

## ¿EL DELITO DE NEGACIONISMO? EL INSTRUMENTO PENAL COMO GUARDIÁN DE LA MEMORIA.

EMANUELA FRONZA\*

Investigadora en derecho penal y Profesora de Derecho penal internacional de la Universidad de Trento. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt

**Resumen:** La negación del Holocausto está cada vez mas presente en nuestra sociedad. La negación, la justificación o la trivialización del Holocausto o de otros genocidios y crímenes de lesa humanidad complican y aumentan el paisaje de los fenómenos racistas que pueden manifestarse a través de actos pero también a través de las palabras.

Por esta razón, la mayoría de los legisladores europeos (a nivel interno e internacional) han introducido un tipo penal *ad hoc* para perseguir estos fenómenos. Tomando como punto de partida el fallo del TC español sobre el delito de negación del genocidio, este artículo trata de investigar esta tendencia. Las legislaciones examinadas han sido aplicadas o cuestionadas en diversos juicios ante tribunales internos, Cortes supremas y frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La criminalización del negacionismo plantea muchas cuestiones, y especialmente la de los límites que puede introducir el derecho penal a la libertad de expresión y también la de identificar el instrumento penal (el derecho y el proceso) como medio para proteger y conservar la memoria histórica.

**Abstract:** Denial of Holocaust has a growing presence in our society. Propaganda denying, justifying, or minimizing the Holocaust, other genocides, and crimes against humanity surreptitiously complicate and augment the landscape of racist phenomenologies that manifest themselves

---

\* Traducción del italiano de Pablo Eiroa y Mariano Carcione.

through acts or words. For this reason, most European legislators (on a national and supranational level) have introduced *ad hoc* criminal laws punishing acts of denial into their legal systems. This essay —assuming as a point of depart the important judgment of the spanish *Tribunal Constitucional* concerning the crime of denial of genocide— aims to investigate this reality. The laws examined have been challenged in a series of legal proceedings before domestic trial courts, constitutional courts, and the European Court of Human Rights. Analysing denial as a crime means having to deal with the limits that criminal law imposes on freedom of expression and the question of whether the law and criminal trials can become the primary instrument for protecting and constructing memory.

**Palabras clave:** negacionismo, genocidio, racismo, libertad de expresión, memoria.

**Keywords:** Denial of Holocaust, genocide, racism, freedom of expression, memory.

En España<sup>1</sup> el Cp de 1995 castigó en su art. 607.2 la difusión por cualquier medio de doctrinas o ideas que nieguen el genocidio. Pero este precepto fue sometido a una cuestión de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional (TC) resolvió mediante Sentencia de 7 de noviembre de 2007, declarando inconstitucional la criminalización de la negación del genocidio<sup>2</sup>. El TC falló literalmente: Declarar inconstitucional y nula la in-

<sup>1</sup> El último párrafo del art. 607 del código penal español, relativo al genocidio, reprime la difusión de ideas, la negación y justificación de los actos de genocidio o la pretendida reivindicación de regímenes o instituciones que pongan en funcionamiento prácticas generadoras de tales crímenes. La doctrina está dividida entre quienes sostienen que se trata del delito de apología y quienes sostienen lo contrario, mientras que parte de ella critica esta figura delictiva porque considera que, sustancialmente, se trata de un delito de opinión, el cual es inaceptable en un Estado democrático: Feijoo Sánchez B. J., *Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal, La Ley-Actualidad, 1998*; Gómez Tomillo M. (ed.), *Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2010*; Manzanares Samaniego J., *Código penal, 2 volúmenes. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2010; Quintero Olivares G.-Valle-Muniz, J. A., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 2008; Landa Gorostiza J.M., «Nuevos crímenes contra la humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 Bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistemática», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 17, 2003, 105-119; Gómez Navajas J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995: (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 3, 1999, pp. 1839-1852; Cuerda Arnau M.L., «El denominado delito de apología del genocidio: Consideraciones constitucionales», *Revista del poder judicial*, n° 56, 1999, 63-118.

<sup>2</sup> Véase GIL GIL, *Comentarios al Código penal, 2010*, p. 1994; Ramos Vázquez, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (artículo 607.2 del Código Penal)» en *Revista penal*, N° 23, 2009, 120-137. Sobre los límites penales a la libertad de expresión, cfr. RebolloVargas R., *Aproximación a la jurisprudencia*

clusión de la expresión «nieguen o» en el primer inciso art. 607.2 CP. En cambio el TC declara conforme a la Constitución la criminalización de la difusión por cualquier medio de doctrinas o ideas que justifiquen el genocidio siempre que las conductas subsumibles en el mismo representen una incitación *indirecta* a cometer genocidio. Argumenta el Tribunal que «la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio» no puede por sí sola considerarse «una modalidad de ese «discurso del odio» al que alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión» entendido este «como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias», y concluye que «La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente —como sugiere el Ministerio Fiscal— puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo... En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)». Hay que recordar que el tipo español castigaba la negación de cualquier genocidio y no solo del Holocausto judío. Pero además, tal y como recordó el Ministerio Fiscal en este proceso, ya las SSTC 214/1991 y 176/1995<sup>3</sup>, tras subrayar que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, habían recordado que, por lo que se refiere en particular a los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, ha de distinguirse entre lo que no pasan de ser «meras afirmaciones, dudas u opiniones acerca del holocausto judío, que podrían extenderse, incluso, a la toma de posición en relación con la no existencia real del mismo, que quedarían dentro del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión, por muy reprobables que fueren» y, de otro lado, «aquellas opiniones que presentaren juicios ofensivos, que no se limitaran a aportar correcciones exclusivamente personales de la historia sobre las persecuciones de los judíos, o sobre cualquier otro tipo de homicidio co-

---

*constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona, 1992, y la interesante sentencia del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre de 1991, en el caso «Grenelle», *Jurisprudencia Constitucional*, vol. 31, 444 y ss.

<sup>3</sup> Sobre las mismas véase A. Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, pp. 345 y ss.

metido, sino que conllevaran imputaciones efectuadas en descrédito o menosprecio de las propias víctimas del mismo, que no podrían quedar amparadas por el derecho reconocido en el art. 20.1 a) de la Constitución Española».

En el presente artículo voy a comentar la legislación supranacional y comparada relativa al negacionismo y los argumentos que desde la dogmática penal y la política criminal recomiendan o rechazan su criminalización.

## 1. Derecho, memoria y pena.

El derecho (y, en particular, el derecho penal) es considerado cada vez más como un instrumento para responder al temor de que la memoria sobre hechos criminales pueda sufrir un debilitamiento progresivo e inexorable. Así, el derecho y el proceso penal (como teatro en el que la historia se vuelve a poner en escena pedagógicamente<sup>4</sup>, a fin de reanimar un recuerdo ortodoxo del pasado) devinieron instrumentos de fijación de la memoria con un alto potencial evocativo<sup>5</sup>. Sin embargo, sobre la relación entre derecho penal y memoria caen algunas sombras, entre las cuales, en primer lugar, está aquella ligada directamente a la ontología del derecho penal, es decir, al hecho de que éste es consustancial a la pena. En esta perspectiva, en realidad, parece posible observar la existencia de una tríada: derecho, memoria y pena.

El análisis de experiencias en realidades históricas y geográficas diferentes evidencia que dicha tríada tuvo declinaciones llevadas a cabo con modalidades radicalmente diferentes. Si en Argentina, a fin de satisfacer la petición de «verdad» sobre el pasado, se experimentó la paradoja del dere-

---

<sup>4</sup> Osiel M., «Politiche della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale», Baldissarra L. y Pezzino P., *Giudicare e punire*, Ancona, 2005, p. 106.

<sup>5</sup> Se prefirió utilizar el binomio conceptual derecho y memoria, y no el de derecho e historia, porque la noción de memoria incluye al proceso social de reelaboración del pasado incierto. El concepto de memoria, a pesar de que existan en la doctrina diversas declinaciones, generalmente es considerado como más amplio, comprensivo y dinámico que las investigaciones históricas e historiográficas. Los fenómenos de cristalización mnemónica, como dinámicas distintas y distinguibles de la historia, interesaron progresivamente a un número siempre mayor de estudiosos. Aquí se hace referencia a los trabajos pioneros de Halbwachs M., *La mémoire collective*, París, 1950 (1997); Halbwachs M., *Les cadres sociaux de la mémoire*, París, 1925 (1994); y a las profundizaciones de Todorov T., *Les abus de la mémoire*, París, 1995; Id., *Mémoire du mal. Tentation du bien. Enquête sur le siècle*, París, 2000; Ricoeur P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, París, 2000; Yerushalmi Y.H., «Réflexions sur l'oubli», Yerushalmi Y.H.–Loroux N.–Mommsen H.–Milner J.R.–Vattimo G., *Les usages de l'oubli*, París, 1988; Lussana F., «Memoria e memorie nel dibattito storiografico», *Studi Storici*, Octubre-Diciembre de 2000, pp. 1047-1081.

cho penal sin pena<sup>6</sup>, en la mayor parte de los casos, en cambio, se destaca la importancia de la pena como instrumento para luchar indirectamente contra actividades encaminadas a la manipulación instrumental del pasado o a la ofuscación de la memoria de hechos y eventos dramáticos<sup>7</sup>. Tal como se verá, en los procesos que tuvieron como objeto crímenes de magnitud histórica parece que a la pena se le atribuye una facultad ulterior, en virtud de la cual a los procesos naturales de metabolización (y transformación) mnemónica se les sustrae su factualidad histórica para entregársela a un presente eterno e inmodificable. En este marco, el derecho y el proceso penal son considerados siempre más como instrumentos que satisfacen mejor que otros exigencias de narración y reafirmación mnemónicas compartidas, con la intención de defender el respeto de un pasado que no debe pasar. Especialmente respecto de los crímenes internacionales, este dato debe relacionarse con otro: la necesidad de memoria significa también necesidad de (o impulso al) castigo. Y esta necesidad expresa otra necesidad —potente simbólicamente— de la opinión pública: proteger con las normas, las liturgias procesales y, sobre todo, con la pena, la memoria de ciertos hechos históricos. Esto parece confirmarse claramente en el ámbito de las violaciones graves a los derechos humanos, donde la exigencia punitiva está ligada estrictamente con la naturaleza grave e imprescriptible de estos crímenes.

Sin embargo, la mencionada tríada presenta un aspecto ulterior de complejidad respecto de las dos declinaciones antes descritas (es decir, los juicios argentinos por la verdad y el mecanismo penal clásico) y será justamente este aspecto el objeto de nuestro análisis, o sea las normas que en Europa penalizan la negación, la justificación o la minimización de la Shoá o de otros genocidios o crímenes contra la humanidad<sup>8</sup>. En esta hipó-

<sup>6</sup> Se hace referencia a los «juicios por la verdad». Para una descripción de este mecanismo peculiar y acerca de las razones de la decisión que optó por ellos, véase Daniel Pastor; «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina» en *Jueces para la democracia*, n.º 59, 2007, págs. 95-127; E. Maculan, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei «giudizi per la verità»*, in *L'Indice Penale*, n. 1, gennaio-giugno 2010, 331-370.

<sup>7</sup> Al respecto, es paradigmática la evolución acerca de la persecución y represión de los crímenes de Estado en Argentina y, en particular, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de «Obediencia debida» y «Punto final». Para la Corte Suprema de ese país, en efecto, las leyes cuestionadas, «como toda amnistía, se orientan al 'olvido' de graves violaciones a los derechos humanos». Así Pastor D., «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina», ob. cit.

<sup>8</sup> Sobre el negacionismo cfr., desde una perspectiva histórica, Ginzburg C., «Beweis, Gedächtnis, Vergessen», *Memory*, 30, 2002 (*Werkstatt Geschichte*), pp. 50-60, trad. esp. En «La prueba, la memoria y el olvido», Eiroa- Otero (dir.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, 2008; Vidal Naquet P., *Les Assassins de la mémoire*, París, 1987; Poggio P.P., *Nazismo e revisionismo storico*, Roma, 1997; Burgio A., *L'invenzione delle razze. Saggio su razzismo e revisionismo storico*, Roma, 1998; Losurdo D., *Il revisionismo storico: problemi e miti*, Roma-Bari, 1997; AA.VV., *Négationnistes. Les chif-*

tesis específica, el derecho y la pena son vistos como instrumentos de protección mnemónica preventiva contra los fenómenos negacionistas.

En otras palabras, el derecho y el proceso penal devienen espacios de recomposición de un orden mnemónico de los hechos del pasado a través de la confutación de las conductas de negación de la memoria. En este caso específico, la tríada en cuestión permanece intacta: la pena infligida mediante el derecho es puesta como retribución de la «memoria violada».

Por el contrario, existe una hipótesis distinta que merece mencionarse, pero que no será analizada en este estudio, en la que se pasa desde un conjunto de tres elementos al binomio derecho y memoria. Es el caso de las llamadas «leyes de memoria» (o «*lois mémorielles*», de acuerdo con la eficaz expresión francesa). Tales leyes introducen en los calendarios nacionales o en el internacional a las llamadas «jornadas de la memoria», por medio de las cuales se dirige a los ciudadanos una exhortación precisa: «*es necesario recordar*». Una iniciativa similar se emprendió, por ejemplo, en Italia, a través de la ley n.º 211 del 20 de julio de 2000<sup>9</sup>, la cual no señaló en el calendario un día de fiesta o de conmemoración genérica, sino una jornada dedicada a la «memoria» de «la Shoá, las leyes raciales y de todos aquellos que se opusieron a la bar-

---

*foniers de l'histoire*, París, 1997; V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milán, 1998. Sobre el fenómeno negacionista en los países de idioma alemán, cfr. Lipstadt D., *Betrifft: Leugnen des Holocaust*, Zürich, 1994; Bailer-Galanda-Benz-Neugebauer, *Wahrheit und Auschwitzlüge. Zur Bekämpfung revisionistischen Propaganda*, Wien, 1995; Benz W., *Legenden Lügen Vorurteile. Ein Wörterbuch für Zeitgeschichte*, Múnaco, 1992, pp. 36 y ss.; Tiedemann M., *In Auschwitz wurde niemand vergast*, Verlag an der Ruhe, 1996; Bastian T., *Auschwitz und Auschwitzlüge*, Múnaco, 1997; con respecto a Francia, cfr. Vidal Naquet P., *Les assassins de la mémoire*, cit.; Igounet V., *Histoire du négationnisme en France*, París, 2000; Id., «Un négationnisme stratégique», *Le Monde Diplomatique*, mayo de 1998, p. 17; TERNON Y., *Du négationnisme: mémoire et tabou*, París, 1999; Pisanty V., *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, cit., pp. 7-12, 33-44, 72-81 y 144-152; Brayard F., *Comme l'idée vint à M. Rassinier*, París, 1996; Fresco N., *Fabrication d'un antisemite*, París, 1999; Shermer M., & Grobman, A., *Denying History: Who Says the Holocaust Never Happened and Why Do They Say It?* Berkeley, 2000. Sulla negazione e sull'importanza dei testimoni, cfr. Coquio, C. (ed.), *L'Histoire trouée, négation et témoignage*, París, 2004.

<sup>9</sup> En realidad, el dato más impactante no es tanto la decisión del Estado italiano de declarar esta jornada, sino más bien el momento en que se lo hizo. A diferencia de otras leyes que destacan jornadas para no olvidar fechas significativas en Italia, la ley en cuestión se adoptó cincuenta años después de la finalización de la segunda guerra mundial. Por lo tanto, es necesario preguntarse cuál es la razón de que una intervención legislativa encaminada a proteger a la memoria y a su objeto haya surgido después de tanto tiempo. Los factores determinantes parecen ser dos: por un lado, la distancia temporal de los hechos (objeto de la actividad mnemónica) que comienzan a resultar demasiado lejanos y cuyos testigos oculares empiezan a desaparecer (cfr. Wiewiorka A., *L'ère du témoin*, París, 1998); por otro lado, una situación política contingente que ejerce presiones para emanciparse de la herencia del siglo veinte o, viceversa, para seguir viendo en él a sus propios fundamentos.

barie»<sup>10</sup>, o sea el 27 de enero. Algo parecido se hizo en Francia, cuando en 2000 se adoptó una ley que establece una «*journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux 'Justes' de France*»<sup>11</sup>. Y, aún más, las Naciones Unidas establecieron la Jornada Internacional de la Memoria<sup>12</sup>. En octubre de 2007, España ha adoptado otro tipo de «Ley de memoria histórica» que ha reconocido y ampliado los derechos de las víctimas de la guerra civil y de la dictadura y ha establecido unas medidas para ellas (*Ley de Memoria Histórica*)<sup>13</sup>.

En las «leyes sobre la memoria», la definición de los marcos mnemónicos queda fuera del ámbito judicial y dentro del meramente legislativo (*soft legislative model*). En cambio, las normas que prevén la punición del negacionismo generan una actividad mnemónica de tipo diferente: con ellas se protege una determinada reconstrucción del pasado comúnmente aceptada (*hard legislative model*). El modo imperativo envía un mensaje diferente al de las leyes de memoria: «*es necesario recordar de una manera determinada*». Así, se vuelve oficial una y sólo una interpretación de la historia, pero se penaliza a quien pretenda recordar «de una manera diferente». En esta hipótesis, la protección de la memoria se produce a través de un instrumento fuerte y particularmente expresivo en el plano simbólico, o sea el instrumento penal<sup>14</sup>.

El fenómeno de los *imperativos de memoria* no es nuevo históricamente<sup>15</sup>. En efecto, en muchas épocas la memoria y el olvido fueron impuestos por el poder político a través de normas jurídicas<sup>16</sup>. Baste

<sup>10</sup> Sobre esta ley y los debates en el Parlamento, además de la página de Internet <http://www.parlamento.it>, cfr. el artículo de Goffredo De Pascale, «Viaggio di una legge», *Diario*, 27-01-2001, pp. 12-18.

<sup>11</sup> Se hace referencia a la ley n° 2000-644 del 10 de julio de 2000 (disponible en la página de Internet: <http://www.senat.fr/leg/ppl99-244.html>) que invita a todos los franceses a recordar el 16 de julio de cada año. Como ejemplo podemos mencionar también a la jornada del 24 de marzo en Argentina, «Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia», en la cual se invita a todos los ciudadanos a recordar el golpe de Estado de 1976.

<sup>12</sup> Con la Resolución 60/7, titulada «Memoria del Holocausto», adoptada el 1° de noviembre de 2005, la Asamblea General decidió que las Naciones Unidas proclamaran el 27 de enero (fecha del aniversario de la liberación del campo de Auschwitz) como la Jornada internacional dedicada a las víctimas del Holocausto. cfr. la página de Internet de las Naciones Unidas sobre el Holocausto: <http://www.un.org/french/holocaustremembrance>.

<sup>13</sup> Para un análisis en profundidad y más referencias cfr. Gil Gil, A., *La Justicia de Transición en España: de la Amnistía a la Memoria Histórica*, Barcelona, 2009.

<sup>14</sup> Sobre la distinción entre una memoria punitiva y celebrativa ver Marquard O., & Alberto Melloni, A., *La storia che giudica, la storia che assolve*, 40-1, Bari 2008, 40-1.

<sup>15</sup> cfr. Lollini, A., *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa* (Alexandra Tatiana Pollard trans.), Cambridge, 2010.

<sup>16</sup> Al respecto, cfr. Ost F., *Le temps du droit*, París, 1999.

mencionar aquí el episodio muy notorio de la prohibición de recordar públicamente los delitos graves cometidos en Atenas durante la dictadura de los Treinta tiranos y amnistiados posteriormente en 403 A.C.<sup>17</sup>.

Lo dicho hasta ahora suscita una pregunta fundamental: ¿se puede proteger a la memoria? Si historiadores y filósofos siempre destacaron la importancia de la memoria, el hecho de que también en el plano jurídico se observe una atención hacia ella (vinculable al esquema retórico más amplio de la «lucha contra el olvido») evidencia un aspecto profundo de la sociedad de la segunda posguerra. La memoria de los hechos históricos, especialmente de los de la segunda guerra mundial, se presenta, en particular durante la última década, como valor que merece protección jurídica, imponiendo que nos interroguemos acerca de cuál es el papel de la memoria colectiva en el sistema social y político.

En realidad, la reflexión sobre el derecho y la memoria está ligada estrictamente al replanteamiento de la relación entre el derecho y la ética. El derecho positivo, indudablemente, tiene la función de proteger valores, pero la conjunción de normas ético-sociales y jurídicas es muy compleja. Las normas penales, criminalizando conductas, modelan los valores fundamentales de las sociedades y constituyen, por consiguiente, una de las técnicas de protección de lo que socialmente se considera como merecedor de protección penal<sup>18</sup>. Tal como se dijo, muchos elementos demuestran que el derecho, y en particular el derecho penal, es invocado repetidamente para proteger a la memoria, es decir, se destaca la importancia del proceso penal como lugar para afirmar una verdad contra el revisionismo histórico<sup>19</sup>, se afirma el «derecho a la verdad»<sup>20</sup> y un «derecho» o «deber de memoria».<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Loraux N., *La cité divisée*, París, 1997; Id., «De l'amnistie et de son contraire», Yerushalmi Y.H.- Loraux N.- Mommsen H.- Milner J.R.- Vattimo G., *Les usages de l'oubli*, cit., pp. 23-47. Sobre la historia de la amnistía ateniense, cfr. también Quaritsch H., «Über Bürgerkriegs- und Feind-Amnestien», *Der Staat*, 4, 1992, 389-418; Natalicchio, «L'amnistia», Settis S., (dir.), *I Greci*, Vol. II, Turín, 1997, 1305-1322.

<sup>18</sup> Se aclara que no se analizarán todos los aspectos relevantes para el penalista, como el respeto del criterio de la lesividad o la decisión de limitar un derecho fundamental (protegido internacionalmente y por el derecho nacional), tal como la libertad de expresión. La reflexión sobre el negacionismo como delito, antes bien, se desarrollará privilegiándose un análisis que evidencie los problemas que derivan de la protección de la memoria a través del instrumento penal.

<sup>19</sup> Esta «función» del proceso penal es confirmada en la ficha que ilustra los objetivos del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia. Entre éstos se indica también el de «imponer la *verdad judicial para impedir el revisionismo*, contribuir al restablecimiento de la paz y favorecer la reconciliación en la antigua Yugoslavia» (la bastardilla me pertenece); cfr. <http://www.un.org/icty/cases-f/factsheets/generalinfo-f.htm>.

<sup>20</sup> cfr. Eiroa P. D., Otero, J. M., *Memoria y Derecho Penal*, Buenos Aires, 2008, incluso para referencias ulteriores. Sobre el derecho a la verdad en el derecho internacional, cfr. Naqvi Y., «The right to truth in international law: fact or fiction?», *International Re-*

## 2. El fenómeno negacionista.

Tal como se anticipó, nuestra reflexión se limitará sólo a la intersección peculiar entre el derecho penal y la memoria que está constituida por los delitos de negacionismo. Se trata de un tema que envuelve aspectos jurídicos relativos, especialmente, a los delitos de opinión y a las funciones del derecho y del proceso penal, así como aspectos más estrictamente histórico-políticos.

Antes de examinar las tendencias que se están consolidando en Europa en el plano legislativo y, sobre todo, en la jurisprudencia para contrarrestar estos fenómenos, parece oportuno intentar aclarar, aunque sea brevemente, el concepto y la geografía del negacionismo, buscando distinguirlo del revisionismo.

Negacionismo y revisionismo son términos frecuentes, muy utilizados no sólo por los especialistas, sino también en el lenguaje común<sup>22</sup>, en los diarios y la televisión. Este uso lingüístico, a veces confuso e impreciso, produce una pérdida de especificidad conceptual, aumentando así la dificultad de distinguir entre los respectivos fenómenos.

En efecto, el concepto de negacionismo debe distinguirse de aquel de revisionismo, raíz de la que deriva y respecto de la cual no es más que una degeneración. Este último término asumió tanto significados negativos como positivos, los cuales implican siempre la crítica de una ortodoxia dominante<sup>23</sup>. Según la acepción más amplia, con el término revisionismo se indica la tendencia historiográfica a revisar las opiniones históricas consolidadas, a la luz de los nuevos elementos y conocimientos adquiridos durante las investigaciones, con el resultado de una reinterpretación y una reescritura de la historia. En el marco de esta acep-

---

*view of the Red Cross*, junio de 2006, 245 y ss. Resulta muy interesante ver la afirmación de este derecho por la jurisprudencia: cfr. la decisión de la Corte Penal Internacional en la cual se citan no solamente las normas de los Convenios de Ginebra, sino también la jurisprudencia de la Corte interamericana para fundamentar la existencia de este derecho „bien establecido» (well established) (ICC, *Situation In The Democratic Republic Of The Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 13 May 2008, para. 32.

<sup>21</sup> En el caso *T. v. Belgio*, la Comisión reclama la defensa del orden y del poder judicial y, recordando que los crímenes cometidos en Auschwitz no pertenecen sólo a la ciencia histórica, afirma que las familias de las víctimas siguen teniendo el derecho a una protección de la memoria de sus familiares. cfr. *T. v. Belgique*, decisión del 14 de julio de 1984. Sobre el derecho a la memoria y el reconocimiento de este derecho por la Corte interamericana de derechos humanos, cfr. los trabajos de Daniel Pastor, Tatiana Rincón y Ana Aliverti, en Eiroa-Otero (dir.), *Memoria y derecho penal*, cit..

<sup>22</sup> Sobre el sentido común y las creencias compartidas respecto del racismo y sus significados, cfr. Taguieff P.A., *La force de prejudice*, París, 1987.

<sup>23</sup> Vidal Naquet P., *Les assassins de la memoire*, cit., p. 108.

ción, todo historiador e investigador no puede más que ser revisionista, ya que su actividad importa naturalmente una sucesión de modelos y paradigmas teóricos diferentes. Replantear las reconstrucciones historiográficas ya propuestas es inevitable en el trabajo historiográfico.

Pero el término revisionismo asumió acepciones más específicas<sup>24</sup>, sobre todo a partir de nuestro siglo, incluyendo a manifestaciones excesivas y extremas como el negacionismo. Especialmente en el ámbito de los estudios sobre la segunda guerra mundial, es necesario distinguir dos corrientes: por un lado, la corriente revisionista, la cual, partiendo del dato irrefutable del Holocausto, tiene como objetivo redistribuir las culpas y atribuir a Hitler responsabilidades limitadas, tendiendo a relativizar el problema del exterminio; por otro lado, la corriente negacionista, la cual, a diferencia de la primera, niega la existencia misma del Holocausto, prescindiendo de cualquier regla historiográfica preestablecida y eludiendo el problema de la relación del genocidio con la realidad histórica<sup>25</sup>.

El negacionismo coincide, antes bien, con aquellas doctrinas radicales según las cuales el genocidio llevado a cabo en la Alemania nazi en perjuicio de los judíos, los gitanos y las otras categorías «subhumanas» no existió, sino que representa un mito, una mentira, un fraude<sup>26</sup>. Los puntos centrales de la producción negacionista son la negación de las cámaras de gas, el cuestionamiento del número de las víctimas, las afirmaciones de que la solución final no fue un exterminio sino solamente una emigración, de que el Tribunal Militar de Nuremberg fue un tribunal de los vencedores y que, por consiguiente, tuvo resultados poco confiables<sup>27</sup>. Los métodos que utiliza el negacionismo se pueden identificar, a través de una obvia simplificación, con las siguientes estrategias<sup>28</sup>: la trivialización de los crímenes cometidos (negacionismo minimizador); la justificación de los crímenes (revisionismo justificacionista); la negación de los crímenes (revisionismo negacionista)<sup>29</sup>. No existe, por tanto,

<sup>24</sup> Pisanty V., *L irritante questione delle camere a gas*, cit., p. 5. cfr. también Lipsadt D., *Betrifft: Leugnen des Holocaust*, Zürich, 1994.

<sup>25</sup> Pisanty, V., *L irritante questione delle camere a gas*, cit., pp. 6-7.

<sup>26</sup> cfr. Vidal Naquet P., *Les assassins de la mémoire*, cit., pp. 108 y ss.; trad. it., cit., p. 77.

<sup>27</sup> Sobre la historia del negacionismo, cfr. Pisanty V., *L irritante questione delle camere a gas*, cit., 7 y ss.. Para un cuadro de la literatura negacionista en Europa, cfr. AA.VV., *Négationnistes. Les chiffonniers de l'histoire*, cit.

<sup>28</sup> Además de las estrategias mencionadas en el texto, piénsese en la difamación de la antigua Unión soviética y sus propagaciones (baste recordar la interminable discusión sobre la resistencia italiana al régimen fascista). Burgio A., *L invenzione delle razze*, cit., pp. 170-171. Sobre los métodos revisionistas, cfr., por ej., AA.VV., *Wahrheit und Auschwitzlüge*, cit., p. 23.

<sup>29</sup> Esta forma está representada en las dos hipótesis extremas de Rassinier y Faurisson, los cuales se encuentran entre los exponentes más importantes de la corriente francesa del negacionismo. Sobre la historia del negacionismo francés, cfr. Pisanty V., *L irritante questione delle camere a gas*, cit., pp. 7 y ss.; para una reconstruc-

un único paradigma historiográfico negacionista, mientras que el único dato metodológico común de los «asesinos de la memoria»<sup>30</sup> es la negación, la denegación histórica<sup>31</sup>. Partiendo de la carencia de la historiografía oficial, después de haber dado una interpretación desvirtuada de las pruebas documentales, tales autores no se preocupan de brindar argumentaciones y elementos que puedan fundar sus afirmaciones. Por consiguiente, a aquellos que quieran adherirse a estas orientaciones se les requiere un acto de fe, basado, sobre todo, en teorías como la de la conspiración judía más que en tesis documentadas<sup>32</sup>.

Los valores se invierten, lo verdadero se confunde con lo falso, la realidad con la ficción. Los negacionistas, concentrados en el pasado, buscan ser reconocidos y legitimados como exponentes de una escuela historiográfica que lucha contra la «mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*) y se opone a la «verdad» oficial acerca del genocidio judío.

El fenómeno negacionista ya asumió una extensión y una dimensión relevantes. Especialmente en los últimos años, se asiste a una proliferación de este fenómeno a través de folletos, libros «doctos», propaganda banal, opúsculos ciclostilados, revistas de un cierto tono, videocassettes<sup>33</sup> y, más recientemente, la creación de diversas páginas de Internet<sup>34</sup>.

Comúnmente, los inicios del negacionismo se ubican en los primeros años de la segunda posguerra<sup>35</sup>. Luego, a comienzos de la década de los 70, se asiste en Estados Unidos a un desarrollo importante, especialmente a través del *Institute for Historical Review*, centro de atracción para todos los negacionistas y lugar de elaboración y organización de sus estrategias<sup>36</sup>. Pero la producción negacionista asumió dimensiones relevantes sobre todo en Europa y especialmente en Francia, Alemania, Austria, Suiza e Italia. El perfil de los autores negacionistas es, a menudo, de extrema derecha o extrema izquierda; su elemento común es la plataforma ideológica, el antisemitismo, que representa su referente y

---

ción del periplo de Rassinier, ex deportado, cfr. Brayard F., *Comme l'idée vint a M. Rassinier*, París, 1996; Fresco N., *Fabrication d'un antisemite*, París, 1999.

<sup>30</sup> La expresión es de Yosef Yerushalmi, tal como lo precisa Pierre Vidal Naquet al utilizarla para titular su famoso libro sobre el negacionismo.

<sup>31</sup> Pisanty, V., *L'irritante questione delle camere a gas*, cit., pp. 83-84.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 207-208.

<sup>33</sup> Vidal Naquet P., *Les assassins de la mémoire*, cit., p. 117.

<sup>34</sup> Sobre la propaganda revisionista-negacionista en Internet, véase Pisanty V., *L'irritante questione delle camere a gas*, cit., pp. 22-24.

<sup>35</sup> Para una reconstrucción detallada sobre la evolución de la producción negacionista, e incluso para referencias ulteriores, cfr. Di Giovine A., «Il passato che non passa: 'Eichmann di carta' e repressione penale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, I, pp. XIV-XVIII.

<sup>36</sup> Di Giovine, A., «Il passato che non passa: 'Eichmann di carta' e repressione penale», cit., p. XVII.

motor principal en el cual los diversos aportes encuentran justamente un punto de conjunción<sup>37</sup>.

### 3. Los diferentes niveles de protección.

Frente a la reanudación de los fenómenos negacionistas, muchos Estados europeos decidieron reaccionar con la introducción del delito de negacionismo en sus respectivos códigos penales o en leyes especiales. Antes de estas reformas legislativas, en muchos Estados no se podían perseguir todas las formas de manifestación del negacionismo. Por ello muchos países eligieron tipificar expresamente la negación, minimización o justificación del Holocausto o, en algunos casos, de otros genocidios o crímenes contra la humanidad.

Tal como se verá, la misma tendencia se observa en el plano internacional. El sistema penal contemporáneo, como todos saben, se caracteriza cada vez más por la multiplicidad y heterogeneidad de los niveles de protección<sup>38</sup>. Esta configuración estratificada del sistema jurídico se descubre también en el estudio del delito de negacionismo: los instrumentos jurídicos relevantes son internacionales, regionales y nacionales, y tienen naturalezas y contenidos diferentes. Entre ellos existen, además, influencias recíprocas, confirmándose la hipótesis teórica de que el sistema penal se configura como un universo normativo compuesto por disposiciones y decisiones de naturaleza y contenidos distintos que interactúan entre ellos de acuerdo con relaciones verticales y horizontales. No podemos analizar aquí todas estas normas y decisiones de manera detallada. Nos limitaremos, en primer lugar, a efectuar sólo un reconocimiento rápido de los diferentes niveles de protección. Ello nos permitirá percibir, por un lado, la atención —en el nivel supranacional y nacional— por el fenómeno negacionista y, por otro lado, notar una tendencia común de punición de las conductas negacionistas, con la consecuente aceptación de que se limite la libertad de expresión.

#### 3.1. *El derecho internacional general.*

El derecho internacional general contiene numerosas disposiciones que, por un lado, afirman el derecho fundamental a la libre manifesta-

<sup>37</sup> Poggio P.P., *Nazismo e revisionismo storico*, cit., p. 97.

<sup>38</sup> Sobre la evolución del sistema de las fuentes y la relación entre fuentes internas y fuentes internacionales, cfr. Pizzorusso A., «Il pluralismo delle fonti interne», Violante L. (dir.), *Legge Diritto Giustizia*, Annali 14, Turín, 1998, pp. 1127 y ss. Con respecto al sistema penal, cfr. Donini M., *Il volto attuale del diritto penale*, Milán, 2005, pp. 141-197, incluso para las oportunas referencias.

ción del pensamiento y, por otro lado, prohíben en general la discriminación racial y, en particular, la propaganda racista.

No podemos examinar ni tan sólo enumerar todos los instrumentos normativos y todos los sistemas de garantía elaborados por el derecho internacional para enfrentar al fenómeno de la discriminación racial y del abuso de la libertad de expresión<sup>39</sup>. Sin embargo, es necesario subrayar que este conjunto de documentos constituye un punto de referencia fundamental, constantemente citado en las resoluciones de los casos de negacionismo<sup>40</sup>. En particular, se recuerda la Declaración Universal de derechos humanos, que en su art. 19 establece la libertad de opinión y expresión de cada individuo, si bien afirmando contemporáneamente el principio de no discriminación y algunas restricciones de la libertad de expresión para asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y las libertades ajenas, y para satisfacer las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

Otra fuente importante —respecto del tema que aquí nos interesa— es el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que en su art. 19, párrafos 1º y 2º, prevé que el derecho a la libertad de expresión, afirmado previamente, puede ser objeto de algunas limitaciones que estén expresamente establecidas por la ley y sean necesarias para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de los otros<sup>41</sup>, o bien la salvaguardia de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública (art. 19, 3º párrafo). En el artículo siguiente se penaliza la propaganda a favor de la guerra (art. 20, párrafo 1º) y la incitación al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (art. 20, párrafo 2º). Por último, es necesario recordar la ya citada Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, que, además del princi-

<sup>39</sup> Para un reconocimiento normativo preciso de las normas internacionales existentes, cfr. McGonagle T., *The International and European legal standards for combating racist expression*, ECRJ Expert Seminar on combating racism while respecting freedom of expression, Estrasburgo, 16 y 17 de noviembre de 2006.

<sup>40</sup> En las decisiones sobre el negacionismo se citan constantemente las normas de derecho internacional general sobre la discriminación racial. Al respecto, deben señalarse las orientaciones que se forman progresivamente en el Comité contra la discriminación racial, órgano creado por la Convención sobre todas las formas de discriminación racial de 1965. Este Comité se pronunció acerca del negacionismo en el caso *Faurisson*. Sobre este tema cfr. Cohen Jonathan G., «Négationnisme et droits de l'homme», *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 1997, pp. 571 y ss.

<sup>41</sup> Cfr. la comunicación del Comité de derechos humanos en el caso *Faurisson v. France* (8 de noviembre de 1996), en la que dicho Comité no sólo considera legítimas las restricciones a la libertad de expresión, en cuanto encaminadas a proteger la reputación ajena, sino que también afirma que los fenómenos negacionistas constituyen uno de los principales vectores del antisemitismo. Sobre este punto, cfr. el interesante análisis de Cohen Jonathan G., *Négationnisme*, cit., pp. 591-595.

pio de no discriminación, prevé, como en todos los textos mencionados hasta ahora, la prohibición de propaganda racista en sus diversas formas de incitación y difusión de ideas (art. 4)<sup>42</sup>.

La lista de los instrumentos normativos vinculantes y no vinculantes sería aún más larga: piénsese sólo en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen de genocidio de 1948 y aquella contra el apartheid de 1973, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y en las tantas declaraciones o los numerosos documentos elaborados por tantos institutos especializados de las Naciones Unidas, la UNESCO o UNICEF, o por la Organización Internacional del Trabajo<sup>43</sup>. Sin embargo—como ya dijimos— no tenemos la intención de desarrollar tal profundo análisis en este breve estudio.

En cuanto respecta más específicamente al negacionismo, además del establecimiento de la jornada internacional de la memoria, a la cual ya nos referimos, se señala que Estados Unidos puso la cuestión del negacionismo en la atención de las Naciones Unidas al requerir una resolución que condene «sin reservas» la negación del Holocausto. El proyecto que se presentó invita a «todos los Estados miembros a rechazar sin reservas toda negación total o parcial del Holocausto como evento histórico y toda actividad encaminada a tal fin». Se aludió así a Irán y a las intervenciones revisionistas de su presidente, Mahmoud Ahmadinejad, que tuvieron lugar en diciembre de 2006, especialmente cuando este organizó una conferencia internacional en Teherán con la participación de presuntos estudiosos e historiadores convencidos de la necesidad de negar o, por lo menos, limitar la importancia histórica de la Shoá. La re-

---

<sup>42</sup> En esta disposición encontramos un ejemplo de lo que recordamos anteriormente sobre los impulsos de penalización provenientes del derecho internacional. La Convención de 1965, en efecto, después de requerir a los Estados que adopten las medidas necesarias contra la discriminación (art. 2), pide (art. 4) que se declaren punibles estos comportamientos. Por lo tanto, se llega a imponer, como en la mayor parte de las convenciones internacionales, un estándar normativo común; después de identificar a la *figura criminis* y al presupuesto para su aplicación (o sea, que se trate de hechos internacionales), el texto establece las obligaciones para los Estados. Acerca de un análisis de los instrumentos supranacionales sobre este asunto, véase Masías F., «La liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 1996, pp. 200 y ss. En cuanto respecta a las diversas medidas adoptadas en el ámbito del derecho penal interno para satisfacer las exigencias de la citada convención, cfr. Partsch K.J., *Die Strafbarkeit der Rassendiskriminierung nach dem internationalen Abkommen und die Verwirklichung der Verpflichtungen in nationalen Strafrechtsordnungen*, German Yearbook of International Law, 1997, pp. 119 y ss.

<sup>43</sup> Sobre la prohibición de discriminación en el derecho internacional, se remite a Conseil de l'Europe, *Commission européenne contre le racisme et l'intolérance*, Estrasburgo, mayo de 1994, que contiene una completa panorámica de las legislaciones nacionales sobre el tema.

solución fue adoptada por la Asamblea General por unanimidad —salvo el disenso de la República islámica de Irán— el 26 de enero de 2007 y condena «todo intento de negar o minimizar el Holocausto»<sup>44</sup>.

### 3.2. Las normas regionales: los instrumentos europeos.

En el análisis de los instrumentos internacionales previstos en el plano regional, nos limitaremos a examinar los existentes en el ámbito europeo. Normas e instrumentos contra el negacionismo se encuentran tanto en el sistema de los derechos fundamentales que se apoya en el Consejo de Europa, como en el que se desarrolló en la Unión Europea.

#### 3.2.1. El Consejo de Europa.

En lo que concierne el Consejo de Europa, en el plano normativo es necesario mencionar, ante todo, la Convención europea para la protección de los derechos humanos (CEDH), especialmente su art. 10 que protege la libertad de expresión<sup>45</sup> y, contemporáneamente, marca sus límites. La otra norma fundamental en el ámbito del sistema de protección establecido por la Convención europea es el art. 17 CEDH, que impide un ejercicio abusivo de los derechos protegidos por la Convención misma, en este caso específico, de la libre manifestación del pensamiento<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> cfr. la Resolución de la Asamblea General A/61/L.53, disponible en la página de Internet: <http://www.un.org/french/holocaustremembrance/news.shtml>.

<sup>45</sup> Acerca del art. 10 CEDH, cfr. *La liberté d'expression en Europe*, Estrasburgo, Conseil de l'Europe, 2006; Tulkens F., *Liberté d'expression et racisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, ECRI Expert Seminar on combating racism while respecting freedom of expression, Estrasburgo, 16 y 17 de noviembre de 2006. Se observa, además, que el art. 10 CEDH es invocado en ciertos casos como medio de defensa de los autores negacionistas frente a una jurisdicción nacional, para sostener la contrariedad de los delitos de negacionismo, previstos en el plano interno, con las disposiciones de la Convención que protegen la libertad de expresión, la cual, según los acusados, resultaría violada por las disposiciones nacionales.

<sup>46</sup> Con base en dicha norma: «ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». El Consejo de Europa adoptó también una serie de Tratados que contienen disposiciones relevantes para enfrentar los fenómenos racistas. Entre ellos, se menciona a la Convención sobre el crimen cibernético y el respectivo Protocolo adicional (disponibles en la página de Internet: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/189.htm>). En su art. 3, párrafo 1º, este tratado requiere a los Estados que establezcan tipos penales para castigar las conductas que hagan accesible para el público material racista o

La jurisprudencia del Tribunal europeo sobre la libertad de expresión es muy amplia y rica en consideraciones interesantes. De acuerdo con una orientación ya consolidada, los jueces consideran a la libertad de opinión como una «de las condiciones básicas para el progreso de una sociedad democrática y el desarrollo de cada individuo»<sup>47</sup>. El art. 10 CEDH no sólo protege «las ‘informaciones’ y las ‘ideas’ acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también [...] las que irritan, impactan o inquietan al Estado o a una parte de la población»<sup>48</sup>. En tal sentido, la libertad de expresión deviene un elemento central para una democracia plural<sup>49</sup>. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, sino de un derecho con naturaleza relativa (art. 10, párrafo 2º, CEDH)<sup>50</sup>: a los Estados —de conformidad con las especificidades de este sistema de protección de los derechos humanos— se les reconoce un margen de apreciación para juzgar la necesidad de una ingerencia en el ejercicio de tal derecho<sup>51</sup>, pero no es una facultad ilimitada y se la subordina a un control del Tribunal europeo<sup>52</sup>. Ésta, en efecto, es competente para decidir en última instancia si

xenófobo a través de los instrumentos informáticos. Además, el art. 6 del Protocolo, titulado «Negación, minimización grave, aprobación o justificación del genocidio o de los crímenes contra la humanidad», requiere a los Estados que adopten instrumentos normativos y, si fuera necesario, instrumentos penales, a fin de castigar a quien, a través de un sistema informático, haga accesible para el público material que niega, minimiza gravemente, aprueba o justifica actos que constituyen genocidio o crímenes contra la humanidad [...].

<sup>47</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. Reino Unido*, sentencia del 7-12-1976, serie A, nº 24, par. 49; la misma afirmación se observa en la sentencia *Ozgur Gundem v. Turquía*, del 16-03-2000, par. 57.

<sup>48</sup> *Handyside v. Reino Unido*, sentencia del 7-12-1976, serie A, nº 24, par. 49.

<sup>49</sup> Así Tulkens F., *Liberté d'expression et racisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, ECRJ Expert Seminar on combating racism while respecting freedom of expression, Estrasburgo, 16 y 17 de noviembre de 2006, p. 4.

<sup>50</sup> «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales y garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

<sup>51</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. Reino Unido*, 7-12-1976, serie A, nº 24, § 49. Acerca de la noción de margen de apreciación, elaborada por la Comisión y el Tribunal europeos, cfr. Delmas Marty M. y Izorche M.L., «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste», *Revue internationale de droit comparé*, 2000, XIII, 1, pp. 754-775 ; Tulkens F. y Donnay L., «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?», *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Comparé*, 2006, XXII, 1, pp. 3-24; Greer S., *La marge d'appréciation: interpretation et pouvoir discretionnaire dans le cadre de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Estrasburgo, 2000.

<sup>52</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gunduz v. Turquía*, 4-12-2003, § 40 ; Id., *Erbakan v. Turquía*, 6-07-2006, § 56.

una limitación o derogación, en los términos del art. 10, párrafo 2º, CEDH, es compatible con el derecho a la libre manifestación del pensamiento. Al realizar este control, el Tribunal europeo deberá verificar que la restricción esté prevista por ley, que persiga un fin legítimo, que sea proporcionada a los objetivos perseguidos y necesaria en una sociedad democrática<sup>53</sup>, siendo que, al respecto, son relevantes el objetivo, el contenido y el contexto de las afirmaciones efectuadas.

La jurisprudencia del Tribunal europeo aporta elementos de reflexión interesantes no sólo a causa de la forma en que interpreta el derecho a la libre manifestación del pensamiento (derecho esencial para una sociedad democrática, pero no absoluto), sino también, más específicamente, a causa de la forma en que afronta el conflicto entre la libre manifestación del pensamiento y la exigencia de punir el negacionismo. Sobre este punto nos detendremos en las páginas siguientes. Baste anticipar aquí que el Tribunal tiende a admitir una restricción de la libertad de opinión, reconociendo, por un lado, «la importancia de luchar contra todas las formas y manifestaciones de la discriminación»<sup>54</sup> y, por otro lado, que uno de los instrumentos previstos para dicho fin por el sistema de Estrasburgo es el art. 17 CEDH, el cual impide que los derechos protegidos por la Convención misma sean ejercitados de un modo que represente una violación de ella<sup>55</sup>.

### 3.2.2. La Unión Europea.

La creciente atención que la Unión Europea brinda al fenómeno del negacionismo y la influencia del derecho comunitario en los derechos nacionales requieren que se mencionen brevemente los instrumentos normativos existentes en este ámbito contra el fenómeno del negacionismo. Al respecto, se recuerda, en particular, la Acción común adoptada el 15 de julio de 1996 por el Consejo de Europa, en el marco de la lucha contra

---

<sup>53</sup> Cfr. Oetheimer M., «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, enero de 2007; Dumont H., Mandoux P., Strowel A. y Tulkens F. (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruselas, 2000.

<sup>54</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jersild v. Dinamarca*, § 30; *Seurot v. Francia*, 18-5-2004. cfr. también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Timichev v. Rusia*, 13-12-2005, § 56; *Natchova v. Bulgaria*, 6-7-2005, § 145, en la cual se confirma la necesidad de reaccionar ante ofensas particularmente graves contra la dignidad humana, como la violencia racial.

<sup>55</sup> En efecto, la Convención europea se adopta en 1950 para reaccionar ante los regímenes totalitarios de la Segunda guerra mundial y con el objetivo de contrarrestar los fenómenos que podían constituir una amenaza a los principios de la democracia y el Estado de derecho. «El negacionismo no sólo ofende los valores de la comunidad atacada, sino también aquellos, universales, de nuestra civilización». cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Garaudy v. Francia*, 24-06-2003, § 14.

el racismo y la xenofobia<sup>56</sup>, con la cual se requiere a los Estados miembros que apliquen las medidas necesarias para perseguir penalmente las diversas formas de manifestación racista. En este documento, después de haberse referido al fundamento jurídico de la acción (art. K 3 del Tratado de la Unión) y constatando el aumento de los fenómenos racistas y la importancia de la cooperación judicial efectiva frente a los delitos que tienen dimensión internacional, el Consejo pide a los Estados que establezcan tipos penales para reprimir ciertos comportamientos, como la instigación pública a la discriminación (letra «a»), la apología pública de crímenes contra la humanidad (letra «b») y la difusión de escritos con manifestaciones xenófobas (letra «d»). En la letra «c», el Consejo invita a los Estados a reprimir *la negación pública de los crímenes definidos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg cuando dicha negación incluya un comportamiento despreciativo o degradante respecto de un grupo de personas definido en base al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico*. Por lo tanto, el negacionismo es descrito e incluido entre las conductas que deberían preverse como delitos en el plano nacional. De acuerdo con el Consejo, estas previsiones no son contrarias al derecho a la libre manifestación del pensamiento, el cual, tal como lo afirma el Pacto de derechos civiles (art. 19), implica derechos pero también deberes, entre los cuales se encuentra el de respetar al otro.

Detrás de las dinámicas de armonización de los diversos derechos nacionales, tal como la descrita, se observa una petición ulterior de derecho penal por parte de los órganos comunitarios, de conformidad con las tendencias de hipertrofia y expansión que afectan también al derecho penal nacional<sup>57</sup>. En esto parece posible identificar una convergencia de las políticas criminales nacionales realmente aplicadas, poco respetuosas del principio de subsidiariedad penal.

Estas tendencias parecen estar confirmadas por la decisión marco de la Unión Europea acerca de la lucha contra el racismo y la xenofobia<sup>58</sup>. El

---

<sup>56</sup> *Acción común del 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo en base al art. K3 del Tratado sobre la Unión Europea acerca de la acción contra el racismo y la xenofobia*, publicado en *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 24-07-1996, volumen, L 185, p. 5.

<sup>57</sup> En efecto, desde un punto de vista comparativo, se nota que tales tendencias eficientistas o funcionalistas son descubiertas por una atenta literatura en muchos países, entre los cuales podemos mencionar Alemania, Holanda, España, Inglaterra y Estados Unidos. Cfr. Baratta A., «Prefazione», Moccia S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Nápoles, 1995, p. XVIII.

<sup>58</sup> *Decisión Marco de 28 de noviembre de 2008* relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Cfr. J. GARMAN, *The European Union combats racism and xenophobia by forbidding expression: an analysis of the Framework Decision*, *University of Toledo Law Review*, 2008, pp. 843 y ss.; Renauld, B., *La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union Européenne : du nouveau en matière de lutte contre le racisme ?*, *Revue trimestrielle des*

art. 1 de dicha decisión establece que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para perseguir penalmente la apología, la negación o la minimización grosera de los crímenes definidos en el Estatuto de la Corte penal internacional y en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuando dichos comportamientos sean capaces de instigar a la violencia o al odio contra el grupo atacado o uno de sus miembros (art. 1, letras «c» y «d»). Esta decisión indica también la previsión de una pena de prisión de uno a tres años como mínimo para estas conductas<sup>59</sup>.

En el sistema (penal) europeo<sup>60</sup> se exige entonces *más* derecho penal en línea con la dinámica expansiva del derecho penal que se puede observar a nivel interno.

Dos observaciones parecen a este respecto oportunas. Como algunos legisladores nacionales, también el legislador europeo permite la limitación de un derecho fundamental, como la libertad de opinión; sin embargo como medida de balance introduce una cláusula de peligro. Según el apartado 2, del artículo 1, «los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes».

Por lo tanto, por un lado la Unión Europea establece un confín por la responsabilidad penal; por otro lado los Estados tienen una autonomía. En consecuencia se podrán crear sistemas de tutela paralelos y diferentes.

Además, la decisión marco prevé que los crímenes sean los del Estatuto de la Corte penal internacional o de la Carta del Tribunal de Nuremberg<sup>61</sup>. Pero: ¿quién decide que un hecho histórico cae bajo la definición de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma (art. 1 letra c) ? ¿El

---

droits de l'homme, 2010, numero 81, 119 -140; Mancuso, C., *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, Diritto penale e processo, n. 5, 2009, 645 y ss.

<sup>59</sup> Esta decisión replantea todos los problemas de compatibilidad con el derecho fundamental a la libertad de expresión, tanto en el plano político-criminal como en el plano más estrictamente político. Acerca de las llamadas «obligaciones de criminalización de fuente comunitaria», cfr., para un amplio análisis y referencias ulteriores, Sotis C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milán, 2007.

<sup>60</sup> Acerca del sistema (penal) europeo, cfr. Sotis C., *Il diritto senza codice*, passim.

<sup>61</sup> El apartado 4 del artículo 1 establece: «4. Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un Tribunal internacional».

legislador o el juez? ¿Y cual será la solución a un genocidio que no haya sido definido como tal o que ha sido objeto de un juicio en el que no ha sido calificado como crimen internacional? ¿Por esta única razón no podrá ser considerado como posible objeto de un crimen de negacionismo? En otras palabras, un texto legislativo como la decisión marco puede crear una criminalización selectiva de las negaciones del genocidio porque solo prevé masacres en relación con hechos histórico que hayan sido definidos como tales por un tribunal o un legislador. En fin, esta elección no parece muy adecuada para crear una memoria compartida porque hay mucho espacio para opiniones diferentes en la definición de los hechos históricos.

### 3.3. *Las legislaciones nacionales.*

Después de haber analizado sintéticamente las disposiciones existentes en el nivel internacional (general y regional), es necesario pasar al examen de las normas nacionales que reprimen el negacionismo. No es posible examinarlas todas. Nos limitaremos, por consiguiente, a un único análisis de estas legislaciones que permita identificar sus elementos caracterizados. Los fenómenos negacionistas se manifestaron con un alcance y una medida distinta en los diversos países, que reaccionaron en tiempos y con respuestas diferentes. El país en el cual la producción negacionista parece más alarmante, dejando de lado el caso de Estados Unidos<sup>62</sup>, es Alemania, al cual le siguen Austria y Francia y, en menor medida, Bélgica e Italia<sup>63</sup>. Sobre todo a partir de la década de los noventa, muchos países, aunque no todos, eligieron precisamente el instrumento penal como respuesta para luchar contra dicho fenómeno<sup>64</sup>. Sin embargo, a pesar de esta decisión común que

<sup>62</sup> Baste pensar en el *Centre for Historical Review*.

<sup>63</sup> No podemos aquí ampliar el análisis sobre la «geografía» del negacionismo. Muy interesante sería profundizar el área de Oriente Medio y la actitud negacionista demostrada por los diversos autores palestinos. Sobre estos temas, cfr. Vidal Naquet P., «Qui sont les assassins de la mémoire?», *La Diaspora et l'Etat juif*, Mayo-Junio 1993. Acerca del negacionismo del genocidio cometido en Ruanda en 1994, cfr. Bizimana J.D., *L'Eglise et le génocide au Randa: les Péres blancs et le négationnisme*, París, 2001; acerca de otros casos de negacionismo fuera de Europa, véase, por ejemplo, Kahn R.A., «Who takes the Blame? Scapegoating, Legal responsibility and the prosecution of Holocaust Revisionists in the Federal republic of Germany and Canada», *Glendale Law Review*, 16, 1997, pp. 17 y ss.; Hill L.E., «The trial of Ernst ZÜNDEL. Revisionism and the Law in Canada», *Simon Wiesenthal Center Annual*, vol. 6, 1989, pp. 165 y ss. Sobre las reacciones de las democracias liberales al *hate speech* y a otras formas de propaganda ver Hare I., Weinstein J., (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, New York, 2009.

<sup>64</sup> Normas que reprimen el negacionismo se encuentran también en países como Suecia, República Checa, Eslovaquia, Lituania, Polonia, Rumanía, Nueva Zelanda y Australia. Sin embargo, no todos los Estados europeos decidieron crear un delito específico, como, por ejemplo, Inglaterra e Italia. El último, junto a las disposiciones

constitucionales sobre la libertad de expresión y el principio de no discriminación (arts. 21 y 3 Const.), dispone de numerosos instrumentos normativos para luchar contra los fenómenos racistas. cfr. la ley 962/67 sobre la prevención y represión del crimen de genocidio, así como la ley 654/75 que autoriza la ratificación (efectuada en 1976) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la discriminación racial y penaliza, de acuerdo con su art. 3, letra «a», la difusión de ideas racistas y la instigación a la discriminación racial (esta ley fue modificada a fin satisfacer exigencias de determinación, de manera que en las partes en que recitaba «quien difunde ideas de cualquier manera» e «incita», ahora se lee «quien sostiene públicamente ideas» [«chi propaganda idee»] e «instiga»). La reforma se produjo a través de la ley 85 de 2006. La nueva formulación del art. 3, primer párrafo, de la ley 654/75, es la siguiente: «Salvo que el hecho constituya un delito más grave, incluso a los fines de la aplicación del art. 4 de la Convención [de Nueva York de 1966], será castigado: a) con la reclusión máxima de un año y seis meses o con la multa máxima de 6.000 euros, quien sostenga públicamente ideas basadas en el odio racial o étnico, o bien instigue a cometer o cometa actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos; b) con la reclusión máxima de cuatro años, quien instigue de cualquier modo a cometer o cometa violencia o actos de provocación a la violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos); véase asimismo la ley 223 de 1990 que prohíbe la difusión de publicaciones que puedan generar intolerancia; el decreto ley 122 de 1993 que establece «Medidas urgentes en materia de discriminación racial, étnica y religiosa» y, finalmente, el «Texto Unico de las disposiciones concernientes a la regulación de la inmigración y las normas sobre la condición del extranjero» (decreto ley n° 286 del 25-07-98), que en su art. 43 define a la discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales y religiosos. Cfr. al respecto De Francesco-Corso-Nosengo, «Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa», *Legislazione Penale*, 1994, p. 174; Stortoni L., «Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?», *Critica del Diritto*, 1994, pp. 14 y ss.; Moccia S., *La perenne emergenza*, cit., pp. 69-83; Ungari P., «La legislazione antirazzista italiana nel diritto comparato europeo», *Diritti Umani. Cronache e battaglie*, 1996, pp. 20 y ss.; Ungari-Pietrosanti-Malintoppi (dir.), *Razzismo, xenofobia, antisemitismo, intolleranza e diritti dell'uomo*, Roma, 1996. Más en general, acerca de los delitos de opinión, cfr. Fiore, C., *Ireati di opinione*, Padova, 1972; Padovani T., «Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I libro II v.p.», *Riv. it. dir. prov. pen.*, 1982, p. 39. Se señala, además, la ya mencionada reforma en Italia, precisamente en cuanto respecta a los delitos de opinión, efectuada con la ley 85 de 2006; acerca de las modificaciones realizadas por el legislador, cfr. Padovani T., «Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato», *Guida al diritto*, n° 14/2006, pp. 23 y ss.. Véase también Insolera G. (dir.), *La legislazione penale compulsiva*, Padua, 2006. cfr. asimismo el proyecto de ley titulado «Normas acerca de la sensibilización y represión de la discriminación racial, la orientación sexual y la identidad de género. Reformas a la ley n° 654 del 13 de octubre de 1975», aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de enero de 2007. En principio, este texto contenía un tipo penal que sancionaba con la pena de reclusión de 3 a 12 años a quien hiciera una apología pública de los crímenes contra la humanidad (acerca de las críticas que efectuaron, en particular, los historiadores, cfr. el diario *La Repubblica*, 23-1-2007, p. 17). La referencia al negacionismo se eliminó y se aumentó la severidad de las normas en perjuicio de quienes fueran responsables de una propaganda sobre la superioridad racial y de quienes cometieran o incitaran a cometer actos discriminatorios. En efecto, el proyecto de ley establece que se sancione con una pena máxima de tres años a quien difunda ideas sobre la superioridad racial y prevé una pena de 6 meses a 4 años para quien cometa o incite a cometer actos discriminatorios por motivos raciales, étnicos, nacionales, religiosos o cumplidos a causa de la orientación sexual personal o de la identidad de género. So-

expresa una exigencia punitiva, existen diferencias significativas en cuanto respecta a las conductas punibles, el objeto de la negación y la identificación del bien jurídico protegido.

Respecto del primer aspecto, se puede constatar que el negacionismo está previsto como delito en la mayoría de los países europeos<sup>65</sup>. Como ejemplos pueden citarse, además de Alemania<sup>66</sup>, Francia<sup>67</sup>, Bélgica<sup>68</sup>, Austria<sup>69</sup>, Portugal<sup>70</sup> y Suiza<sup>71</sup>.

bre el debate actual en Italia véase el interesante artículo de Adriano Prospero: Para un análisis basado en una perspectiva constitucional de los límites a la libertad de pensamiento, cfr. Pizzorusso A., «Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali», *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali - Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padua, 2003, pp. 651 y ss.; Caretti P., «Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità nella società multietnica», *ibidem*, pp. 121 y ss. Respecto de algunos casos de negacionismo italiano de izquierda, cfr. Chersi A., *Il caso Faurisson*, Bagnolo, 1982, y Saltea C., *Per il revisionismo storico contro Vidal Naquet*, Génova, 1993. cfr. también Germinarlo F., *Estranei alla democrazia. Negazionismo e antisemitismo nella destra radicale italiana*, Pisa, 2001.

<sup>65</sup> cfr. Kahn, A., *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, Macmillan, 2004; el número especial de la *Revue Trimestrielle des droits de l'homme* dedicado a un análisis comparado de la legislación anti-racismo, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Hommes*, vol. 12, n° 46, abril de 2001. Acerca de los aspectos constitucionales, cfr. Braga G., «La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica», Ainis M. (dir.), *Informazione, potere, libertà*, Turín, 2005, pp. 101 y ss.; Manetti M., «Libertà di pensiero e negazionismo», Ainis M. (dir.), *Informazione, potere, libertà*, cit., pp. 41 y ss.; para un análisis comparado, cfr. la página de Internet: <http://www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/menu.htm>.

<sup>66</sup> Véase el parágrafo 4.1.

<sup>67</sup> Véase el parágrafo 4.3.

<sup>68</sup> El 23 de marzo de 1995, el legislador belga adoptó la «*Loi contre le révisionnisme*», titulada «Para la represión de la negación, la minimización, la justificación o la aprobación del genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la segunda guerra mundial». En su art. 1º, que tipifica el delito de negacionismo, dicha ley establece que será punido todo aquel que, en una de las circunstancias indicadas en el art. 444 v.p. (es decir, públicamente), niegue, minimice groseramente, trate de justificar o apruebe el genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la segunda guerra mundial. El texto fue publicado en el *Moniteur Belge* del 30 de marzo de 1995. cfr. Batselé D., Hanotiau M. y Dourmont O., *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Bruselas, 1992; Batselé D., «Racisme et liberté d'expression. Examen de la législation et de la jurisprudence belges», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, *Numéro spécial. Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, pp. 321 y ss.; Ringelheim F., «Le négationnisme contre la loi», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, pp. 118 y ss.; Blero B., «La répression légale du révisionnisme», *Journal des Tribunaux*, 1996, pp. 333 y ss.; Van Drooghenbroeck S., *La Constitution de la Belgique et l'incitation à la haine*, ; Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *La loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie: Jurisprudence*, SFI, Bruselas, 1999; cfr. también Dumont H. y Tulkens F., «Les activités liberticides et le droit public belge», Dumont H., Mandoux P., Strowel A. y Tulkens F. (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruselas, 2000, pp. 219-318.

<sup>69</sup> El 26 de febrero de 1992, a través de una reforma de la ley constitucional sobre la

interdicción del partido nacionalsocialista (*Bundesverfassungsgesetz vom 6 Februar 1947 über die Behandlung der Nazionalsozialisten*), se tipifica en Austria el delito de negación y/o grave minimización de los genocidios nacionalsocialistas, así como el de apreciación y/o justificación del genocidio o de otros crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis, estableciéndose una pena máxima de diez años, que puede ser duplicada en el caso de que el condenado sea considerado «particularmente peligroso». Las afirmaciones se deben efectuar en público, mientras que las conductas previstas son la negación, la grave minimización, la apreciación o la justificación del genocidio o los otros crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis. cfr. también AA.VV., *Wahrheit*, cit., pp. 218 y ss. y Keller H., «Die Anwendungspraxis», *Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes*, Strategien gegen den Rechtsextremismus. Symposium von 26 november 1993, Innsbruck, 1994, pp. 79 y ss. Justamente en Austria, el 20 de febrero de 2006, David Irving –que admitió su culpabilidad– fue condenado a 3 años de reclusión con suspensión condicional, a causa de algunas clases que dictó en Viena, en 1989, en las que puso en discusión la existencia de las cámaras de gas. En la sentencia se destaca la necesidad de brindar una protección contra los eventuales abusos de la libertad de expresión. Acerca del proceso en Inglaterra contra David Irving, cfr. Guttenplan D., *The Holocaust on Trial: History, Justice and the David Irving Libel*, W.W. Norton & Company, 2001; Lipstadt D.E., *History on Trial: My Day in Court with David Irving*, Nueva York, 2005; Van Pelt R.J., *The Case for Auschwitz: Evidence from the Irving Trial*, Bloomington, 2002.

<sup>70</sup> cfr. el art. 240 v.p., que penaliza la discriminación racial o religiosa : «1. Será penado con la pena de reclusión de uno a ocho años quien: a) fundare o constituyere una organización o realizare cualquier otra actividad de propaganda organizada que incite a la discriminación, al odio, a la violencia racial o religiosa o que la favoreciere; o b) participare de una organización o de una de las actividades descritas en el párrafo anterior o bien las favoreciere, incluso financiándolas; 2. Será penado con la reclusión de 6 meses a cinco años quien, en una reunión pública, a través de un escrito destinado a la divulgación o de cualquier otro medio de comunicación social, con la intención de incitar a la discriminación racial o religiosa, o de favorecerla: a) provocare actos de violencia contra una persona o un grupo de personas a causa de su raza, color, origen étnico o nacional o de su religión; o b) difamare o injuriare a una persona o grupo de personas a causa de su raza, color, origen étnico o nacional o de su religión, en particular mediante la negación de crímenes de guerra, contra la paz o la humanidad» (la cursiva es nuestra).

<sup>71</sup> El nuevo artículo 261 bis del Código Penal suizo, incorporado a través de la ley del 18 de junio de 1995, penaliza a quien, a través de la palabra, la escritura, las imágenes, los gestos, otras vías de hecho o cualquier otra modalidad, hubiere minimizado o discriminado públicamente, de un modo que atente contra la dignidad humana de una persona o de un grupo de personas, en virtud de la pertenencia étnica, racial o religiosa o que, por la misma razón, «*niera, minimisera grossièrement ou cherchera a justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité*». El legislador suizo construye este delito como atentado a la paz pública y a la dignidad humana y atribuye un rol central a su motivación, que será valorada por el juez en base a todos los elementos considerados pertinentes, teniendo en cuenta el contexto y los antecedentes del autor. A diferencia de otros países (como Francia, Bélgica y Austria), Suiza prefirió no hacer referencia al régimen nacionalsocialista y tener en cuenta todos los crímenes contra la humanidad, independientemente de sus autores o de que sean calificados como tales por una jurisdicción nacional o internacional. Esto implica que el juez deberá calificar los hechos imputados en base a los principios de derecho internacional penal, sin limitarse a juzgar eventos de la historia oficial tal como fueran interpretados por los tribunales. Respecto de la definición de genocidio, el más grave de los crímenes contra la humanidad, el legislador hace referencia a la específica convención

Algunos países decidieron incorporar este delito directamente en el código penal vigente o en el posterior a una reforma (como en el caso de Alemania, España, Portugal y Suiza), mientras que otros lo incorporaron en una ley *extra codicem* aprobada para ello (como Bélgica) o ya existente (como Francia y Austria).

Con respecto al segundo aspecto, o sea la no uniformidad en la formulación del delito de negacionismo, se pueden identificar diferencias relativas, ante todo, a las *conductas punibles*. Más allá de la heterogeneidad de las respuestas normativas, se observa como algo común el uso frecuente de tres verbos: negar, justificar y minimizar (salvo algunas excepciones, como, por ejemplo, la legislación francesa) para describir al delito de negacionismo. El uso de estos términos precisos permitirá evidenciar que, en realidad, no sólo es posible punir la negación, sino también la justificación o la aprobación, con el riesgo de que se reprima incluso a aquellos que reinterpreten o discutan tales episodios históricos sin negarlos de modo alguno.

*Negar* un acontecimiento implica, fundamentalmente, cuestionar su existencia o pretender simplemente que no tuvo lugar<sup>72</sup>. Se trata, por ejemplo, del caso de los que declaran que el régimen nacionalsocialista no tenía la intención de eliminar al pueblo judío, negando así el genocidio.

*Justificar*: el evento está justificado como respuesta a una masacre anterior o bien, más genéricamente, a un evento o acontecimiento. No se cuestionan las acciones cometidas contra un grupo determinado, sino que se pretende aportar las pruebas de su legitimidad. Se trata, por ejemplo, del caso de una grave masacre que se considera una acción de legítima defensa contra un pueblo o un grupo hostil al gobierno.

*Minimizar*: se relativiza, «es una de las tantas masacres». El legislador se aventura aquí en el delicado terreno de las publicaciones científicas que interpretan, a veces relativizando gratuitamente, la magnitud de un crimen contra la humanidad y/o que cuestionan su carácter monstruoso y violento. Se trata, por ejemplo, del caso de los que describen como un detalle de la historia el episodio de las cámaras de gas.

---

para la prevención y represión de ese crimen, adoptada por las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. cfr., por todos, Guyaz A. *L'incrimination de la discrimination raciale*, Berna, 1997. Y también Niggli M.A., *Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu art. 261 bis StGB und art. 171c MStG*, Zürich, 1996; Kunz K.L., «Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung», *Rivista Penale Svizzera*, 2, 1998, pp. 223 y ss.

<sup>72</sup> cfr. Beisel D., «Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge-Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen 130 StGB», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 1000; Platzgummer W., «Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich», *Österreichische Juristen Zeitung*, 1994, p. 162.

Por otro lado, puede variar el *objeto* de la conducta negacionista: algunos ordenamientos limitan la protección solamente a la negación del Holocausto (como en Francia, Alemania y Bélgica), mientras que otros la extienden a todos los genocidios (como en España antes de su declaración como inconstitucional, Suiza y Portugal).

Diferencias significativas se observan también con respecto a la consideración de cuál es el bien jurídico protegido, que resulta identificado, por ejemplo, con la paz pública (como en Alemania) o con el orden público o la dignidad humana (como en Francia).

Otro elemento típico común de estas hipótesis de delito es el carácter público de la conducta.

De acuerdo con los ordenamientos, la técnica para delimitar ulteriormente su ámbito de aplicación puede variar, recurriéndose, por ejemplo, al requisito de la capacidad para turbar la paz pública (código alemán) o haciéndose referencia a la definición de crímenes contra la humanidad prevista en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y al hecho de que tales crímenes hayan sido juzgados por un tribunal nacional o internacional (código penal francés).

#### 4. Los negacionistas a juicio. Análisis de tres casos paradigmáticos.

Que las normas analizadas en los párrafos anteriores no sólo sean derecho positivo vigente, sino también aplicado, lo demuestran los pronunciamientos de Tribunales nacionales, Cortes constitucionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>73</sup>. Se ha preferido analizar tres

---

<sup>73</sup> Al respecto de sentencias de Cortes Constitucionales cfr. *Tribunal Constitucional*, STC, November 7, 2007, n. 235, cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152-2000; la sentencia alemana, BundesVerfassungsgericht, 13 de Abril 1994, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994; y la de Cour de Arbitrage de Belgica del 12 de Julio 1996. Fuera del contexto europeo se señala, ante todo, la sentencia de la Corte Suprema canadiense en el caso «Zündel». Esta decisión expresa una posición «minoritaria» —tal como veremos— favorable a la libre manifestación del pensamiento y declara inconstitucional, por considerarlo contrario al art. 2, letra «b», de la Carta de los derechos y las libertades de 1982, al art. 181 v.p. que establecía: «será culpable de un delito y susceptible de una pena de hasta dos años quien publicare voluntariamente una declaración, una historia o una noticia a sabiendas de su falsedad y que causare, o fuere capaz de causar, un atentado o un daño contra un interés público». Al respecto véase también el caso brasileño «Ellwanger» y el comentario de Rocha de Assis Moura M.T., Zilli Coelho M. y Montecoraonrado Ghidalevich F.G., *Jurisprudencia latino americana sobre direito penal internacional. Relatório Brasil*, Ambos K., Malarino E. y Elsner G. (dir.), *Jurisprudencia nacional y crímenes internacionales*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2008, 95. cfr. en fin la sentencia de la Corte constitucional sudafricana en el caso «Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority et al.» del 11 de abril de 2002.

casos de la numerosa jurisprudencia sobre el tema del negacionismo. Las razones metodológicas que guiaron esta selección son dos. En primer lugar, los tres casos evocan las ambigüedades implicadas en el tratamiento jurídico de la memoria. En segundo lugar, los casos elegidos constituyen los «antecedentes» que a menudo encontramos citados en la jurisprudencia sobre la «memoria del pasado».

#### *4.1 La distinción entre «manifestación de una opinión» y «afirmación de un hecho». La sentencia del Bundesverfassungsgericht.*

Entre los casos paradigmáticos de las cuestiones que acompañan a la decisión de reprimir el negacionismo hemos escogido el pronunciamiento del *Bundesverfassungsgericht* (BVG) del 13 de abril de 1994. A pesar de que sea anterior a la incorporación de la norma que establece el tipo penal, previsto ahora en el § 130, párr. 3, StGB, este pronunciamiento señala la complejidad y los problemas de la temática en examen. En esta decisión, el Tribunal federal constitucional alemán declara compatible la punición de estas afirmaciones con el derecho fundamental a la libre manifestación del pensamiento<sup>74</sup>. En nuestro caso en particular, las autoridades administrativas competentes habían dispuesto medidas limitativas de la libertad de expresión en la oportunidad de una reunión organizada por el Partido nacionaldemocrático alemán, en la que debía participar el negacionista David Irving y, por tanto, era previsible que se negara allí el exterminio de los judíos<sup>75</sup>.

Alemania cuenta desde entonces con un tipo penal *ad hoc* para reprimir «la mentira de Auschwitz». Este delito fue incorporado con la ley del 28 de octubre de 1994 («*Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze*»)<sup>76</sup>, a través de la cual se creó el de-

<sup>74</sup> cfr. «BVerfG, 13 april 1994», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 1779.

<sup>75</sup> Citando algunas decisiones de los Tribunales ordinarios, las autoridades administrativas interpretaron la negación del genocidio hebraico como una injuria contra este grupo.

<sup>76</sup> La ley del 28 de octubre efectuó modificaciones relevantes al § 130 StGB (*Volksverhetzung*), disposición que ahora representa la norma general contra la discriminación racial, incluyendo también a la prohibición de escritos que inciten al odio racial, que antes estaba prevista en el § 131 StGB. Para un comentario cfr. *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Auflage* (Berlín: De Gruyter, 2009), 445–513; sobre el § 130, cfr. Partsch K.J., «Neue Massnahmen zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhass – Bessere Durchführung der internationalen Verpflichtungen Deutschlands», *EuGRZ*, 1994, pp. 433 y ss.; Dreher-Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 130, p. 18; König-Seitz, *Neue Strafrecht Zeitschrift*, 1995, p. 1. Acerca del negacionismo como delito, cfr. Werle G. y Wandres T., *Auschwitz vor Gericht: Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz: mit einer Dokumentation des Auschwitz-Urteils*, Múnaco, 1995; Wandres T., *Die Strafbarkeit des*

lito denominado «Auschwitzlüge». Literalmente este término significa la «mentira de Auschwitz». Sin embargo, a fin de evitar una confusión política y conceptual, es preferible utilizar la fórmula «negación del Holocausto», que incluye todas las afirmaciones negacionistas referidas también a otros campos de exterminio y a otros crímenes nazis<sup>77</sup>.

---

*Auschwitz-Leugnens*, Berlin, 2000; Kühl, «Auschwitz-Leugnens als strafbare Volksverhetzung?», Bernsmann-Ulsenheimer (dir.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, 2003, pp. 103 y ss.; Beisel D., *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge*, cit., pp. 997 y ss.; Dahs H., «Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.94 – ein Produkt des Superwahljahres», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 553 y ss.; Dietz S., «Die Lüge von der 'Auschwitzlüge'. Wie weit reicht das Recht auf freie Meinungsäußerung?», *Kritische Justiz*, 1995, pp. 210 y ss.; Vogelsang K., «Die Neuregelung zur sogenannten 'Auschwitzlüge' – Beitrag zur Bewältigung der Vergangenheit oder 'widerliche Aufrechnung'?, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, pp. 2386 y ss.; Jung H., «Strafrechtliche Maßnahmen gegen die „Auschwitz-Lüge»», *JuS*, 1986, p. 80; Werle G., «Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 2530; Wehiger M., *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung der strafrechtlicher Schutz von Bevölkerungsgruppen durch die 185 ff. und 130 StGB*, Baden Baden, 1994; Jahn, Joachim: *Strafrechtliche Mittel gegen Rechtsextremismus: die Änderungen der §§ 130 und 86a StGB als Reaktion auf fremdenfeindliche Gewalt im Lichte der Geschichte des politischen Strafrechts in Deutschland*, Frankfurt a.M., 1998; Giles G. J., «Blind in the Right Eye: German Justice and Holocaust Denial», *Lessons and Legacies III: Memory, Memorialization and Denial*, Northwestern University Press, 1999, pp. 248 y ss.; Stegbauer A., «Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten», *NStZ*, 2005, p. 677; Schönke/Schröder - Lenckner/Sternberg-Lieben, *Strafgesetzbuch, StGB*, 27. Auflage, 2006, § 130; Günter Bertram, «Kollateralschäden einer 'wehrhaften Demokratie'?, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 2967; Böhm M., «Verteidigerfremdes Verhalten - Neue Wege zur Ausschließung lästiger Strafverteidiger?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006 Heft 33, 2371; Soehring J.-Seelmann-Eggebert S., «Die Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts in den Jahren 2000 bis 2004», *NJW*, 2005, p. 571; Hochhuth. M., «Schatten über der Meinungsfreiheit- den „Babycaust» - Beschluss des BVerfG», *NJW*, 2007, Heft 4, 192. Desde el punto de vista histórico, cfr. Bailer, Galanda, Benz y Neugebauer, *Wahrheit und Auschwitzlüge*, cit., en particular las pp. 237-251; Tiedemann M., *In Auschwitz wurde niemand vergast*, Verlag an der Ruhe, 1996; Bastian T., *Auschwitz und Auschwitzlüge*, Múnaco, 1997; Lipstadt D., *Denying the Holocaust*, Nueva York, 1993.

<sup>77</sup> Antes de esta reforma, los delitos utilizados para enfrentar los casos de negacionismo eran, por ejemplo, la instigación al odio racial o la injuria (130, 185, 189 y 194 StGB). Por lo tanto, quien expresaba públicamente tales opiniones cometía, de acuerdo con el caso, el delito de injuria (185, 194, inv. 1, 2º párr., StGB), el de ofensa a la memoria de los difuntos (189 StGB) o el de instigación al odio racial (130 StGB). Sin embargo, el derecho por entonces vigente no resultaba adecuado para penalizar las múltiples formas de manifestación de la actividad negacionista. El 130 StGB, ubicado entre los delitos contra el orden público, protegía a la paz pública a través de la previsión de algunas agresiones específicas contra la dignidad humana, que debían realizarse de las formas previstas por la norma, lo cual no siempre sucedía en las hipótesis de negación o minimización del Holocausto. Según la doctrina alemana, se trataba de una «Kumulation von Schutzgütern»; el bien protegido era, de hecho, la paz pública, pero previéndose como consecuencia la agresión de la dignidad humana, se protegía también a este bien. cfr., por todos, Rudolphi-Horn-Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, B. II, Metzner Verlag, 1991, p. 50.

Se llegó entonces a la creación de un tipo penal *ad hoc* sobre el negacionismo, un fenómeno alarmante en el cual «el destino de los judíos durante el régimen nacionalsocialista era presentado como una invención y su afirmación se ligaba al motivo de la mentira»<sup>78</sup>. El § 130, párrafo 3, StGB<sup>79</sup>, sanciona a «quien, públicamente o en una reunión, aprobar (billigt), negare (leugnet) o minimizare (verarmlost) las acciones contempladas en el § 220 StGB (que sanciona el genocidio), de manera idónea para turbar la paz pública»<sup>80</sup>. El objeto de estas afirmaciones son únicamente los actos de genocidio cometidos por el régimen nacionalsocialista. Ellas deberán efectuarse públicamente y de manera idónea para turbar la paz pública<sup>81</sup>, entendiéndose por ésta tanto el estado de seguridad pública, como a la sensación de seguridad en la población, que son susceptibles de ser turbados por tales conductas<sup>82</sup>. El juicio sobre la idoneidad de la acción deberá tener en cuenta el contenido de las afirmaciones, el modo y las circunstancias en que se manifiesten y todos los elementos presentes en cada caso en concreto. El requisito de la idoneidad, que parecería delimitar el área de lo que es punible, resulta en realidad anulado por el requisito de la perturbación de la paz pública. Para nosotros, incorporando la cláusula (de peligro) de la perturbación de la paz pública, el legislador alemán no parece alejar el riesgo de la persecución penal de opiniones. Esto parece encontrar una confirmación más precisa en el hecho de que el § 220 StGB no regula el genocidio solamente como crimen estatal, sino también como crimen individual contra otros individuos en razón de su pertenencia a un grupo, de manera que el ámbito de aplicación de la norma en examen se extiende mayormente y el único requisito para limitar su aplicación resultaría ser la idoneidad.

<sup>78</sup> En estos términos se pronuncia el BGH, 16-1-1993, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 140.

<sup>79</sup> El concepto de «Auschwitzlüge» apareció en 1973 como título de una *brochure* del alemán neonazi Andersen sobre la mentira de las cámaras de gas. Sus precursores fueron dos franceses, Paul Rassinier y Robert Faurisson.

<sup>80</sup> § 130 StGB, 3º párrafo: «[...] wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in 220 a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost».

<sup>81</sup> La paz pública, mencionada en numerosas disposiciones del *Strafgesetzbuch* (arts.126, 130, 140 y 166), es definida como una situación en la cual los ciudadanos tienen la sensación de que sus intereses legítimos, garantizados por el orden jurídico, están y estarán protegidos. Esta concepción subjetiva de la paz pública alude al sentimiento de seguridad pública de los ciudadanos. Otra concepción es la objetiva, que considera a la paz pública como una situación justamente objetiva, caracterizada por la ausencia de violencia entre las diferentes clases. Después de diversos años de discusión, la jurisprudencia y la doctrina optaron por la concepción llamada «dualista», que admite que la paz pública puede ser puesta en peligro tanto por una amenaza hacia un estado efectivo de seguridad, como por una amenaza hacia el sentimiento de seguridad.

<sup>82</sup> Acerca de la referencia a la paz pública y los respectivos elementos de la tranquilidad y la seguridad, cfr. De Vero G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milán, 1988, pp. 41 y ss.

Por un lado, entonces, el legislador extiende el sentido científico de la noción de negacionismo, contemplando a la negación, la minimización —cuantitativa y cualitativa<sup>83</sup>—, pero también a la aprobación, con el peligro de que se sancione a los historiadores de la corriente revisionista justificacionista; por otro lado, reduce el área posible de aplicación de la norma, estableciendo que el negacionismo se refiere solamente a los crímenes cometidos por el régimen nacionalsocialista<sup>84</sup>. De esta manera, leyendo el dato normativo parece que las afirmaciones negacionistas puedan referirse únicamente a los acontecimientos que tuvieron lugar durante ese periodo histórico; por consiguiente, no se reprime el negacionismo en cuanto negación manifiesta y general de genocidios u otros crímenes contra la humanidad, sino que se reduce su complejidad y su posible ámbito de extensión, circunscribiéndolo e identificándolo sólo con la negación del Holocausto.

No podemos recorrer aquí todo el razonamiento efectuado por el BVG, pero nos urge destacar que la conclusión de la Corte en sentido favorable a la limitación de la libertad de pensamiento se centra en una dicotomía que vale la pena examinar: en efecto, el BVG distingue entre *manifestación de una opinión* y *afirmación de un hecho*. Tanto la *opinión*, definida en los términos de una relación subjetiva entre el individuo y el contenido de su afirmación, como el *hecho*, en el que subsiste una relación objetiva entre la afirmación y la realidad, estarían protegidos por el art. 5 de la Carta fundamental alemana, que garantiza la libertad de expresión<sup>85</sup>. Las afirmaciones negacionistas deberían ubicarse en la segunda categoría de las «afirmaciones de un hecho» (*Tatsachenbehauptungen*). Sin embargo, los jueces precisan que éstas no están protegidas por dicha disposición cuando se fundan en la mentira (como en este caso en el que la falsedad está ampliamente demostrada)<sup>86</sup>, no constituyen un presupuesto para la formación de una opinión y son gravemente lesivas de los derechos de la personalidad. Por lo tanto, la libertad de expresión no está protegida de manera absoluta y, además, la protección de las afirmaciones de un hecho depende —tal como se dijo— de la veracidad de éstas y de su contribución para la formación de una opinión sobre estos hechos. Sólo en los casos en que la distinción entre manifestación de una

<sup>83</sup> Por ejemplo, la minimización que reduce el número de judíos es cuantitativa, mientras que la que afirma que el genocidio cometido por los nazis no fue, después de todo, algo tan terrible, es cualitativa.

<sup>84</sup> Diferente es lo previsto en el § 194 StGB.

<sup>85</sup> La distinción entre hecho y opinión fue utilizada también por la Casación italiana en una sentencia de 1989 concerniente al derecho a la información, donde dicho tribunal se pronunció sobre la diferencia entre expresiones del pensamiento y narraciones de hechos. cfr. Corte di Cassazione, n° 5259, 18-10-1984, *Foro italiano*, 1984, I, p. 2711.

<sup>86</sup> Para una posición crítica respecto a la orientación de la Corte alemana, cfr. Guayaz A., *L'incrimination*, cit., pp. 192 y ss.

opinión y afirmación de un hecho no sea posible o sea demasiado difícil, el comportamiento en cuestión debe considerarse como manifestación de opinión para no limitar considerablemente este derecho fundamental<sup>87</sup>.

La Corte cita a continuación las disposiciones generales que permiten limitar la libertad de expresión y destaca la importancia del balance con los otros bienes jurídicos en juego, o bien, en este caso en concreto, con la protección de la personalidad<sup>88</sup>. Por consiguiente, sancionar el negacionismo es constitucionalmente legítimo en cuanto éste atenta contra la personalidad, bien supremo que puede limitar la libertad de expresión.

La Corte constitucional, ante la ausencia de una norma específica sobre el negacionismo (hasta ese momento no se la había incorporado), sostuvo que estas afirmaciones pueden ser sancionadas por la norma más general sobre la injuria (§ 185 del código penal alemán), junto al § 194, párrafo 2, por considerárselas ofensivas de los derechos de la personalidad.

Por lo tanto, la sentencia comentada, además de distinguir entre *hecho* y *opinión*, admite la protección, en los términos del art. 5 GG, únicamente de las opiniones *verdaderas*, mostrando de este modo el difícil camino tomado por el juez. Ello podría acarrear el riesgo de restringir excesivamente la libertad de expresión, aún más si se considera que la verdad objetiva del hecho que se quiere afirmar deviene el parámetro para decidir si nos encontramos ante una opinión que puede encuadrarse en la garantía constitucional del art. 5 GG. ¿No es peligroso aceptar como criterio central en la decisión el de la comprobación de la verdad objetiva? En dicho pronunciamiento, la Corte parece obviar las dificultades de la comprobación de la verdad, de los confines entre verdad histórica y verdad legal, tarea que indudablemente es ajena a las del juez.

#### 4.2. *La Historia que deviene cosa juzgada: el Holocausto como «hecho históricamente establecido». El caso Garaudy.*

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta particularmente interesante a los fines de identificar cuestiones centrales en el ámbito de la reflexión sobre el delito de negacionismo, tales como las hipótesis en las cuales se admite una limitación de la libertad de expresión<sup>89</sup>, que está protegida por el art. 10 CEDH. En particular, vale la

<sup>87</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 61, 1 (9); 85, 1 (15 ss.).

<sup>88</sup> cfr. Schulze Fielitz, «Anmerkung», *Juristenzeitung*, 1994, 92. El principio de ponderación equivale al principio que en Italia se llama de balance, el cual se aplica en base al criterio de sensatez.

<sup>89</sup> Además de la decisión que aquí se comenta, cfr. las sentencias *Pierre Marais v. Francia* y *Lehidoux Isorni v. Francia*. La última constituye un precedente importante,

pena analizar una sentencia, incluso porque expresa un criterio del Tribunal europeo a menudo retomado en otras decisiones. Se alude a la sentencia *Garaudy v. Francia*<sup>90</sup>, en la que el Tribunal declara improcedente la petición efectuada por el recurrente, admitiendo una limitación de la libre manifestación del pensamiento. El caso se originó con la condena de Roger Garaudy por «*contestation des crimes contre l'humanité*», «*diffamation publique raciale*» y «*provocation à la haine raciale*», a causa de haber publicado un libro acerca de «Los mitos fundadores de la política israelita».

No es posible sintetizar o analizar todos los aspectos afrontados en la resolución. Lo que nos urge evidenciar no es tanto la decisión del Tribunal, sino algunos aspectos que caracterizan el hilo de la argumentación del Tribunal mismo en dicho pronunciamiento. Estos aspectos parecen particularmente significativos porque dan cuenta no sólo de las problemáticas ligadas a la represión del negacionismo, sino también, y sobre todo, a la decisión de considerar al derecho y al proceso penal como instrumentos de respuesta. Frente a las afirmaciones cuestionadas, el Tribunal efectúa una distinción que vale la pena recordar, pues su importancia excede el caso en concreto, incluso porque se la cita como antecedente en otras sentencias sobre el negacionismo. Los jueces distinguen entre «una categoría de *hechos históricos claramente establecidos*» —como el Holocausto<sup>91</sup>— y una categoría de hechos respecto de los cuales «*todavía está vigente un debate entre los historiadores* acerca de cómo se produjeron y cómo se los puede interpretar»<sup>92</sup>.

Por consiguiente, en esta decisión el Tribunal europeo examina el problema de los límites del debate histórico sobre los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial y, si bien considera necesario para cualquier país el debate abierto y sereno sobre la propia historia<sup>93</sup>, afirma que la garantía del art. 10 CEDH no se aplica a favor del discurso revisionis-

---

a menudo citado en otras sentencias. Se refiere a la publicación de un artículo en el diario francés *Le Monde* de un texto que sintetiza (y presenta de manera positiva) las etapas principales de la vida pública del mariscal Philippe Pétain (condenado a muerte —como es notorio— el 15 de agosto de 1945 por haber colaborado con Alemania). Los dos recurrentes (*Lehideux e Isorni v. Francia*) fueron condenados por la jurisdicción nacional por «*apologie des crimes*», en los términos del art. 24, párrafo 3º, de la ley sobre la libertad de prensa del 29 de julio de 1881. El Tribunal llegará a la conclusión de que Francia violó el art. 10 CEDH.

<sup>90</sup> Cohen Jonathan G., «L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue universelle des droits de l'homme*, 1999, pp. 366 y ss.

<sup>91</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lehideux et Isorni v. Francia*, 23-9-1998, párr. 53 y 47; *Garaudy v. Francia*, 24-6-2003, párr. 28.

<sup>92</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lehideux et Isorni v. Francia*, 23-9-1998, párr. 47.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párr. 55.

ta o negacionista de la existencia del holocausto. De acuerdo con tal interpretación, corresponde al Tribunal evaluar, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, el método utilizado y el contenido de las afirmaciones, si ciertos «hechos históricos» deben ser discutidos nuevamente o no<sup>94</sup>. Basándose en este razonamiento, el Tribunal declara improcedente la petición del recurrente, considerando que el libro publicado por *Garaudy* tenía el objetivo de volver a discutir el Holocausto, dado que propugnaba tesis negacionistas<sup>95</sup>. Su finalidad —según el Tribunal— no sería entonces la búsqueda de una verdad, sino una falsificación consistente en reivindicar el régimen nacionalsocialista y, en consecuencia, acusar de falsificación histórica a las víctimas mismas de este régimen<sup>96</sup>. Afirmaciones de este tipo, según el Tribunal, «ponen en discusión los valores que fundan la lucha contra el racismo y el antisemitismo, y turban gravemente el orden público. Ofendiendo los derechos ajenos, este tipo de comportamiento es incompatible con la democracia y los derechos humanos, siendo que sus autores persiguen objetivos tales como los prohibidos por el art. 17 CEDH»<sup>97</sup>. Por esta razón, dichas afirmaciones no están protegidas por la garantía del art. 10 CEDH y son incompatibles con los valores fundamentales de la Convención, tales como los expresados en el Preámbulo, o sea la justicia y la paz<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Así, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Garaudy v. Francia*, 24-6-2003, párr. 26, citando, además, la sentencia *Lehideux et Isorni v. Francia*, 23-9-1998, párr. 53.

<sup>95</sup> En esta sentencia, el Tribunal utilizó expresamente, por primera vez, el art. 17 CEDH. Así Tulkens F., *Liberté d'expression et racisme*, cit., p. 6.

<sup>96</sup> Así, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Garaudy v. Francia*, 24-6-2003, párr. 29. La tendencia del Tribunal a condenar los abusos de la libertad de expresión y, en particular, las tesis negacionistas, es confirmada también en la sentencia *Remer v. Allemagne*, 6-9-1995 (n° 25096/94, D.R. 82-a, p. 117); *Pierre Marais v. France* (n° 31159/96, D.R., 86-A, p. 184); *DI v. Allemagne*, 26-6-1996; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*, 29-11-1995 (n° 25992/94, D.R. 84-A, p. 149).

<sup>97</sup> Así, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Garaudy v. Francia*, 24-6-2003, párr. 29. Por lo tanto, las afirmaciones contra los valores de la Convención, en el sentido del art. 17 CEDH, no están protegidas por el art. 10, que protege la libre manifestación del pensamiento. Así también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Seurot v. Francia*, cit.

<sup>98</sup> Así, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Garaudy v. Francia*, 24-6-2003, párr. 29. Ya en la decisión *Pierre Marais v. Francia*, el Tribunal había precisado que algunas disposiciones, como la ley francesa de 1881 sobre la libertad de prensa, protegen la paz y no constituyen una censura abusiva. En particular, haciendo referencia a una supuesta violación del art. 6 CEDH, en este caso la Comisión afirmó que no es contrario al principio de «igualdad de armas» el comportamiento del juez que se niega a autorizar las pruebas de una hipótesis de hecho contraria a una verdad histórica consolidada, la cual resulta como tal difamatoria. cfr. el caso *Marais v. Francia*, cit., párr. 191. En el mismo sentido, cfr. la sentencia *Remer v. Alemania*, 6-9-1995, en la cual, frente a un caso de negacionismo, el Tribunal considera aplicable el art. 130 StGB, párrafo 1°, en cuanto esta norma se encamina a mantener la paz en el seno de la población alemana. Ghnassia M., «Incompatibilité des théories négationnistes avec la démocratie et les droits de l'homme, valeurs fondamentales de la CEDH», *Légipresse*, 2003, n° 207, 181-187; Roets D., «Épilogue européen dans l'affaire *Garaudy*: les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme», *Le Dalloz*, 2004, n° 4, pp. 239-251. cfr. también lo afirmado en el caso *Handyside*.

### 4.3. *El proceso a la Historia: «el método correcto». El caso Theil.*

Parece interesante mencionar otra sentencia pronunciada por un tribunal nacional, o sea la sentencia del Tribunal de Lyon del 3 de enero de 2006<sup>99</sup>. Tampoco en este caso analizaremos en profundidad la decisión, sino que nos limitaremos a evidenciar un aspecto particularmente interesante para una reflexión sobre el negacionismo como delito.

De todas formas, algunas aclaraciones acerca del contexto parecen necesarias. Ante todo, es necesario recordar que en Francia el fenómeno negacionista se manifestó de manera muy relevante<sup>100</sup>. En segundo lugar, se destaca que, así como el legislador alemán, el legislador francés —tal como se anticipó— incorporó en 1990 el tipo penal de negacionismo en la ley sobre la libertad de prensa de 1881<sup>101</sup>, permitiendo de este modo que se repriman los abusos de la libertad de expresión. El art. 24 bis dispone: «*Seront punis (...) ceux qui auront contesté l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du Tribunal militaire international annexe à l'Accorde de Londres du 8 août 1945 et qui ont été*

---

<sup>99</sup> Acerca de otras decisiones sobre el negacionismo, cfr. las sentencias del Tribunal de grande instance (10-1-1994) y de la *Cour d'Appel* de París (8-6-1994); caso *Guionnet*, Cassation criminelle, 23-2-1993, *Bulletin criminel*, 1993, n.º 86, p. 208; Cour de Cassation, 17-6-1997, *Recueil Dalloz*, 1998, Jur., pp. 40 y ss.; caso *Faurisson*, G.P., 1991, pp. 452 y ss. y los casos citados en el estudio de Cohen Jonathan G., *Négationnisme*, cit., pp. 589 y ss. Asimismo, cfr. el caso *Garaudy*, Tribunal correctionnel de París, 27-2-1998. Sobre el proceso de apelación en este caso, cfr. *Le Monde*, 16-10-1998 y *Le Figaro*, 15-10-1998 y 4-11-1998. A propósito del debate sobre la Ley Gayssot, considerada como una ley liberticida, cfr. *Le Figaro*, 17 y 18 de enero de 1998 y *Le Monde* 18 y 19 de enero de 1998. Sobre el caso *Garaudy*, cfr. Taguieff P.A., «L'abbé Pierre et Roger Garaudy, Négationnisme, antijudaïsme, antisémitisme», *Esprit*, agosto-septiembre de 1996. Acerca del apoyo que algunos intelectuales y políticos árabes le brindaron a Garaudy, cfr. *Le Monde*, 1 y 2 marzo de 1998.

<sup>100</sup> Sobre los negacionistas franceses, Vidal Naquet P., *Les assassins de la mémoire*, cit.; . En lo que concierne al Front National y al negacionismo, cfr. Igounet V., «Un négationnisme stratégique», *Le Monde Diplomatique*, mayo de 1998, p. 17.

<sup>101</sup> La ley mencionada prevé y reprime la instigación pública a la discriminación, al odio o a la violencia (art. 24, párrafo 6, modificado por la ley del 1º de julio de 1972), la difamación (art. 32, párrafo 2) y la injuria (art. 33, párrafo 3) en razón del origen o de la pertenencia a una etnia, raza o religión determinada. El artículo 24, párrafo 3, prevé - según la reforma de la ley 87-1157 del 31 de diciembre de 1987- la apología de los crímenes contra la humanidad, interpretada por la jurisprudencia como aquellas publicaciones o valoraciones hechas en público que instigan a quienes son sus destinatarios a juzgar favorablemente desde un punto de vista moral o a justificar uno o más crímenes contra la humanidad.

*commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du dis Statut, soit par une personne coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale».*

El tipo penal que reprime el negacionismo (art. 24 bis), titulado «*Contestation des crimes contre l'humanité*», fue creado con la ley n° 90-602 (*Loi Gayssot*<sup>102</sup>). Elemento constitutivo del delito es el carácter público de la negación, de manera que las afirmaciones deben ser efectuadas en público o en voz lo suficientemente alta para que puedan ser comprendidas<sup>103</sup>. Para definir la noción de crímenes contra la humanidad, el legislador francés optó por remitir al artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, entendiendo que esta norma tiene la capacidad de limitar el riesgo de que el juez se transforme en juez de la historia y el tribunal devenga el lugar donde se resuelven cuestiones históricas en vez de cuestiones jurídicas:

<sup>102</sup> La Ley Gayssot del 13 de julio de 1990 lleva el nombre del parlamentario comunista que la propuso. Sobre esta ley, cfr. Beignier B., «De la langue perfide délivre-moi – Réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite loi Gayssot», *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruselas, 1998, p. 497; cfr. también Cohen C., «Le négationnisme: du ressort de l'Histoire ou des Tribunaux?», *Gaz. Pal.*, 25 y 27 de marzo 2001, p. 28; Cammilleri-Subrenat A., «L'incitation à la haine et la Constitution», *RID comp.*, 2002 (2), pp. 513-548; Dreyer E., «Le fondement de la prohibition des discours racistes en France», *Légipresse*, 2003, II, p. 19; Feldman J.P., «Peut-on dire n'importe quoi sur la Shoah?», *RID comp.*, 1998, p. 229; Feldman P., «Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17e chambre du Tribunal de grande instance de Paris», *Dalloz*, 1999, chron., 8; de Gouttes R., «À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste», *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, cit., p. 497; Troper M., «Droit et négationnisme. La Loi Gayssot et la Constitution», *Annales*, Hss, noviembre-diciembre 1999, p. 1239; Korman C., «Le délit de diffusion d'idées racistes», *Juris Classeur Pénal* 1989, I, p. 3404; Korman C., *La lutte contre le négationnisme, bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990*, Actes du colloque du 5 juillet 2002 à la Cour d'appel de Paris, *Dov. fr.*, 2003; Lévinet M., «La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme, obs. ss la décision du 24 juin 2003, Garaudy c/ France», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, p. 653; Massias F., «La liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1993, p. 183; Massias F., «Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, n° 46 (número especial); Pech L., «Conflit entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur l'internet: vers une lex americana en matière de lutte contre le discours raciste et négationniste?», *Légipresse*, 2002, II, p. 5; Roumelian O., «Un délit d'opinion au service des droits de l'homme?», *Petites affiches*, 1996, n° 21, p. 10; Schaus, A., «Le délit de presse raciste», *Mélanges P. Lambert*, Bruselas, 2000, p. 735; Tracol X., «L'affaire Faurisson devant le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies», *Légipresse*, 1997, n° 141, II, p. 57; Véron M., *Le renforcement du dispositif répressif contre la discrimination et le racisme. Présentation des lois des 12 et 13 juillet 1990*, *Dr. pénal* 1990, chron. 1; véase también Frangi M., «Les «lois mémorielles»: de l'expression de la volonté générale au législateur historien», *RDP*, n° 1, enero de 2005.

<sup>103</sup> Así, la jurisprudencia francesa, Crim. 17-11-1983, *Bulletin Criminel*, n° 260. .

el juez, en efecto, debe verificar si las afirmaciones revisionistas o negacionistas cuestionan la existencia de crímenes contra la humanidad cuyos autores fueron condenados por una jurisdicción. De esta manera, y limitando el objeto de las conductas punibles a los crímenes contra la humanidad —tal como están definidos en el mencionado art. 6—, el legislador francés buscó circunscribir y limitar el ámbito de aplicación de la norma. Al respecto, es interesante mencionar una sentencia de 1993 en la que la Corte de Apelación de Aix, Provence, afirma que el racismo no constituye una opinión sino un delito, en particular cuando se basa en la negación de crímenes contra la humanidad juzgados por el Tribunal de Nuremberg, cuya sentencia tiene el carácter de cosa juzgada<sup>104</sup>. Finalmente, podemos observar que si bien, por un lado, la referencia al juicio de Nuremberg circunscribe las hipótesis de punibilidad, por otro lado pone otra vez al descubierto las debilidades y las aporías de aquel juicio respecto a la definición actual de crímenes contra la humanidad y, por último, respecto a las nuevas y refinadas formas de negacionismo. Acerca de este aspecto, podemos recordar la hipótesis que se concretó en 1994 tras la publicación de un artículo de Guionnet en la revista «*Revision*». El autor negacionista afirmaba, con el fin de minimizar el genocidio, que en Auschwitz murieron sólo 125.000 personas. El *Tribunal de Grande Instance* de París consideró que el caso de Guionnet no se encuadraba en el delito de negación de crímenes contra la humanidad, basándose en el hecho de que en el momento del juicio de Nuremberg todavía no se habían indicado las cifras de los muertos en Auschwitz<sup>105</sup>.

Para no restringir excesivamente la libertad de opinión, se sanciona únicamente la negación de los crímenes contra la humanidad cometidos durante la segunda guerra mundial, excluyéndose la negación de otros genocidios. Al respecto, es interesante recordar el caso suscitado por las afirmaciones del historiador Bernard Lewis, el cual, habiendo negado la existencia del genocidio armenio<sup>106</sup>, fue acusado de negación de crímenes contra la humanidad (art. 24 bis), pero el *Tribunal correctionnel* de París consideró que la negación del genocidio de los armenios no encuadra en el campo de aplicación de la *Loi Gayssot*<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Cour d'Appel, Aix-en-Provence, 7-1-1993. De este modo, la cosa juzgada deviene un elemento constitutivo.

<sup>105</sup> cfr. TGI, 24-3-1994. La explicación de la posición prudente del tribunal es el temor de los jueces de convertirse en jueces de la historia.

<sup>106</sup> En 2001 Francia adoptó una ley (la n° 70 del 29-1-2001), titulada «*Loi relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*», que reconoce el genocidio armenio. Al respecto, cfr. *Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères (1) sur la proposition de loi de m. didier migaud et plusieurs de ses collègues (n° 895), relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*, del 28-5-1998. En otoño de 2006 se discutió una ley que habría creado una figura específica para penalizar la negación del genocidio de los armenios. Acerca de este genocidio, cfr. Dadrian V.N., *Histoire du Génocide Arménien*, Stock, 1996 ; Ternon Y., *Les Arméniens*, Seuil, 1996 ; Chaliand G. y Ternon Y., *1915 le génocide des Arméniens*, Éditions Complexe, 2002.

<sup>107</sup> Sobre el caso Lewis (que comenzó con la entrevista en *Le Monde* del 13 de no-

El marco normativo ilustrado no resultó profundamente modificado por la entrada en vigencia (1° de marzo de 1994) del nuevo código penal, que codificó a nivel interno los crímenes contra la humanidad<sup>108</sup>, y fue complementado a través de un decreto del 29 de marzo de 1993 que reprime, al considerarlas una contravención, la difamación y la injuria que no sean públicas pero que tengan carácter racista o discriminatorio (art. R. 624-3 al R. 624-6) y la incitación a la discriminación, al odio o a la violencia racial (art. R. 625-7).

El 3 de enero de 2006 el *Tribunal de Grande Instance* de Lyon condenó a George Theil a seis meses de reclusión y a una multa de 10.000 euros por «*Contestation des crimes contre l'humanité*» (en los términos del art. 24 bis). Durante una entrevista televisiva del 14 de octubre de 2004, Theil había negado la existencia de las cámaras de gas. De esta decisión parece particularmente interesante el paso en el que los jueces se pronuncian sobre la *ratio legis* y el alcance del art. 24 bis de la ley sobre la libertad de prensa, en el ámbito de la que se define, en la misma decisión, como la problemática de la «*querelle des memoires*» o de las «*mémoires abusives*».

Las observaciones de los jueces de Lyon, a nuestro criterio, ponen en evidencia algunos elementos esenciales para comprender cuáles son las exigencias que pueden inducir al legislador a adoptar este tipo de disposiciones. Se citan los trabajos preparatorios en los que se destacaba la necesidad de establecer un delito específico y delimitado para sancionar comportamientos de apología del nazismo y antisemitas. Sin embargo, al mismo tiempo se recuerda la importancia de no transformar a los jueces en guardianes de una verdad histórica oficial. De acuerdo con lo que se afirmaba entonces, esto habría impedido el desarrollo de la investigación histórica de buena fe. Los jueces desprenden indicaciones útiles de la lectura de los trabajos preparatorios acerca del interés protegido, el cual, a su criterio, puede identificarse con la igual dignidad humana de todas las personas sin distinciones de etnia, nación, raza o religión, y sostienen que la protección de este bien requiere luchar contra toda ofensa a la memoria de las víctimas de crímenes contra la humanidad, definidos en el art. 6, letra «c», del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, y que, por último, el art. 24 bis sirve para contrarrestar todas las formas de negación de la memoria que pueden utilizarse normalmente para encubrir el antisemitismo.

---

viembre de 1993 y terminó con la sentencia del 21-6-1995), cfr. *Liberation*, 17 de octubre y 19 de noviembre de 1994; *Le Monde*, 23-6-1995 y *Le Figaro*, 26-6-1995. Recuérdese, además, que la Asamblea Nacional francesa reconoció el genocidio perpetrado contra el pueblo armenio precisamente en mayo de 1998. cfr. *Le Monde*, 19-5-1998.

<sup>108</sup> Los crímenes contra la humanidad fueron incorporados en el código penal francés de 1994, cuya parte especial comienza justamente con tales tipos penales (arts. 211-1 y ss.).

A fin de decidir si las afirmaciones efectuadas por el imputado podían ser sancionadas, los jueces indicaron una serie de criterios. Entre éstos, el decisivo es el del *método correcto* utilizado por el historiador, que permite reprimir abusos de la libertad de expresión. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal europeo, que insiste en la evaluación del contexto, de los fines y del método, antes que del contenido, los jueces consideraron que lo esencial no es tanto analizar el contenido de la tesis defendida por Theil, sino antes bien su método<sup>109</sup>. Para ello, los jueces deberán verificar si el historiador observó un procedimiento *de buena fe*. Y ésta, a su vez, deberá verificarse a través de ciertos criterios, como las fuentes que se utilizaron, el respeto de una cierta jerarquía de las fuentes mismas y el uso de una documentación suficiente.

El Tribunal de Lyon, como se dijo, condenó a George Theil, en los términos del art. 24 bis, en base a estos argumentos, citando, además, tanto la jurisprudencia francesa como la jurisprudencia del Tribunal Europeo que hemos mencionado (en particular, los casos *Lehideux e Isorni v. Francia* y *Garaudy v. Francia*)<sup>110</sup>, así como algunos estudios sobre el negacionismo (sobre todo el trabajo de Papadopoulos, «*Pénalisation du négationnisme et premier Amendement*»<sup>111</sup>).

Este caso muestra, por un lado, la tendencia a sancionar las conductas negacionistas y, por el otro, —y esto es un punto inquietante para el penalista— que el juez no sólo es quien «protege» la verdad histórica, sino también quien define el método del historiador. ¿Pero qué es el método? ¿Qué significa proteger penalmente un método científico y, en este caso en particular, el método histórico? Si el valor que debe protegerse —tal como se indica en los trabajos preparatorios de la *Loi Gayssot*— es la dignidad humana, ¿por qué se insiste tanto en el método antes que en los contenidos de estas afirmaciones? Y aún más: se procesa a la historia, al método histórico, pero ¿es el juez capaz de juzgar el método de la investigación histórica, siendo él un juez y no un historiador?

Por último, esta sentencia contiene una prueba ulterior acerca de algunos elementos constantes del discurso jurídico sobre el negacionismo: ante todo se encuentra la idea de que la existencia de crímenes imprescriptibles —como los crímenes contra la humanidad— exigen un *deber de memoria* y que es necesario proteger a las *víctimas* y devolverles la palabra para que los hechos puedan ser referidos correctamente.

<sup>109</sup> Los jueces retoman aquí un argumento ya utilizado en un caso anterior por la 7 Ch. Correctionnelle de París, el 2-4-1998, y por la Corte de Apelación de París en el caso *Chauvy v Aubrav*.

<sup>110</sup> cfr. párr. 28 y 29 de la decisión.

<sup>111</sup> cfr. párr. 30 de la sentencia.

## 5. La protección penal de la memoria: algunas observaciones

### 5.1. ¿El juez historiador?

En las primeras páginas de este trabajo hemos destacado la importancia de distinguir el delito de negacionismo («es necesario recordar de un modo determinado») de las leyes de memoria («es necesario recordar»).

Limitando nuestra reflexión a la particular intersección entre el derecho y la memoria constituida por el negacionismo, hemos constatado la tendencia de los últimos años, continuamente en aumento, a nivel internacional y local, a reprimir penalmente estas conductas, aceptándose, por consiguiente, una restricción del derecho fundamental, pero no absoluto, a la libre manifestación del pensamiento. La jurisprudencia analizada evidenció la dificultad de intentar contrarrestar estos fenómenos a través del instrumento penal. Esto muestra, en particular, que el delito de negacionismo, además de los problemas tradicionales ligados a los delitos de opinión, suscita cuestiones específicas que derivan de la intersección profunda entre el proceso penal y los procesos de memoria, con el riesgo de transformar a menudo al juez en árbitro de la historia<sup>112</sup>. A partir de la segunda guerra mundial se recurre cada vez con más frecuencia al instrumento judicial para afirmar la memoria histórica. Junto al trabajo histórico y al mnemónico realizado a través de los testimonios, la literatura y el cine, se consolidó una memoria constituida por medio de la lógica judicial, en la cual las figuras del juez y del historiador se superponen constantemente<sup>113</sup>. Sin embargo, la diferencia entre el método histórico y el judicial es central, incluso en el análisis sobre el delito de ne-

<sup>112</sup> Sobre los peligros y los riesgos de asignar a los Tribunales la función de decidir sobre una cuestión de la historia y no del derecho, cfr. Vidal Naquet, *Les assassins de la mémoire*, cit., p. 183. Para dicho autor, requerir a los Tribunales una decisión sobre la historia significaría acreditar la idea de que existen dos escuelas históricas y que una puede derrotar a la otra. Sobre la relación entre el juez y el historiador, cfr. Ginzburg C., *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Turín, 1991; Calamandrei P., «Il giudice e lo storico», *Rivista di diritto e procedura civile*, 1939, pp. 105 y ss.; Capograssi G., «Giudizio, processo, scienza, verità», Id., *Opere*, Milán, 1959; Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, cit., pp. 18-66, incluso para otras referencias bibliográficas.

<sup>113</sup> Acerca de las diferencias y semejanzas entre método jurídico y método histórico, cfr., desde la perspectiva del historiador, Ginzburg, C., *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, cit.; desde la perspectiva del jurista, Calamandrei P., «Il giudice e lo storico», cit. cfr. también Ricoeur P. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, París, 2000, pp. 413 y ss.

gacionismo. En efecto, el derecho y el proceso tienen un idioma y una lógica diferentes a los del método histórico<sup>114</sup>. El proceso penal se rige por reglas contrarias a las del historiador: el juez debe investigar sólo los hechos delimitados en la acusación; si no llega a una convicción absoluta, debe absolver, pues *in dubio pro reo*; sólo puede investigar por un tiempo determinado, de acuerdo con el principio de la duración razonable del proceso. Es más, el historiador puede revisar el hecho ya analizado, eliminar interpretaciones efectuadas y agregar otras nuevas. Por el contrario, al juez, en principio —salvo el caso limitado del recurso de revisión—, esto no le está permitido. El proceso penal, cuyo epílogo consiste en una sentencia, se caracteriza, entonces, por su naturaleza *tranchant*, por su capacidad de fijar una versión de los hechos, por la contraposición entre negro y blanco, entre culpable e inocente, algo que luego se vuelve cosa juzgada (salvo, como se dijo, la hipótesis de revisión). En cambio, el juicio histórico admite que se revise una interpretación de los hechos ya efectuada, pues se trata de un proceso de lectura e interpretación de los hechos que no tiene fin, y observa, por consiguiente, reglas muy diferentes a las del juicio penal. La punición de la negación (la minimización o la justificación) de la Shoá o de otros crímenes graves de genocidio o contra la humanidad superpone estos dos métodos y puede generar, por consiguiente, distorsiones peligrosas. Para el historiador, además del riesgo de instrumentalizar la verdad, dándole el rango de verdad legal<sup>115</sup>, y de transformar la verdad histórica en verdad oficial<sup>116</sup>, acreditando de este modo la idea de que existe una sola escuela histórica<sup>117</sup>, existen otros peligros que surgen de las decisiones examinadas. Es el juez el que define el «método correcto» de la investigación histórica. Es el juez el

<sup>114</sup> La transmisión de la memoria, de acuerdo con las notorias dinámicas de selección (véase nota 2), se apoya más en la historia monumental que en la historia crítica. La memoria del genocidio nazi debe ser una memoria monumental, puesto que «se organiza por ‘monumentos’, por polos de referencia en torno a los cuales se reúnen las tramas discontinuas del recuerdo, directo o transmitido; donde los eventos devienen experiencia, es decir, se interiorizan y se incorporan como elementos de la visión del mundo, como cultura». Así, Levi della Torre S., *Mosaico. Attualità e inattualità degli ebrei*, Turín, 1994, pp. 68-71, citado por Ginzburg C., *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, cit., p. 60. Carlo Ginzburg observa que las pruebas (en sentido jurídico) jamás son suficientes para brindar protección contra las fuerzas amenazadoras que erosionan la memoria del Holocausto. cfr. *ibídem*.

<sup>115</sup> La verdad es la verdad y no necesita ser la verdad legal. Por el contrario, a partir del momento en que aquella deviene verdad legal, se sospecha que puede ser instrumentalizada. Así Vidal Naquet P., Entrevista en *Le Quotidien de Paris*, 9-5-1998.

<sup>116</sup> «La discusión acerca de la existencia de la Shoá no debería estar prohibida por la ley, porque la verdad histórica jamás debería transformarse en una verdad oficial». Así Ginzburg C., *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, cit., p. 1.

<sup>117</sup> Así, Vidal Naquet P., *Les assassins de la memoire*, cit. Se trataría, por tanto, de normas carentes de laicidad, puesto que la actividad de valoración del juez no recae tanto sobre la reconstrucción de los hechos, sino sobre el examen de afirmaciones que

que establece los hechos «respecto de los que el debate histórico todavía está abierto». O bien, aún más, es el juez el que establece «la verdad histórica» sobre determinados hechos. Todo ello puede llevar a que el juez se aleje peligrosamente de las reglas que deberían regir el proceso penal. Este, en efecto, tiene un fin principal, que no es el de reconstruir y narrar la historia, sino, antes bien, el de determinar responsabilidades individuales respecto de hechos delimitados.

## 5.2. *La memoria como bien jurídico.*

A estas observaciones se agregan otras, propias de la disciplina penal, relativas, en particular, al bien jurídico protegido por este delito de opinión. La libertad de pensamiento es, indudablemente, un paradigma de las repercusiones que la afirmación de los derechos de libertad tiene sobre el sistema penal. Como es sabido, existen graves dudas acerca de la legitimidad de los delitos de opinión y ellos requieren, más en general, una reflexión sobre las relaciones entre las normas ético-sociales y las normas jurídico-penales. Por ello es oportuno referirse brevemente a la pregunta acerca de si es posible identificar un bien jurídico protegido y, en su caso, cuál es este bien.

El tipo penal del negacionismo replantea un problema central en el tema de las decisiones de política criminal, es decir, el problema de los intereses que pueden resultar directamente ofendidos por los comportamientos en cuestión.

Tal como hemos visto, la calificación del delito de negacionismo varía de un Estado a otro. Dependiendo de los ordenamientos, el bien jurídico protegido se identifica con el orden público, la paz pública, la seguridad nacional o la protección de la reputación o de los derechos ajenos al honor<sup>118</sup>. En las sentencias se hace referencia también a la dignidad humana o a la necesidad de las víctimas del Holocausto de ser protegidas.

---

interpretan esos mismos hechos. En efecto, se juzga sobre la negación, minimización o justificación de *esos* eventos. Incluso cuando fuera absolutamente compartida, definida y definitiva, el derecho no puede proteger una interpretación y tampoco reprimir afirmaciones que la pongan en discusión, puesto que, en este caso específico, el núcleo que el derecho defiende resulta de tipo ideológico. No parece aceptable identificar como bien jurídico a *una* interpretación histórica entre las infinitas posibles. Por lo tanto, sólo en el caso en que tales afirmaciones atenten contra un interés o derecho ajeno, o sean ofensivas para un grupo, pueden considerarse punibles.

<sup>118</sup> El derecho de un grupo a no ser difamado puede prevalecer sobre la libertad de expresión. cfr. los pronunciamientos de la Corte constitucional italiana en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, I, pp. 354 y ss. y 1974, I, pp. 677 y ss. Asimismo, cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 54, 208, 219, 3-6-1980.

Sin embargo, los riesgos que acarrea el carácter abstracto y multi-forme de un bien jurídico, como el orden público o la paz pública, son bien conocidos, sobre todo a causa de la naturaleza incierta que los caracteriza y la posible violación del principio de ofensividad que puede derivar de ella<sup>119</sup>. Las Cartas constitucionales, así como numerosos documentos internacionales de derechos humanos, modelan una relación entre individuo y autoridad por la cual los legisladores no pueden establecer delitos que repriman ideas consideradas peligrosas en vez de un hecho, entendido éste como ofensa a los bienes jurídicos, porque ello sería contrario a la naturaleza democrática y plural propia de un sistema jurídico democrático. En otras palabras, nadie puede ser perseguido penalmente por lo que es, dice o quiere, sino sólo por lo que hace<sup>120</sup>. Un sistema penal democrático considera al destinatario de la norma como ciudadano y no como enemigo, reconociéndole un ámbito de autonomía inaccesible para el derecho penal. Por lo tanto, si el derecho penal del ciudadano (*bürgerliches Strafrecht*) optimiza el ámbito de la libertad, el derecho penal del enemigo (*Feindsstrafrecht*) optimiza la protección de los bienes jurídicos<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Al respecto, cfr. Moccia S., «Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/95, pp. 343 y ss.; De Vero G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit.; Fiandaca G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padua, 1984; Fiore C., *I reati di opinione*, cit.; Id., «Ordine pubblico» (voz), *Enciclopedia del Diritto*, 1980, pp. 1091 y ss; Insolera G., «I delitti contro l'ordine pubblico», AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, pp. 245 y ss. Sobre el principio de lesividad como *conditio sine qua non* de la coherencia y la legitimación de todo el sistema penal, aunque se trate de un principio atenuado y se lo adecue al surgimiento de intereses sociales, cfr. Donini M., *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 45 y ss. cfr. también Manes V., *Il principio di offensività nel diritto penale-Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, Turín, 2005.

<sup>120</sup> Sobre el riesgo de penalizar un modo de exteriorización de la personalidad en los casos de falta de taxatividad y lesividad concreta, cfr. Stortoni L., «L'inconstituzionalità dei reati di opinione: una questione 'liquidata'», *Foro it.*, 1979, pp. 899 y ss.; Insolera G., «Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1, v. 6 della legge n. 516 del 1982», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 726; Palazzo F., «Offensività e ragionevolezza sul contenuto delle leggi penali», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, n° 2. Para ulteriores referencias, cfr. Manes, V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit.

<sup>121</sup> Jakobs G., *Kriminalisierung im Vorfeld*, cit., p. 756. El concepto de derecho penal del enemigo se remonta a Carl Schmitt y fue retomado recientemente por Günther Jakobs suscitando un amplio debate en la doctrina penal de idioma alemán, español e italiano. Acerca del pensamiento de este autor y de su evolución durante el curso de los años, cfr. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, cit., pp. 751 y ss.; Id., «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipiendenken», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107, 1995, pp. 843 y ss.; Id., *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997 (2° ed., 1999); Id., «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderung der Gegenwart», Eser-Hassemer-Burhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Múnaco, 2000, pp. 47 y ss.; Id., «Bürgerstraf-

El principio de materialidad indica que la tipicidad no puede agotarse en la tipología de autor<sup>122</sup>; al derecho penal le competen sólo las acciones en las que el peligro de una lesión se manifiesta como un hecho. Por el contrario, en los tipos de negacionismo las consecuencias jurídicas penales parecen estar determinadas por la concreción de una peligrosidad típica de las ideas. Estos temores acerca de la falta de ofensividad del tipo se refuerzan, por otro lado, si se considera que en estos casos nos encontramos ante hipótesis en las que existe un retroceso de la protección penal. Tal como hemos dicho, el derecho penal no puede interferir en el ámbito de las ideologías si ellas no representan el inicio de una actividad ejecutiva de tentativa de una lesión de bienes jurídicos. El orden público y la paz pública no sólo subrogan a menudo la carencia de un referente inmediato de lesividad, sino que se presentan también como conceptos que no son neutros, como el producto de va-

---

recht und Feindstrafrecht», Hsu (ed.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An anthology in memory of Professor Fu-Tseng Hun*, Taipei, 2003, pp. 41 y ss.; Id., «Individuum und Person», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117, 2005/2, pp. 247 y ss.; Id., «Terroristen als Personen im Recht?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117, 2005/4, pp. 839 y ss.. Actualmente, también son muy numerosos los estudios que incluso critican la teoría desarrollada por Günther Jakobs. Una compilación de ellos puede verse en Cancio Meliá y Gomez-Jara Diez (dir.), *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires / Madrid, BdF, 2006; véase también Vormbaum, «'Politisches' Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107, 1995, pp. 734 y ss.; Aponte, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum 'effizienten' Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden, 2004; Id., *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?*, Bogotá, 2005; Prittowitz, «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?», Mir Puig-Corcoy Bidasolo-Gómez Martín (dir.), *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 107 y ss.; Donini M., «Diritto penale del nemico», *Scritti in onore di Federico Stella*, en prensa; Id., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, en prensa; Donini M. y Papa M. (dir.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milán, 2007, en prensa; Muñoz Conde F., «De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»», *Revista Penal*, 16, 2005, pp. 123-137; Ambos K., «Feindstrafrecht», *Rivista penale svizzera*, 124, 2006, pp. 1 y ss.; Demetrio Crespo E., «El 'derecho penal del enemigo' darf nicht sein!», *ZIS*, 9, 2006, pp. 428 y ss.; Pavarini M., «La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen», *Studi sulla Questione Criminale*, n° 2, 2006, pp. 7 y ss.; Zaffaroni E.R., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, 2006. Acerca de la relación entre amigo y enemigo, cfr. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, Bolonia, 1972; Id., *Teoria del partigiano. Note complementari al concetto di politico*, Milán, 1981; Id., *Un giurista davanti a sé stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, 2005, en particular pp. 66-95; cfr. también Plessner, *Potere e natura umana*, Bruno Accarino (a cargo de), Roma, 2006, pp. 101 y ss.; sobre el concepto de *Verfeidung* y acerca de la diferencia entre Schmitt y Plessner con respecto a la pareja amigo/enemigo, Accarino, «Premessa», Plessner, *Potere e natura umana*, cit., pp. 15-22; Portinaro, «Materiali per una storicizzazione della coppia amico-nemico», Morani-Portinaro- Vitale, *Amicus (Inimicus) Hostis. Le radici concettuali della conflittualità 'privata' e della conflittualità 'politica'*, Milán, 1992.

<sup>122</sup> cfr. Donini M., *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., p. 126.

lores ideológicos, a diferencia de la incolumidad pública o la fe pública. No es función del derecho penal producir o reproducir una cierta versión de la historia y de hechos históricos, entrando en conflicto con la autonomía individual<sup>123</sup>. Y debe destacarse, a su vez, que si el delito concebido como ofensa a los bienes jurídicos garantiza un derecho penal liberal, no elimina, sin embargo, el riesgo de que las normas, construidas según la forma liberal de la ofensa, puedan tener un contenido antiliberal<sup>124</sup>. El principio de lesividad, pese a caracterizarse por un fuerte carácter liberal y obligar al legislador a recurrir a la pena sólo en presencia de una ofensa, no indica cuáles son los bienes jurídicos. Por lo tanto, el derecho penal del bien jurídico puede ser liberal en el plano de la estructura pero no en el plano de los contenidos. Aquí es donde deviene esencial la referencia a los principios constitucionales del derecho penal, tal como la prohibición de penalizar el ejercicio de los derechos de libertad (en los límites previstos) y los principios de taxatividad, proporcionalidad y, sobre todo, subsidiariedad<sup>125</sup>. Todos estos principios deben guiar al legislador al momento de decidir qué conductas penalizar<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> En tal sentido, cfr. Roxin C., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 730 y ss., para el cual la «verdad como tal» no puede valorarse como «bien jurídico penal», de modo que el tipo penal de *Auschwitzlüge*, previsto en el § 130, Ab. 3, StGB, sería ilegítimo. Acerca de la imposibilidad de identificar un valor *fundamental* del ordenamiento constitucional que deba protegerse y que sea capaz de justificar la máxima respuesta punitiva ante los casos de negacionismo, cfr. Manes V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2-3(2007), 739; ver también Romano, M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2-3 (2007), 493. La fisonomía vaga del bien tiene buena probabilidad de trazar un nexo poco rígido entre él y el hecho, comprometiendo la función político-criminal del bien jurídico de delimitar de manera garantista el hecho, así como la de incorporar en el hecho entidades que realmente puedan ser lesionadas. cfr. Marinucci G. y Dolcini E., «Costituzione e politica dei beni giuridici», *Studi in onore di Renato dell'Andro*, Milán, pp. 204-205. Sobre el principio de materialidad como principio general del ordenamiento y no como simple característica de él, cfr. Donini M., *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 31 y ss.; sobre el principio de subsidiariedad, *extrema ratio* u ofensividad como principios argumentativos, cfr. Id., «Selettività e paradigmi della teoria del reato», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, pp. 365 y ss.

<sup>124</sup> Marinucci G. y Dolcini E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, cit., p. 276.

<sup>125</sup> Acerca del principio de subsidiariedad, según el cual sería necesario recurrir al derecho penal como *ultima* y no como *prima ratio*, cfr., incluso para otras referencias, Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 85 y ss.

<sup>126</sup> Bricola F., *Teoria del reato*, cit.; Angioni F., *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milán, 1983, pp. 163 y ss.; Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milán, 1976, pp. 66 y ss., para el cual el art. 21 de la Constitución italiana, que protege la libertad de expresión, establece una forma de presunción absoluta de licitud, que deriva de haber calificado como libre la «manifestación del pensamiento», Id., ob. cit. ult., p. 91.

Con respecto al negacionismo, campo muy significativo en el plano ideológico y donde prevalecen las respuestas emotivas e irracionales, resulta difícil identificar un bien jurídico autónomo de los fines generales de la protección penal. Si se elimina mentalmente el carácter execrable de tales ideas, desde un punto de vista específicamente moral, no queda nada en el ataque negacionista que sea exteriormente visible y socialmente cierto. La inmoralidad jamás puede considerarse como la única razón suficiente para justificar políticamente la intervención coercitiva del Estado en la vida de los ciudadanos<sup>127</sup>. De conformidad con la estructura de un Estado democrático y un derecho penal laico, la norma penal no debería ser el instrumento para proteger a la memoria o promover una cierta ideología. El problema, en dicha hipótesis, se refiere a la conformidad de los medios con los fines. El Estado no puede devenir autoritario para luchar contra ideas peligrosas. Esto implicaría una contradicción en los términos y, en el plano axiológico, resultaría violado el respeto de las libertades fundamentales que se pretenden proteger con esta misma normativa. Tal como ya se dijo, el sistema penal no puede perseguir a un individuo por lo que es, lo que piensa o lo que quiere, sino solamente por lo que hace. El ordenamiento liberal considera al destinatario de la norma como ciudadano y no como enemigo, reconociéndole un ámbito de autonomía inaccesible para el derecho penal.

Tal como lo destacan diversos estudiosos de la materia, ni siquiera parece posible identificar el bien protegido por las normas que reprimen el negacionismo con la protección de la verdad histórica. En efecto, aún cuando se trata de una «interpretación compartida, definida y definitiva», la verdad histórica jamás puede ser un bien jurídico<sup>128</sup>. Nadie tiene un «deber de verdad histórica» y mucho menos se puede sancionar a alguien en base a él, siendo que en este caso el juez se transformaría en el juez de la historia.

---

<sup>127</sup> El negacionismo es considerado como uno de los tipos penales sintomáticos de la relación entre derecho penal y moral. cfr. Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 18.

<sup>128</sup> Acerca de esta cuestión, cfr. Roxin C., *Was darf der Staat unter Starfe stellen?*, cit., p. 731; Canestrari S., *Laicità e diritto penale*, cit., p. 149. En contra de la introducción de un tipo penal de negacionismo cfr. también Donini, M., 'offence', *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 4 (Ott.-Div. 2008), 1587-1588. En sentido contrario, cfr. Di Giovine A., *Il passato che non passa: «Eichmann di carta» e repressione penale*, cit., p. XXVII, el cual considera que los valores ofendidos por la negación de la Shoá forman parte del *orden público ideal* de la comunidad internacional, por lo que «la dignidad humana se presenta como valor superconstitucional, de manera que puede decirse que su protección es el límite [y el fin] de las libertades constitucionales protegidas».

### 5.3. La función simbólico-expresiva del tipo de negacionismo

A estas perplejidades sobre la dificultad para identificar un bien protegido se suman otras relativas al riesgo de que una norma semejante pueda resultar una norma con un gran valor simbólico-expresivo y una efectividad muy escasa<sup>129</sup>. En otras palabras, en tales hipótesis no parece que el legislador quiera transmitir un mensaje a quien efectúa tales afirmaciones execrables, sino enviar un mensaje a la opinión pública alarmada por estos fenómenos.

Tal como otras disposiciones «contra» el racismo, tampoco estas reformas legislativas están vinculadas, por definición, a conseguir el fin manifiesto en ellas<sup>130</sup>. La legislación «contra» los negacionistas, inevitablemente simbólica, tiene un fin diferente al que declara tener y, a diferencia de la que tiene un valor instrumental, deviene un gesto, un símbolo que permite distinguir entre los amigos y los enemigos. Se crea así la discrepancia entre lo que es manifiesto y lo que es latente, de manera tal que las funciones latentes de la norma llegan a prevalecer sobre las funciones manifiestas<sup>131</sup>. Los destinatarios reales de la norma no son los declarados, de modo que se duplican tanto los mensajes como los destinatarios (unos manifiestos y otros latentes)<sup>132</sup>. Si bien existe un

<sup>129</sup> Sobre el negacionismo como ejemplo de derecho penal simbólico, cfr. también Canestrari S., *Laicità e diritto penale*, cit., 149; Roxin C., *Was darf der Staat unter Starfe stellen?*, cit., p. 731. Sobre la noción de legislación simbólica de acuerdo con una acepción negativa, cfr. Voß, M., *Symbolische Gesetzgebung*, Gremer, Ebelsbach, 1989; Hassemer W., «Das Symbolische am symbolischen Strafrecht», *Fest. Roxin*, Berlin, Nueva York, 2001, p. 1001; Noll P., «Symbolische Gesetzgebung», *Zeitschrift für Schweizerisches Strafrecht*, 1981, pp. 347 y ss.; Hassemer W., «Symbolischer Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, 553 y ss.; Bricola F., «Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela», *Funzioni e limiti del diritto penale*, De Acutis y Palombarini (dir.), Padua, 1984, pp. 3 y ss.; Paliero C.E., «Il principio di effettività», *Studi Nuvolone*, 1991, pp. 539-541 y ss. Acerca de la utilización de la misma expresión en una acepción más positiva, Van De Kerchove M., *Le droit sans peine*, Bruselas, 1987; Amelung K., «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzbuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, pp. 54 y ss.; Donini M., *Teoria del reato*, cit., p. 145, n. 73.

<sup>130</sup> La legislación en examen ejemplifica uno de los casos más emblemáticos de legislación simbólica. Lo que más se quiere valorizar son los recursos fuertes que posee la ley penal en el plano de la comunicación simbólica, por lo que el terreno penal deviene el lugar de colisión entre concepciones ético-sociales. Parece que se persiguen fines políticos, superando así los fines específicos de la protección penal. Ello puede representar un peligro para los principios generales del derecho penal y su función garantista. Acerca de esta cuestión, cfr. la contribución de Stortoni L. en *Commentario delle «Nuove norme contro la violenza sessuale L. 15 febbraio 1996, n. 66»*, Padua, 1997, p. 475.

<sup>131</sup> Para profundizar sobre la *Täuschungsfunktion* del derecho penal simbólico, cfr. Hassemer W., *Symbolisches Strafrecht*, cit., pp. 555 y ss..

<sup>132</sup> Paliero C.E., *Il principio di effettività*, cit., 539-541.

consenso social muy amplio acerca de la veracidad de la Shoá, ello no legitima por sí mismo la decisión de penalizar las conductas negacionistas. En la fase en la cual debe decidirse si se recurre o no al instrumento penal, el legislador debe cumplir el difícil rol de juez del consenso y no ceder necesariamente a las exigencias de castigo de la opinión pública. Si no se identifica un bien que merezca protección o es difícil concebir la hipótesis en cuestión como ofensa a un bien jurídico, el legislador debería resistir o interrumpir el flujo de presión creado por el consenso, a fin de no limitar ilegítimamente, a través de estas normas, una libertad constitucional que, a pesar de no ser absoluta, incorpora en los ordenamientos estatales el valor de la tolerancia.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un cuadro muy complejo. Las normas que sancionan el negacionismo nos ponen frente a una paradoja, a una aporía del sistema jurídico. En efecto, por un lado, es evidente la peligrosidad o la gravedad de estos textos deplorables, mientras, por otro lado, debemos preguntarnos si para detener o incluso sólo para contener la difusión del negacionismo sea necesario, antes que oportuno, reaccionar con el instrumento penal<sup>133</sup>.

Inmediatamente después del final de la segunda guerra mundial, se presenció un movimiento de recodificación —las nuevas Constituciones de los varios Estados europeos— y la creación, en el plano internacional, de documentos e instancias de garantía para la protección de los derechos fundamentales, expresándose así el rechazo directo de aquellos hechos atroces y la recepción de nuevos valores. Es posible afirmar que todo el conjunto de los valores que caracterizaron el período posbélico, cristalizados dentro del sistema ético-jurídico elaborado a partir de 1945 (constituciones, legislaciones nacionales y documentos internacionales, vinculantes y no), sea el producto de la reacción ante las ideas nefastas que causaron la deriva homicida de los regímenes totalitarios.

Ahora bien, para nosotros el negacionismo niega justamente los hechos que originan dicha reacción y, por lo tanto, niega *el universo ético-político surgido después de la segunda guerra mundial*. Este fenómeno afecta profundamente no tanto a los poderes constituidos, a las estructuras establecidas, sino mucho más al *pacto ético*, representado por el rechazo incondicional de las dinámicas que arrastraron a Europa al horror de la guerra y los totalitarismos. Lo que aquí se define como pacto ético representa, por consiguiente, un compromiso común a interpretar de manera uniforme el acontecimiento fundador, o sea el genocidio nazi

---

<sup>133</sup> Por otro lado, el derecho penal puede revelarse un arma de doble filo: los autores negacionistas podrían utilizar, tal como ya se observó varias veces, el argumento de la represión para presentarse como el objeto de una legislación especial de criminalización del disenso.

que tanto ayudó para cambiar el rostro de las Cartas constitucionales y del sistema jurídico internacional. Y ello lo demuestra el hecho de que el objeto del delito de afirmaciones negacionistas es —en la mayor parte de los casos— limitado a la Shoá<sup>134</sup>.

El negacionismo ataca entonces el momento constituyente de la democracia, mucho más que sus aspectos constituidos, o sea las instituciones<sup>135</sup>. No se trata tampoco de discutir acerca de la oportunidad de punir el negacionismo y con qué técnicas.

Frente al negacionismo resulta realmente problemático producir leyes penales o buscar la verdad a través de la verdad legal. Se trataría de una solución falsa que corre el riesgo de dirigirse en la dirección del mal que se quiere combatir. Las afirmaciones de los negacionistas exigen un compromiso en un plano más bien *político* y de conciencia civil. Por consiguiente, se trata de abrir, más en general, un *camino largo*, y no uno *breve*, como el representado por el instrumento penal.

No es función del derecho penal enfrentar estos fenómenos, o bien, como dice Claus Roxin, «la verdad histórica como tal debería poderse afirmar sin el derecho penal»<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Cada institución política —tiránica o democrática— basa su propia legitimidad sobre unos abstractos o concretos tabúes, sobre unos mitos fundadores que tienen que ser protegidos. Las democracias europeas se fundamentaron con base en la condena del Holocausto y la verdad histórica sobre estos hechos es un fundamento que necesita protección: cfr. Buratti, A., *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei «miti fondatori» del regime democratico* *Giurisprudenza italiana*, 12 (2005), 2247.

<sup>135</sup> Por momento y poder constituyente entendemos aquí el momento de la creación de un cierto marco político, sea temporalmente anterior —por lo tanto, la resistencia en Italia y Francia fue un poder constituyente respecto de la futura República—, sea interior —ninguna política y ninguna institución «vive» si no adquiere adhesión y participación, si los ciudadanos no creen en la norma o no le dan aplicación—. En este sentido, el momento en el que se adhiere a la norma es un comportamiento colectivo. Para algunos ejemplos de poder constituyente, cfr. Arendt H., «Sulla violenza», *Politica e menzogna*, Milán, 1985, pp. 169 y ss.

<sup>136</sup> Roxin C., *Was darf der Staat unter Strafe stellen?*, cit., p. 731.

