

Protección de la memoria y derecho penal: una reflexión sistemática y comparativa del delito de negacionismo [notas sobre Emanuela Fronza «Il negazionismo come reato» (El negacionismo como delito), Giuffrè, 2012]

ALESSANDRO GAMBERINI

Lo hizo bien Emanuela Fronza al analizar, en una monografía, el delito de negacionismo, sobre lo que hay desde hace mucho tiempo un debate abierto, a menudo a los llamamientos de los medios de comunicación. El debate llama la atención de las personas que más conocen el papel de las leyes penales y de las consecuencias de su introducción, sin embargo en Italia —donde no hay un precepto específico— en particular los historiadados fueron parte del debate y los juristas por el contrario han sido en gran medida ausentes.

En el marco de los delitos de opinión desde hace más de una década ha habido un aumento progresivo del tamaño del área de relevancia penal, para compensar fenómenos de inseguridad social con la protección simbólica de los que se sienten víctimas (reales o potenciales) de la violencia y de la discriminación.

Lo que, al final del siglo pasado, parecía el lento secarse del legado de los regímenes autoritarios del siglo xx —gracias a la intervención de los jueces constitucionales y del legislador, en el nombre de una extensión (que fue descubierta de nuevo) del derecho de libre expresión del pensamiento, constitutivo de una sociedad y de una democracia liberal— no sólo fue interrumpido abruptamente, sino también la amenaza de una ley penal penetrante las opiniones se hace concreta y va en aumento. Piénsese a la redescubierta fortuna, en el ordenamiento italiano, del artículo 414 del Código Penal, que castiga la apología del delito y que con las nuevas leyes penales se ha convertido en un contenedor de instancias de represión en varios sectores del ordenamiento, en paralelo con la introducción de nuevos tipos de asociación criminal.

Sería ingenuo no reconocer que hoy, en particular en virtud de internet, los medios de comunicación del pensamiento tienen una capacidad de difusión prácticamente ilimitada y por lo tanto las opiniones tienen una capacidad de incidencia muy diferente que en el pasado, aún en el pasado próximo, cuando el impacto en los medios de comunicación tenía un público limitado y sobre todo más controlable. Este derecho que, en teoría, encuentra su sentido más profundo en su desarrollo en relación con el actual estado de cosas (sería inútil una libertad de pensamiento inofensivo) corre peligro de enfriarse y fallecer frente a las fuertes instancias de protección social y cultural, para las cuales la respuesta penal parece un (afortunado) atajo.

De hecho, sin la aceptación del riesgo, que es esencial junto con el derecho a expresar libremente su opinión, se produce inevitablemente una progresiva atrofia.

Sí el delito de opinión está configurado como un *delit obstacle* en relación con la comisión de potenciales delitos en el futuro, según un modelo de un peligro potencial, está bastante claro que no hay ningún parámetro para excluir que la consecuencia del desarrollo de cualquier pensamiento pueda ser la comisión de una acción nociva. También el límite de la incitación sólo funciona cuando se coloca en el lado concreto de una acción que constituye la premisa de la ideación y, en tales casos, por supuesto, pierde su carácter de opinión y se incorpora en la acción material del autor.

El delito de negacionismo por su naturaleza, es independiente de cualquier evaluación de peligro: castiga la exteriorización del pensamiento del Mal, invocando la protección de la memoria de violaciones graves a los derechos humanos ocurridas en un pasado más o menos próximo, de la negación (o minimización) de la Shoá, hasta la negación de otros genocidios y masacres, que han puesto a prueba en los últimos años a muchos tribunales internacionales establecidos para juzgar a sus responsables.

Cuántas fallas puede potencialmente producir un modelo penal de este tipo, se puede ver simplemente marcando lo que sucedió en el ordenamiento italiano en el marco de la disciplina penal de la pedofilia y de los fenómenos de abuso sexual a menores.

En aplicación de la Convención de Lanzarote con un nuevo precepto en el artículo 414 bis del Código Penal (introducido por la Ley n.º 172, 01 de octubre 2012) fue castigada la apología de numerosos delitos en este contexto, específicamente designados en la nueva ley —hechos que por otra parte ya estaban castigados en el marco de la regla general del artículo 414, que castiga en general la apología de

delitos— y en el último párrafo se establece que «para justificarse no se puede invocar razones o propósitos de interés artístico, literario, histórico o de costumbre».

El mal, por lo tanto, no puede ser descrito y hecho público, incluso para dar cuenta de acontecimientos de importancia cultural, porque a la vuelta de la esquina acecha el peligro de que la narrativa histórica o la fantasía literaria pueden convertirse, según el censor penal, en una alabanza inapropiada y por eso criminal.

La monografía de Emanuela Fronza se presenta por lo tanto como una reflexión de gran importancia y de actualidad.

La mirada de la Autora centra primero al fenómeno de la negación de la Shoá y la forma de su ocurrencia: una forma particular de revisionismo histórico que se remonta a los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuestionando su existencia, negando el exterminio del pueblo judío en su especificidad con respecto a los acontecimientos de la guerra y al resultado inevitable de lutos y la pérdida de vidas humanas.

Pero el foco se ensancha después a las controversias que han surgido recientemente sobre la existencia de otros genocidios: la población armenia por el gobierno turco durante la Primera Guerra Mundial, el exterminio nazi de la población gitana europea, el exterminio de la población ucraniana por Stalin (el Holodomor) durante la hambruna de 1933-1934, hasta lo ocurrido en un pasado reciente, en Ruanda en 1994.

El delito de negacionismo se impone entonces en el derecho penal como un «crimen de la memoria. La memoria se convierte en un «bien a defender» y al mismo tiempo «un lugar de comisión del delito»: el proceso penal un «teatro en el que se pone pedagógicamente en escena la historia». Su función, en primer lugar, es reiterar una verdad histórica: la sentencia, la cosa juzgada penal, se convierte en el instrumento privilegiado en la que apoyarse, ignorando «la profunda diversidad epistemológica de los estatutos que se refieren a los dos disciplinas».

La protección penal del pacto fundacional de la Constitución se mueve hacia atrás y va a incluir toda la abundancia de experiencias que se inscriben en la memoria compartida, hasta a «perder sus características formales y confundirse con una actividad social en continua y necesaria evolución» (esta evolución se cristaliza en las Jornadas de la Memoria, que fisiológicamente llaman la atención sobre los acontecimientos del pasado, introducidas por medio de

una serie de leyes en varios países de Europa, en particular Italia, Francia y España entre 2000 y 2006).

La tendencia a utilizar el derecho penal en esta dirección no es solo propia de países europeos.

La Autora recuerda la experiencia argentina que, al principio, experimentó un proceso penal sin penalización para el seguimiento de la verdad sobre el pasado, debido a la presencia de leyes de amnistía respecto de los crímenes cometidos por la junta militar; pero después la Corte Suprema de ese país ha establecido la necesidad de la pena con respecto a las graves violaciones a los derechos humanos, debido a que las leyes de amnistía se orientan «al olvido» de estos graves delitos.

Entre otras cosas —es siempre Emanuela Fronza que nos recuerda— 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 nos pertenece).

Así Ella recuerda, pero en un tono completamente diferente, con el espíritu de formación de valores compartidos en lugar de la pena impuesta por un tribunal penal, el establecimiento de la Comisión Sudafricana de Verdad y Reconciliación (*Truth and Reconciliation Commission*).

El reconocimiento de un derecho a la memoria —en particular a la protección de la memoria de las víctimas y de sus familiares— en muchas de las experiencias citadas parece exigir la necesaria intervención de la sanción penal y en consecuencia del proceso: la fusión entre la historia y el derecho penal implica la fusión entre la ética y el derecho.

La penalización del negacionismo es, pues, parte de este complejo proceso.

La monografía ofrece una relación de las diversas leyes nacionales (Alemania, Francia, España, Portugal, Austria, Bélgica, Suiza, también la República Checa y Hungría, donde se castiga a quien niega los crímenes cometidos por el régimen comunista, hasta Ucrania, donde el cambio de la mayoría de gobierno ha arrastrado consigo un enfoque diferente al significado del Holodomor), también para verificar la falta de homogeneidad de las disciplinas en los distintos países, lo que confirma un pluralismo estructural no sólo en forma horizontal —entre Estado y Estado— sino también en la dirección vertical entre los estados y los dos sistemas de los Derechos Funda-

mentales (Consejo de Europa y la Unión Europea), que son constituyentes de un orden constitucional europeo.

La introducción de estas normas no encontró obstáculos en la jurisprudencia del TEDH.

Por un lado, se destaca que la libertad de expresión también debe cubrir las afirmaciones desagradables que afectan el Estado, o una parte importante de la población. En ese sentido, se limita la posibilidad de sancionar el discurso de odio que incite de forma directa la violencia contra individuos o ciertas razas o creencias, y todavía se insiste en que la búsqueda de la verdad histórica es una parte integral de la libertad de expresión. Por el contrario el TEDH le da espacio a una disciplina penal del negacionismo, incluso a través del reconocimiento del margen nacional de apreciación de los Estados (artículo 17 CEDH).

Debe tenerse en cuenta, en particular, la decisión *Garaudy c. Francia* (24 de junio de 2003). Al declarar la inadmisibilidad de la petición del demandante contra su condena por las afirmaciones negacionistas de su libro, el TEDH ha reiterado que frente a los hechos históricos indiscutibles como la Shoá, las afirmaciones del texto en cuestión «ponen en discusión los valores que fundan la lucha contra el racismo y el antisemitismo, y turban gravemente el orden público», «por esta razón, dichas afirmaciones no están protegidas por la garantía del artículo 10 CEDH».

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que la Unión Europea ha intervenido con una Decisión Marco, en noviembre de 2008 con una solicitud de la penalización, que aún deja a los Estados miembros la posibilidad de cambiar el enfoque de su disciplina interna, ya sea siguiendo la jurisprudencia de los tribunales internacionales o nacionales, u optando por castigar únicamente las conductas que dan lugar a perturbaciones del orden público.

Esta última intervención, pone en evidencia Emanuela Fronza, da a los Estados miembros un margen de autonomía como para crear una legislación de geometría variable, con consecuencias de gran importancia, ya que un hecho histórico puede ser considerado un crimen contra la humanidad solo en algunos Estados miembros.

El mismo uso del concepto de «orden público» presupone una inexistente noción unitaria de esa categoría, y, por tanto, ententando a medir un delicado límite a la libertad de expresión, uno se siente como caminando en el magma, y sigue siendo incierta la identificación del bien jurídico protegido (protección de memoria, protección de identidad, garantía contra posibles conductas discriminatorias).

La Autora dedica especial atención a las disposiciones legales vigentes en Alemania, Francia y España.

De gran interés es el examen del debate interpretativo que se ha abierto en Alemania en el tipo penal de § 6, apartado 1 VStGB, que castiga no sólo la aprobación, sino también la negación y la minimización del genocidio de los Judíos durante la era nazi, y castiga también delitos contra víctimas individuales, si son atacadas en razón del grupo nacional, racial, religioso o étnico al que pertenecen.

El tipo penal es aplicable solo si las acciones contempladas se efectúan públicamente y de manera idónea para turbar la paz pública.

Muchos dudan de la capacidad de esta cláusula para frenar la capacidad de expansión de la incriminación y con la afirmación de que el fundamento del tipo penal radica en la capacidad de las expresiones negacionistas para «envenenar el clima político», el papel sistemático del precepto parece particularmente inquietante.

La evanescencia del bien jurídico, de hecho, afecta a todas las evaluaciones del peligro, así que al final se refiere a «momentos insignificantes de inseguridad social».

En Alemania, por otra parte, como señala la Autora, hay un pronunciamiento fundamental del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) del 13 de abril de 1994 que declara compatible el castigo de «Auschwitzlüge» con la libertad de expresión, e indica que la negación del exterminio de los Judíos durante la dictadura nacionalsocialista no está dentro de la protección constitucional del derecho a una opinión: los hechos que se han demostrado ser falsos no constituyen un presupuesto para la formación de una opinión sobre ellos, lo que legitima una intervención penal proporcional. Comentando el pronunciamiento, la Autora se hace muchas preguntas. La primera de ellas es el confine y la relación entre la verdad judicial y la verdad histórica, incluso para los diferentes estatutos epistemológicos que los caracterizan. En contraste con la verdad procesal, instrumental para la decisión sobre la responsabilidad individual de un acusado, la verdad histórica nunca es definitiva, se forma con una dinámica necesariamente plural y su complejidad no puede sufrir las restricciones de las reglas altamente formalizadas del proceso penal.

En Francia, la expresión «lois memorielles» designa un conjunto heterogéneo de disposiciones (emitidas en los últimos veinte años) con un elemento común: la decisión de intervenir para proteger la inviolabilidad de la representación de los acontecimientos pasados. Estas reglas, incluso cuando no tienen un contenido de derecho

penal, sacralizan un deber de memoria, según un marco de evaluación que se vuelve rígido debido al tipo legal. Con la *Loi Gayssot* (1990) fue credo un tipo penal especial que reprime el negacionismo (art. 24 bis, *Contestation de crimes contre l'humanité*) en referencia al Estatuto del Tribunal de Nuremberg y a las investigaciones judiciales posteriores. Por tanto, el ámbito de aplicación se limita a los crímenes cometidos por el régimen nazi, la Sho en primer lugar, y sin la posibilidad de extender la protección a los hechos que tienen una calificación similar.

No es entrada en vigor de la Ley (N.º 647 de 23 de enero de 2012), que ampliaba la protección a otros genocidios, especialmente el genocidio armenio, reconocido por la ley de 29 de enero de 2001, porque la ley fue declarada inconstitucional por el *Conseil Constitutionnel* (sentencia 28 febrero 2012), que reconoció la violación de la libertad de expresión y de comunicación consagrada en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos Humanos, denunciando la circularidad inaceptable de la pretensión de castigar a quien pone en duda la existencia de delitos que fue el legislador mismo a calificar como tales.

En España, la disciplina que castiga los fenómenos de negacionismo está establecida en el artículo 607 párrafo 2 del Código Penal. La ley castiga la negación y justificación de los crímenes de genocidio, mientras que se ha borrado del área de lo que es punible la banalización de estos crímenes, sin importar la idoneidad instigadora de estas afirmaciones. El Tribunal Constitucional español (sentencia de 7 de noviembre de 2007) declaró la inconstitucionalidad parcial de la disciplina penal antes mencionada (declarando inconstitucional la criminalización de la negación del genocidio y en cambio declarando conforme a la Constitución la criminalización de la «justificación»). Con una pronunciamiento muy motivado, 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», porque «*la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica*», negando así que la intervención penal en este caso se justifica por una amenaza al bien jurídico protegido, y que en ningún caso la respuesta penal parece coherente con el principio de proporcionalidad.

Hay también que señalar que, fuera de Europa, la Corte Suprema de Canadá con un pronunciamiento del 27 de agosto 1992 declaró la inconstitucionalidad del delito de «difundir noticias falsas», con el que se había empapelado un libro negacionista inglés,

destacando como el precepto, por su amplitud, tenía un alcance invasivo y un efecto paralizante sobre la libertad de pensamiento de las minorías y de los individuos, y como la reacción penal era desproporcionada.

De gran interés es también el análisis que la Autora hace de la jurisprudencia en relación con el delito de negacionismo en los países europeos que lo han introducido. Se trata de procesos que tienen un gran impacto en los medios de comunicación, más allá de la publicidad que caracteriza fisiológicamente el proceso penal. Estos procesos tuvieron la tarea explícita de reconstruir los hechos históricos, con un papel muy importante de las víctimas, dejando en segundo plano el objetivo de probar la culpabilidad del acusado e imponer una sanción: la verdad y la pena «La verdad y el castigo están colocados de tal manera juntos en lo que se espera de la sentencia», porque «se le pide al proceso de consolidar o confirmar una memoria, a la que se atribuye un particular sentido moral y fundante».

La Autora analiza en detalle el pronunciamiento del *Tribunal de 0. Grande Instance* de Lyon del 3 de enero de 2006, que condenó al acusado por afirmaciones negacionistas. La base del pronunciamiento es la existencia de una «buena fe» del protagonista, obtenida a partir de la utilización de un método apropiado de investigación histórica: la ausencia de estos elementos es la base de la convicción.

En este caso también, las preguntas que surgen son múltiples, como se indica en el libro, «tratando de escapar de la paradoja de contenido —restando la verdad en el juicio de la historia— es probable que se caiga en un aporía especular, una paradoja del método», que faculta a los jueces también de definir el método del historiador.

Además de los problemas tradicionales asociados a los límites del derecho de expresión, el delito de negacionismo tiene una especificidad que se refiere a la intersección entre proceso penal y reconstrucción histórica y la interferencia con la creación de memorias compartidas.

Como ha señalado Emanuela Fronza el carácter necesariamente simbólico de la ley penal se convierte, en el caso del negacionismo, en una fábrica de la memoria de acontecimientos históricos, que son particularmente significativos para la comunidad.

Todo esto a costa de la misma eficacia de la intervención penal, que está fuertemente puesta en duda por el hecho de que no es conveniente ofrecer cobertura mediática a fenómenos que, a este día, se producen como socialmente marginal.