PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL AGREGANDO UN TIPO SOBRE JUSTIFICACIÓN, APROBACIÓN O NEGACIÓN DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS.

I. ANTECEDENTES

Legislar sobre Negacionismo en este caso, significa crear una herramienta que permita combatir la negación de la existencia fáctica de delitos que, de acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituyen crímenes que atentan no sólo contra la vida e integridad personal de las víctimas, sino contra la condición humana misma. Su negación, entonces vulnera la honra y dignidad de las personas, así como el contrato social celebrado entre las naciones civilizadas amantes de la paz, socavando de paso los cimientos de la arquitectura de derechos humanos construida con años de esfuerzo.

Si exploramos una primera definición de Negacionismo, la Real Academia Española lo concibe como una "actitud que consiste en la negación de determinadas realidades y hechos históricos o naturales relevantes"[1].

Al examinar la historia de la segunda post guerra mundial, aparece la teoría del escritor francés Paul Rassinier - considerado el primer negacionista europeo- cuya postura se basaba en la inexistencia de un plan de aniquilación sistemática del pueblo judío, quien llegó a considerar que el régimen Nazi exterminó a menos personas que las señaladas por los informes oficiales de la época. Así, el estudio del fenómeno negacionista surge entonces como una reacción de algunos sectores de la sociedad europea ante teorías como las que negaban los crímenes cometidos por el régimen Nazi.

Debe entenderse que el enfoque negacionista no es una decisión personal de un individuo, sino que constituye un posicionamiento activo en

[1] Se puede revisar en https://dle.rae.es/negacionismo

contra de las evidencias históricas, y que se propone negar dicha realidad, porque le resulta incómoda o perjudicial. Se erige luego, como un verdadero problema social y político que es motivado por determinados intereses, por lo que el concepto de negacionismo trasciende al individuo aislado para plantearse en términos colectivos. Ello significa que esta concepción político- ideológica tiene importantes efectos en cualquier sociedad democrática[2].

El Negacionismo debe considerarse como un acto deliberado que forma parte de un proceso, y no está basado en un error o en un problema con la libertad como ha tratado de instalarse; distinguiéndose una tipología de estrategias negacionistas, que comprenden la mentira deliberada, la reinterpretación de los hechos, la justificación y la banalización[3]. Además, se ha entendido a las violaciones sistemáticas de derechos humanos -y particularmente al genocidio- como un proceso con distintos momentos, en que el fenómeno negacionista integraría una etapa final que han denominado "realización simbólica" de las prácticas sociales en que se fundaron esos hechos, referida a las formas en que las sociedades construyen una narración de la experiencia traumática. Lo trascendental del tópico, y que por tanto necesariamente se debe tener presente, es que con dicha lógica se perpetúan los crímenes, manteniendo a los sobrevivientes y a sus descendientes sin real acceso al duelo, inmersos en un "no-acontecimiento", por lo que sin lugar a dudas se puede concluir inequívocamente que el fenómeno negacionista en su conjunto acarrea una re - victimización. Incluso, advierten que el negacionismo es una herramienta utilizada por los genocidas, en que hay una verdadera "celebración de la destrucción", que revive en los sobrevivientes las humillaciones y simboliza un ataque contra la identidad de las víctimas, por lo que se los considera verdaderos asesinos de

---

[2] Abellán, M. (2023). Negacionismo (concepto). Eunomía. En Re*vista en Cultura de la Legalidad.*

[3] Estay V. (2020): "En mi opinión, nada ocurrió: Negacionismo contemporáneo y libertad de
expresión" En *Esprit*, 7-8.

la verdad histórica y la memoria colectiva.[4] En razón de ello, ante formulaciones negacionistas, lo que sienten los sobrevivientes y su descendencia es la negación en su existencia misma, sin importar que ese discurso en la forma se presente sólo como una opinión banal[5].

Por otra parte, resulta irrefutable que a nivel comunitario el respeto del ámbito propio a la verdad de la historia y de la memoria colectiva, es una garantía de lo que llaman *justeza,* entendido como el equilibrio entre contingencia, necesidad, y justicia. “Mientras que, en el plano colectivo, el negacionismo daña a la comunidad construida en torno a estos acontecimientos fundadores, en el plano individual cuestiona la sobrevivencia misma de las personas implicadas. De ahí la violencia a la vez simbólica y casi somática de lo que a veces se presenta como una afirmación perfectamente inocente, como por ejemplo “en mi opinión…”[6]. Asimismo, considerando que la verdad histórica resulta del equilibrio entre la “necesidad” y la “contingencia” de los hechos comprobados, por un lado; y entre la “libertad” y la “responsabilidad” del individuo que los aprehende, por otro; el negacionismo en sus diversas formas estaría relacionado precisamente con la “negación” de cada uno de los términos en los cuales se basa este equilibrio”[7].

Porque en definitiva como nos explica Cohen[8], estamos ante un deber de visión moral, cuando señala que “hacer la vista gorda no significa literalmente no mirar; significa consentir, no preocuparse, ser indiferente. La visión física es una metáfora para la visión moral”; no pudiendo dejar fuera

---

[4] Charny, I. (2009): “A classification of Denials of the Holocaust and other genocides”. En *The Genocide Studies Reader*. Editorial Routledge.

[5] Estay V. Op.cit.

[6] Idem.

[7] Ibidem.

[8] Cohen, S. (2005): Estados de Negación: Ensayos sobre atrocidad y sufrimiento. Ed. British Council Arnetina

de vista que la negación no se trata sólo de negar responsabilidad del perpetrador en determinados hechos, sino que se trata de negar el conjunto de sufrimientos personales de todas las víctimas. Entonces, no podemos permitirnos caer en lo que este autor denomina “triángulo de la atrocidad”, formado por: los perpetradores; las víctimas; y los espectadores, estos últimos conformados por la sociedad toda y su institucionalidad, si es que permanece inactiva o impasible ante tan aberrantes procesos negacionistas.

El acádémicoIñaki Rivera, ha desarrollado un trabajo científico que investiga si es que la categoría social de la memoria puede constituir un nuevo paradigma epistemológico para las ciencias penales, sobre lo que plantea la posibilidad de refundar una disciplina crítica y global basada en aquel, mostrando que hay muchas pruebas de que el discurso de la memoria causa molestia, pues le da la vuelta o pone del revés, la interpretación de la realidad pasada y presente. Esto se entiende mejor cuando - citando a Flórez Miguel- nos aclara que si la verdad queda establecida como consecuencia de los trabajos de la memoria, y aquella es una “verdad “terrible”, que incluye crímenes atroces y culpas “enormes”, la falta de justicia queda aún más visible y más sentida [9].

Algo que resulta preocupante, es que explorando la relación entre negación e impunidad, se ha descubierto que el negacionismo tiene un velado propósito político que consiste especialmente en garantizar una estrategia de impunidad por los crímenes cometidos, y además obturar el duelo real de los familiares de las víctimas de estos crímenes atroces. Así, su significancia para su efectivo combate va más allá del ámbito de un debate en la academia por una eventual afectación a la libertad de expresión, pues la negación produce efectivamente un efecto de envalentonamiento a los perpetradores, porque el silencio sumado a que hay individuos, grupos o

[9] Rivera, I. (2011) “La memoria. Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales”. En *Revista Crítica Penal y Poder*. Universidad de Barcelona, N° 1.

Estados que elige no recordar y tolerar esa negación, genera una señal clara de que esos crímenes pueden ser cometidos con impunidad[10]. Del mismo modo Cohen explica que la negación es un fenómeno sociológico importante porque lleva a impunidad, amnesia y desmemoria[11].

> Entonces, ante el argumento falaz que se obtendría de la pregunta

¿Con qué derecho se puede prohibir la expresión de esas ideas, siendo que al mismo tiempo se defiende la libertad de pensamiento y de expresión inherente a la democracia?, se debe refutar inmediatamente, entendiendo - como explica Vidal Naquet - que “ciertamente, se puede afirmar que todo el mundo tiene derecho a la mentira y a la falsedad, y que la libertad individual incluye ese derecho, pero el derecho que el “falsificador” reclama no se le debe conceder en nombre de la verdad”[12].

Así, este proyecto trata de dar una respuesta a la preocupante expansión de los fenómenos negacionistas y lograr una tarea tan noble como es garantizar un ejercicio responsable de la memoria histórica, a modo de evitar que un acontecimiento límite o una situación radicalmente transgresora de la vida social se vuelva a repetir en el futuro - lo que ha hecho denominar a este tipo de iniciativas como “leyes contra el olvido”- . Ese acto de tener conciencia y ser responsable en el ejercicio de la memoria es un elemento esencial para el desarrollo de las sociedades respetuosas de derechos humanos fundamentales y que por supuesto se precien de democráticas[13].

---

[10] Thus, V. (2017): “Negacionismo y políticas públicas. ¿Encarna Argentina un negacionismo
estatal? En *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 13. OSPDH, Universidad de Barcelona.

[11] Cohen, S. Op.cit.

[12] Estay citando a Vidal Naquet.

[13] Thus, V. (2013): “El antinegacionismo jurídico: Derecho internacional vs derecho local. Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos”. En *Revista Pensar el Derecho*, N° 2. UBA.

Por el contrario, el marco teórico de la defensa de las conductas negacionistas que este proyecto busca tipificar, dándole un cariz antijurídico, parte desde una carencia de la historiografía oficial dando una interpretación desvirtuada de las pruebas documentales, sin brindar argumentos que sustenten sus afirmaciones, basándose en realidad en actos de fe originados en teorías habitualmente conspiracionales, y no en tesis debidamente documentadas[14].

A nivel comparado, los países que han vivido atrocidades masivas, en que se han configurado graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos al igual que Chile, tipifican en la mayoría de sus ordenamientos jurídicos delitos que sancionen la apología al odio y la negación de crímenes de lesa humanidad, siguiendo recomendaciones emanadas de las Naciones Unidas, como el caso de Alemania, Israel, Austria, Bélgica, España, República Checa, Grecia, Liechtenstein, Sudáfrica, Letonia y Suiza, en cuyos Estados se han contemplado penas privativas de libertad que van entre los cinco y los diez años.

En ese marco, uno de los principales instrumentos que se ha utilizado con la finalidad de combatir el negacionismo ha sido la penalización de conductas asociadas a la exaltación, justificación, negación o banalización de ciertos tipos de crímenes. Coherente con esa línea, el Consejo de Europa adoptó en 1996 la acción común 96/443/JAI, contra el racismo y la xenofobia, en que instó a los Estados a tipificar, entre otras conductas, la negación pública de los crímenes nazi, cuando dicha negación “incluya un comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico”. Posteriormente, en 2008, la Comisión Europea adoptó una decisión marco que derogó esta acción común, modificando tanto las formas

[14] Op. Cit.

de comisión, como el contenido de la conducta prohibida[15], considerando entonces como delitos: la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra. Todo ello, conforme a la definición del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, incluyendo los crímenes comprendidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, a saber, crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad, cuando dichas conductas sean capaces de incitar a la violencia o al odio[16].

Respecto al *pseudo* conflicto o colisión que eventualmente se produciría con el derecho a la libertad de expresión, resulta evidente que esa aparente contradicción fue zanjada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 19 y 13 respectivamente, consignan que el ejercicio de aquel derecho sí está sometido a restricciones y responsabilidades; indicando que esas limitaciones deben estar establecidas por ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas.

En definitiva, esas disposiciones del Derecho Internacional nos señalan que existe un límite ineludible para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, el cual está constituido por la honra y la dignidad de las personas, y en coherencia con ello, es que por ejemplo existen tipos penales como el de injuria y calumnia, que sin este fundamento no podrían existir. Y por otra parte, dichas regulaciones nos indican que un requisito fundamental es que

---

[15] Meza, M. (2018): “Negacionismo y libertad de expresión”. Asesoría Técnica Parlamentaria,

BCN.

[16] Hafner, A. (2014): El negacionismo en la legislación comparada. Asesoría Técnica Parlamentaria, BCN.

las restricciones a la libertad de expresión deban estar establecidas por ley, y esa es precisamente la finalidad que persigue este proyecto de ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos conociendo casos por desaparición forzada de personas ha elaborado jurisprudencia respecto al denominado “derecho a la verdad”, el que está íntimamente relacionado con la memoria histórica. Tal es el caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala” de 2003, en que la Corte reiteró que “toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad guatemalteca”[17]. Además, se debe tener presente que en virtud del caso Almonacid Arellano vs Chile ventilado en esa misma Corte, existe por parte de los Estados respecto a garantizar que las normas de derecho interno sean coherentes con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia e interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, podría concluirse que tipificar el negacionismo se traduce en institucionalizar expresamente a nivel nacional, el derecho a la verdad y la memoria histórica, y como bien nos ilustra Verónica Estay, “la libertad de expresión termina donde empieza la verdad histórica”[18].

Esa autora plantea que someter a discusión la realidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos en Chile durante la dictadura debería parecernos tan absurdo como someter una verdad matemática al debate

---

[17] Corte IDH, sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 25 noviembre de 2003, Serie C, Nº 101, párrafo 274.

[18] Entrevista completa se puede revisar en https://www.diariousach.cl/actualidad/nacional/veronica-estay-por-negacionismo-la-libertad-de-expresion-termina-donde

público, reduciendo la verdad de razón a la verdad de creencia característica de la opinión. Desde esa perspectiva, si desde el punto de vista ético negar una verdad de razón puede considerarse como un "insulto a la inteligencia" en la medida en que esta negación ataca a un pensamiento basado en una lógica implacable; negar una verdad de hecho es un "insulto a la humanidad" en la medida en que esta negación se dirige a los testigos y a los sobrevivientes de acontecimientos históricos comprobados.

En congruencia con lo anterior, resulta imperativo entender que lo que se sanciona son las negaciones de hechos concretos -de conductas verificables- razón por la cual el argumento de que ellas sancionan ideas y posiciones políticas, es una de las grandes falacias que se han tratado de instalar. En efecto, lo que este proyecto busca tipificar es la justificación, aprobación o negación de crímenes contra la humanidad cometidos en nuestro país durante la dictadura cívico militar, que estén consignados en los cuatro informes de las comisiones estatales mandatadas al efecto; y que además produzcan un resultado que consiste es perturbar el orden público o limitar los derechos de las víctimas o sus familiares.

En consecuencia, *ad portas* de cumplirse 50 años del golpe militar, legislar acerca del Negacionismo se erige como un imperativo ético y jurídicamente correcto, pues significa avanzar en el compromiso irrestricto del respeto a la noción de la condición y dignidad humana; contribuir a la obligación de prevención y garantías de no repetición que pesan sobre el Estado de Chile; perseverar en la construcción de una memoria colectiva y honrar el pacto social del *Nunca Más*; frenar la impunidad; y por último, honrar el esfuerzo inclaudicable de las organizaciones de familiares de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, impidiendo que se banalice su dolor y sacrificio.

II. IDEA MATRIZ

Este proyecto busca modificar el Libro Segundo del Código Penal, denominado “Crímenes y simples delitos y sus penas”, al Título Tercero “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución, un nuevo párrafo del siguiente tenor: “De la justificación, aprobación o negación de violaciones de derechos humanos”.

En ese nuevo párrafo, se incorpora el tipo de Negacionismo en un nuevo artículo 161 D, que tipifica la conducta respecto de quien apruebe, justifique o niegue los crímenes consignados en los informes de las cuatro comisiones estatales mandatadas al efecto, a saber, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación; Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura; y la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura.

Para que se configure la responsabilidad penal que el tipo propone en el proyecto, es necesario que se produzca un determinado resultado fáctico, consistente en una perturbación del orden público, un impedimento del legítimo ejercicio de un derecho por parte de un tercero.

En el caso de que la conducta tipificada sea desplegada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo, el proyecto contempla una agravación de la pena, circunstancia que se fundamenta en la infracción al principio de igualdad y al deber de objetividad que les es imperativo.

POR TANTO, las diputadas y diputados firmantes venimos en presentar el siguiente

PROYECTO DE LEY

1.- AGRÉGUESE EN EL LIBRO SEGUNDO, TÍTULO TERCERO“UN NUEVO PÁRRAFO VI

DEL SIGUIENTE TENOR:

“De la justificación, aprobación o negación de violaciones de derechos humanos”.

2.- AGRÉGUESE UN NUEVO ARTÍCULO 161 – D :

“El que a través de cualquier medio justificare, aprobare o negare las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, consignadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación; de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura; y de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, sin perjuicio de los posteriores informes que sean reconocidos por el Estado sobre la materia, y siempre que dichos actos perturben el orden público o bien impidan, obstruyan o restrinjan de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte de el o los ofendidos; serán castigados con la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de 20 a 40 Unidades Tributarias Mensuales.

La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado y las multas se impondrán en su grado máximo, cuando tales conductas se hubieren realizado por funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo”.

Carmen Hertz Cádiz