

## 1. 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”<sup>1</sup>.

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 genocidio y 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”<sup>2</sup>, 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,

---

<sup>1</sup> Lipstart, Débora, Denying the Holocaust. The growing assault on truth and memory, 1994, página 2. Traducción del INDH.

<sup>2</sup> Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, artículo 7 sobre crímenes de lesa humanidad.

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<sup>3</sup>. 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 un 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<sup>4</sup>.

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”<sup>5</sup>. Es aquí 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 negacionismo 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.

---

<sup>3</sup> Ver Cohen, Stanley, Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimientos, Universidad de Buenos Aires, página 97 y siguientes.

<sup>4</sup> Cohen, Stanley, Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimientos, Universidad de Buenos Aires, página 125.

<sup>5</sup> Idem, pág. 126.

## **2. 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 N°1 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 N°1 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”<sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>.

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.

### **3. Tratamiento del negacionismo en la legislación comparada**

#### **3.1. 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 220<sup>a</sup>, subsección, de una forma capaz de alterar la paz social, deberá ser penado con prisión por 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 u grupo de personas debido a su raza, su pertinencia étnica o su religión o

---

<sup>6</sup> Comisión de Derechos humanos, Subcomité de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, Informe elaborado por el Relator Louis Joinet, principio 33.

<sup>7</sup> Comisión de Derechos humanos, Subcomité de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, Informe elaborado por el Relator Louis Joinet, párrafo 41.

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

### **3.2. 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”.

### **3.3 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 inconstitucional 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”<sup>8</sup>. El imputado Zundel había sido condenado por haber publicado un panfleto titulado “Did Six Million Really Die?”<sup>9</sup> 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”<sup>10</sup> (art. 1).

---

<sup>8</sup> Traducción del INDH

<sup>9</sup> En español, “¿Realmente murieron seis millones de personas?”.

<sup>10</sup> Traducción del INDH

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 éste 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<sup>11</sup>.

En Sudamérica, el caso argentino es el de Cherashny (2004. Cámara de Apelaciones en lo 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<sup>12</sup>.

### **3.4 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, que 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).

El proyecto en cuestión prohíbe “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.

---

<sup>11</sup> El Mercurio, Chile entra al debate del Negacionismo, página E16, 18 de diciembre de 2011.

<sup>12</sup> Bertoni, Eduardo. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas. Pág 16.

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 no existen estándares internacionales duros 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.