de mayo de 2012 y 3 de julio de 2013, con la asistencia de las diputadas señoras Rubilar, doña Karla y Vidal, doña Ximena (Presidenta) y los diputados señores Aguiló, don Sergio; Ascencio, don Gabriel; Baltolu, don Nino; Espinoza, don Fidel; Gutiérrez, don Hugo; Hasbún, don Gustavo; Jiménez, don Tucapel; Letelier, don Cristián; Ojeda, don Sergio; Rosales, don Joel y Salaberry, don Felipe.

Asistieron, además, la diputada señora Girardi, doña Cristina y los diputados señores Accorsi, don Enrique y Silber, don Gabriel.

Sala de la Comisión, a 3 de julio de 2013.

