

La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho*

JORGE REINALDO VANOSI**

«Se podría sostener —parafraseando al Tartufo de Molière— que el “negacionismo” es un homenaje que el vicio rinde a la virtud»

Sergio Romano

Resumen

La tipificación de un delito de «negacionismo» requiere para su «autonomía» que se reúnan el dolo y la manifestación de actos públicos en el hecho de su comisión, con los rasgos propios del odio, la persecución y la ofensa colectiva.

Palabras clave: Criminalización del negacionismo. Libertad de expresión.

I. El neologismo «negacionismo» parte del vocablo «negación», el cual corresponde a una categoría semántica a la que pertenecen ciertas voces que sirven para negar¹. Entre las acepciones del verbo «negar» hay varias que pueden considerarse anticipos del neologismo arriba mencionado, como por ejemplo: «decir que algo no existe, no es verdad o no es como alguien cree o afirma», «dejar de reconocer algo, no admitir su existencia», «desdeñar, esquivar algo o no reconocerlo como propio», «ocultar, disimular». Son suficientes estas significaciones para percibir de qué se trata: negar es un rechazo a aquello que se viene afirmando o sosteniendo. Es poner en cuestión lo que se tenía por verdad.

La necesidad de acudir a un neologismo responde a la circunstancia de que la única voz cercana en el lenguaje o vocabulario castellano es «negativismo», pero

* Comunicación del académico Jorge Reinaldo Vanossi en la sesión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 8 de agosto de 2013.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de tres universidades nacionales: Buenos Aires, La Plata, y del Litoral. Fue Catedrático titular de Derecho Constitucional, de Derecho Político y de Derecho Público en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata.

¹ Cf. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (DRAE). Edición digital.

su significado no corresponde con nuestro fenómeno, pues equivale a una «propensión a ver y juzgar las cosas en su aspecto más negativo»², acepción que no guarda ninguna relación con el asunto que nos ocupa. Por lo tanto, la adopción de la voz «negacionismo», un galicismo, es correcta y se puede usar³. Se afirma que quien comenzó a emplear la palabra fue un estudioso de la última guerra mundial de origen egipcio y radicado en Francia, Henry Rousso, autor de *El síndrome de Vichy* (1987) y Director de Investigación del Centro Nacional de Investigación Científica, luego el término alcanzó difusión en otros países.

En efecto, el vocablo nació en Francia para referirse a la negación del Holocausto (*négationnisme*), luego pasó a aplicarse para la negación de otras atrocidades masivas como el exterminio de los gitanos (también dirigido por Hitler y sus secuaces, Himmler y Göring), las matanzas por hambrunas provocadas por Mao en China, el gulag en la Unión Soviética, el genocidio camboyano de Pol Pot, el «Holodomor» en Ucrania, el genocidio armenio iniciado en abril de 1915 por los turcos, el de los «tutsis» en Ruanda, África en 1994, la «limpieza racial» consumada al producirse la implosión de Yugoslavia, etcétera. En todos estos casos se intentó borrar las huellas de la autoría y comisión de los hechos, destruyendo los rastros documentales que registraran «la orden» de ejecución, con el agravante de su no reconocimiento ulterior; con la excepción de Alemania, en donde se dio una loable actitud de depuración con respecto al período del Tercer Reich. Esto es visible incluso en la literatura, por ejemplo, el nobel Mario Vargas Llosa considera, en su novela *El sueño del celta* (así como también Philipp Blom en *Años de vértigo*), que el rey Leopoldo II de Bélgica, al apoderarse de una parte del Congo del tamaño de Europa, que después vendió al Estado belga, cometió «genocidio» al mandar a la muerte —por asesinatos, mutilaciones o por hambre— a diez millones de congoleños.

El tratamiento de este tema nos depara algunas interrogantes acerca del posible conflicto entre valores muy justipreciados por el constitucionalismo liberal que tienen como *prius* la defensa de la libertad. Ya decía Thomas Paine en los albores del constitucionalismo liberal en su obra *Los derechos del hombre* que «Aquel que quiera salvaguardar su libertad tendrá que proteger de la opresión incluso a sus enemigos, pues si no cumple con este deber, estará estableciendo un precedente que se volverá contra él». Pero la discusión en torno al «negacionismo» es interminable. Ante el afán de penalizarlo —con las mejores intenciones de redención—

² Cf. ALVAR EZQUERRA, Manuel. *Nuevo diccionario de voces de uso actual*. Madrid: ArcoLibros, 2003.

³ Sobre este punto hemos consultado la opinión del doctor Pedro L. Barcia, expresidente de la Academia Argentina de Letras y actual presidente de la Academia Nacional de Educación, quien nos ratificó la ausencia del conocido término en los diccionarios de María Moliner y de Seco. De paso, Barcia nos dio el consejo de Bergson: se puede crear palabras, con el recaudo de definir bien el alcance del término y de no contradecirlo nunca en su uso.

aparecieron temores de censura inquisitorial: tal fue el caso del grupo francés que en el año 2005 creó la asociación «Libertad para la historia», presidida por René Rémond, con el fin de llamar la atención a los parlamentarios acerca de las normas punitivas. Dos años después, el Consejo de Europa exhortó a que todos los Estados de la Unión Europea penalizaran los delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Al año siguiente (2008), Pierre Nora encabezó un movimiento exigiendo que en un Estado «libre» ninguna autoridad política defina la verdad histórica y restrinja la libertad de los historiadores «bajo la amenaza de sanciones penales». El movimiento contó con la adhesión de Sergio Romano, quien sostuvo que las investigaciones históricas se combaten con otras investigaciones, no con sentencias de los tribunales⁴.

Si entramos al marasmo de la jurisprudencia europea alrededor de este tema, la cosecha es abundante, pero no concluyente, pues otro tanto ocurre con la legislación penal de los respectivos Estados. Ya en el año 2008, el profesor Göran Rollnert Liern, catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Valencia, llamaba la atención sobre las oscilaciones registradas en el Tribunal Constitucional de España a través de replanteos sobre los límites de la libertad de expresión «en los casos extremos en los que las ideas y opiniones difundidas entran en abierta contradicción con los valores constitucionales, en particular con la *dignidad* y la *igualdad*, por responder a presupuestos ideológicos racistas que se exteriorizan mediatamente a través de la *negación* o *justificación* del genocidio perpetrado en los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial»⁵. Como puede verse, el choque entre los valores prioritarios de la «dignidad» y la «igualdad» de los seres humanos y un ejercicio ilimitado de la libertad de expresión pone en juego las claves que surgen del artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) cuando expresa que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

Por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Argentina, texto de 1994, ese Pacto queda incluido expresamente entre aquellos (todos sobre derechos humanos) que «tienen jerarquía constitucional». Es de lamentar que se haya excluido entre las áreas de protección (nacional, racial, religiosa) las persecuciones de índole «política» de todos los documentos internacionales sobre la materia aprobados mientras existía

⁴ ROMANO, Sergio. Una legge sul negazionismo non risolve il problema. *Corriere della Sera*, 18 de octubre de 2010, p. 35.

⁵ ROLLNERT LIERN, Göran. «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)». *Revista de Derecho Político*, 73 (2008), pp. 103ss. El autor toma en consideración sentencias del Tribunal Constitucional de 1991, 1995 y la del 7 de noviembre de 2007.

la Unión Soviética y por presión de dicho Estado. Ello fue así por la sencilla razón de que tales atentados eran parte del régimen (las «purgas» estalinistas de la década del «treinta»), como también lo fueron en la China de Mao y en el régimen de Pol Pot que en 1975 se instaló en Camboya e inició una masacre que dejó dos millones de muertos, ejecutados por su banda, «los jemeres rojos», quienes no fueron menos despiadados que los nazis. Los miembros de la banda fueron enjuiciados en 2006, pero Pol Pot —discípulo de Mao— ya había fallecido en 1998⁶. Curiosamente, estos «jemeres rojos» fueron desalojados por los vietnamitas.

La abundante literatura comparada, especialmente la de origen europeo, repite la distinción entre la *opinión* y la *acción o actividad* para proteger a la primera con la cobertura de la libertad de expresión y encolumnar a las otras en las previsiones de la legislación represiva del odio, el insulto, la incitación a la discriminación, la apología del delito, el ataque al honor y a la dignidad, por tratarse de atentados anti-constitucionales. Ahora bien, en este terreno, la distinción entre «la opinión» y «el accionar» es relevante e importante. Una cosa es no querer a uno o a muchos y otra cosa es proferir el «discurso del odio» incitando a la acción ofensiva y degradante de otros con el deliberado propósito de impulsar motivaciones para afectar —incluso hasta con asesinatos— a quienes se odia y discrimina. El discurso del odio es más grave —cuantitativa y cualitativamente— que la mera intolerancia. Asimismo, su peligrosidad es mayor que las expresiones que puedan verse bajo el manto de la «investigación científica» o del «revisionismo histórico» u otras invocaciones tendientes a alimentar la credibilidad de las afirmaciones sostenidas desde el campo del «negacionismo».

Creemos que la aplicación de la doctrina del «abuso del derecho» al ejercicio de la «libertad de expresión» no siempre facilita la clarificación del problema, sino que nos conduce a pensar el mismo, como si se tratara de resolver la paradoja de una supuesta «cuadratura del círculo», figura esta que enuncia un disparate de contradicción. En Europa persiste la discusión y los pronunciamientos judiciales se han repartido entre interpretaciones divergentes de los artículos 17 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; lo mismo ha acontecido en varias oportunidades entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) y los tribunales supremos de algunos Estados de la Unión Europea (Suiza, España, Francia, Italia) ¿«Negar» es una forma de «incitar»? He aquí la cuestión. La única forma de zanjar el conflicto entre la intransigencia o estrictez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el criterio de los otros tribunales parece ser el ampararse en el «margen de apreciación nacional» (MAN) que, a modo de «zona de reserva»

⁶ Cf. el patético testimonio de Denise Affonço, quien logró huir luego del asesinato de toda su familia y de cuatro años de cautiverio (AFFONÇO, Denise. *El infierno de los jemeres rojos*. Barcelona: Asteroide, 2010).

o «área» o «franja» de criterio discrecional, puedan asumir legítimamente los Estados miembros.

Qué mejor comparación figurativa que la de Javier García Roca, quien invoca la situación del dios Jano, el cual, «desde el dintel de las casas romanas, miraba hacia dentro y hacia fuera»⁷. Ese es, precisamente, el caso del «margen de apreciación nacional» en su compleja —y a veces confusa— delimitación con la órbita de la jurisdicción supranacional o el área de las decisiones de organismos internacionales. Siguiendo a este versado autor, es claro que el legislador (local) posee una gran latitud para seguir cuestiones políticas, económicas y sociales, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe respetarlas «salvo si el juicio se revela manifiestamente desprovisto de bases racionales»⁸. Más allá del prohibido «discurso del odio» y la «incitación a la violencia», la tipificación de delitos es terreno propio de la libre configuración del legislador nacional, excepto cuando entra en colisión con la libertad en la comunicación social, caso Azevedo contra Portugal, del 27 de marzo de 2008⁹. El asentamiento del citado «Margen» (MAN) tiene origen en la Comisión Europea de Derechos Humanos y de allí fue recepcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del 18 de junio de 1971, caso Dewilde, Ooms y Versyp. Esta es, a juicio de García Roca, una construcción *débil, poco densa* y no exenta de *contradicciones*, a lo que añade que esa noción «*es compleja* y no ha terminado de dibujarse en forma completa»¹⁰. Sus contornos muy imprecisos y casuísticos —propios de una creación pretoriana— limitan la amplitud jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «*no puede ni debe imponer una misma regulación en cada Estado*», pues «lo que puede y debe hacer es excluir algunas regulaciones nacionales por ser lesivas de los derechos humanos»¹¹. Dicho Tribunal se debe ajustar a «*una elástica frontera que marca un margen de autonomía* de los diferentes Estados, ya sea por acatamiento a su soberanía o por la moderación y prudencia inherente a las jurisdicciones»¹².

En prieta síntesis se enumeran a continuación algunos de los datos (difusos) que caracterizan al MAN:

- a) se vincula al principio de «subsidiaridad», toda vez que solo aparece en un salto sobre el agotamiento de la tutela local por defecto de esta;

⁷ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor, Navarra: Cuadernos Cívitas, Instituto de Derecho Parlamentario/Thomson-Reuters, 2010, p. 85.

⁸ *Ibidem*, p. 297.

⁹ *Ibidem*, pp. 283-284.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 110 y 112.

¹¹ *Ibidem*, pp. 57-58.

¹² *Ibidem*, pp. 203-204.

- b) no puede haber una mera y directa sustitución de las decisiones nacionales;
- c) es una «reserva de decisión doméstica» a manera de una «deferencia» a la garantía local¹³;
- d) es un «espacio de maniobra» que Estrasburgo concede a las autoridades internas; y
- e) se aproxima a la idea francesa del espacio de «discrecionalidad administrativa» o a algunas expresiones alemanas conocidas como «espacio de valoración», «espacio de libertad de decisión» o «la discrecionalidad de valoración».

Coincidimos con García Roca en subrayar la *discrecionalidad* con que ha sido aplicado este estándar o pauta, que acaso animado por la «complementariedad» entre la jurisdicción local y la supranacional no ha podido evitar tensiones y discrepancias cuando ha pretendido «avanzar» (es opinión mía) sobre el ámbito local legítimo. Por ello es dable auspiciar su mayor depuración como concepto teórico y en su aplicación jurisprudencial, sin olvidar su manejo doctrinario, algunas veces escaso de motivación. La aplicación del fundamento «*principio de proporcionalidad*» también debe jugar en la ponderación y en la medición de las relaciones de los cuerpos supraestatales con la libre configuración de los derechos por parte del legislador nacional (de origen democrático), respetando la legitimidad del orden local, salvo casos de manifiesta arbitrariedad en que el «control» puede ser más intenso y profundo.

En síntesis, solo a mayor irregularidad de las decisiones locales puede corresponder un achicamiento del «margen». Cuando la jurisdicción supranacional intenta ocupar espacios sensiblemente reservados, cabe el riesgo del incumplimiento de la decisión superior, por cuanto (y en tanto) la ejecución queda en manos de los poderes locales. En Europa no se han visto por ello obligados a modificar las Constituciones locales como consecuencia de una decisión del Tribunal de Estrasburgo, aunque sí a corregir situaciones defectuosas (por ejemplo, el régimen carcelario). En cambio, en el sistema interamericano, la Argentina se vio precisada a derogar disposiciones penales en materia de delitos contra el honor a fin de cumplimentar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José de Costa Rica) para así satisfacer una demanda a la que el Estado se había finalmente allanado. La pregunta que queda pendiente es la de saber qué actitud asumiría la República Argentina si aquella Corte, creada en virtud del Pacto Interamericano, decidiera un caso en el que para el cumplimiento del fallo fuera menester proceder a la reforma de la Constitución por la vía del ejercicio del Poder Constituyente (artículo 30), si seguir con la «política» de los «allanamientos» o invocar el «margen de apreciación nacional» (MAN) ¡Qué problema!

¹³ *Ibidem*, pp. 93 y 95.

II. Es menester advertir que algunos documentos internacionales remiten la configuración de los eventuales actos delictivos a la legislación de cada Estado. En el caso de la tipificación penal del *odio*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ya citado) establece que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya *incitación* a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley» (artículo 20.2). Cabe señalar que la República Argentina, además de otorgar «jerarquía constitucional» al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el artículo 75, inciso 22, ha hecho lo propio también con su «Protocolo Facultativo» (1966) y con la «Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio» (1948), como con la «Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial» (1965), por lo que la complementación legal en el orden interno hace posible la aplicación de las penalidades correspondientes¹⁴. Esto así con más razón aún, pues Argentina se ha adherido a la Convención de Roma (18/VII/1998) que crea la Corte Internacional Penal, la cual, en su artículo 5, reitera las incriminaciones (que con parecida denominación se establecieron en la Convención de 1948) de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, más el genocidio (la versión clásica de los crímenes contra la paz remitía al «crimen de agresión» y en cuanto a los crímenes contra la humanidad, la versión española califica «de lesa humanidad»).

En cuanto al «odio» como elemento constitutivo de estos delitos, parte integrante del *dolo* con que operan los sujetos intervinientes es la aversión hacia aquellos cuyo mal se desea, aversión esta que procede de causa determinada (odiosidad). El propósito del actor es causar el *mal*. La Argentina cuenta con un texto normativo que prevé cómo funge el elemento «odio» en la penalización del delito de incitación al odio racial: la ley 23.592, conocida como ley antidiscriminatoria, en sus artículos 2 y 3 (1988; ver apéndice). Del mismo modo, conciernen al tema que tratamos las previsiones del Código Penal de la Nación en cuanto a ciertos delitos, entre otros, la «Instigación a cometer delitos» (artículos 209), la «Asociación ilícita» (artículos 210 y 210 bis), la «Intimidación pública» (artículo 212), la «Apología del crimen» (artículo 213), como así también se considera delito contra el orden público el «imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor» por el solo hecho de ser miembro de la asociación ilícita (artículo 213 bis). Como está

¹⁴ Debe tenerse presente que al depositarse el 8 de agosto de 1986 el instrumento de ratificación, la República Argentina formuló la siguiente *reserva*: «El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional». El párrafo de la reserva aludida dice: «2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Esto significa que se debe respetar el *principio de legalidad*.

en juego la libertad de expresión, debe citarse el artículo 161, en el capítulo de «Delitos contra la libertad de prensa», castigando al «que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico» y los «Delitos contra el honor» (artículos 109 y siguientes).

En la inspiración dolosa del «negacionismo» parece evidente que la negación «rechaza todos los cimientos de la historia», lo que generalmente ha ido acompañado de una pretendida justificación que legitime los horrores y abusos que resultaron innegables para la observación por parte de la gran mayoría de la humanidad. Como ejemplo de «negacionismo» a la inversa y vergonzoso puede darse la invocación de lamentosas reacciones ante los bombardeos de ciudades alemanas durante la Segunda Guerra Mundial y, más precisamente, el caso de Dresde. Las más recientes investigaciones llevadas a cabo por científicos e historiadores alemanes demuestran que el bombardeo de dicha ciudad no tuvo la magnitud ni el número de víctimas correspondientes a un genocidio: el ataque aéreo inglés fue una batalla más¹⁵ en las postrimerías de la guerra.

No caben dudas de que el primer gran genocidio silenciado y negado fue el perpetrado por los turcos contra los armenios y que el sociólogo e historiador turco Taner Akçam relata en su obra de investigación *Un acto vergonzoso. El genocidio armenio y la cuestión de la responsabilidad turca*. Las matanzas comenzaron con los armenios ilustrados (docentes, escritores, periodistas, etcétera) para que no pudieran dejar testimonios documentales de las masacres dispuesta a continuación. Esto revela que hubo una planificación meditada y sádicamente organizada para el exterminio.

Entre los epígonos y adalides del negacionismo pueden encontrarse figuras tan dispares como el británico David Irving («Hitler no sabía nada...»), la estadounidense Deborah Lipstadt, el francés y excomunista Paul Rassinier (*La mentira de Ulises*, 1950), supuestos revisionistas como Robert Faurisson, el historiador David Hoggan (*El mito de los seis millones*, 1969), el creador de una entidad de negación como William David Mc Calden, el ideólogo excomunista francés Roger Garaudy, el suizo Jürgen Graf, entre otros; aunque el más empeinado ha sido el inglés primeramente mencionado¹⁶. Llama la atención la persistencia de Irving,

¹⁵ Las crónicas iniciales dieron cifras de muertos que alcanzaban a cientos de miles de personas. Se afirmó durante años que se trataba de una ciudad sin defensas antiaéreas, como así también que carecía de poder estratégico militar. En los últimos años, una comisión nombrada por el gobierno alemán ha llegado a documentar con pruebas fehacientes todo lo contrario: menor número de víctimas, la ciudad de Dresde tenía potencial bélico y era un baluarte político del régimen. Winston Churchill expuso el caso ante la Cámara de los Comunes inmediatamente después del bombardeo y explicó las razones del mismo en momentos finales de la contienda: debilitar la resistencia del nazismo para acelerar la rendición.

¹⁶ Datos extraídos de la última actualización de la voz «Negacionismo del Holocausto» en Wikipedia, el 6 de junio de 2013. El Estado que no suscribió la «condena sin reservas de toda negación del Holocausto» fue Irán, al aprobarse esa declaración por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2007). También se usa la expresión

dadas las reiteradas penalidades que registra: fue arrestado en Austria (2005) y estuvo recluido tres años por haber «glorificado su identificación con el partido nazi alemán», en setiembre de 2010 organizó un *tour* a Polonia al precio de 2650 euros por persona con visita guiada a Auschwitz-Birkenau, Treblinka y Ketrzyn para narrar «su verdad» sobre esos campos de concentración a los que burlescamente y cívicamente califica como una «ficticia Disneylandia *mangiasoldi*», para terminar excusándose afirmando que Churchill «sabía poco del Holocausto»¹⁷. Cuesta entender que pueda arraigar en la mente de esos escritores la obcecación tenaz y persistente del «negacionismo» y que gocen de la libertad para expresar todo lo que piensan, aún en supuestos aberrantes; pero no cabe otra respuesta que la que ofreciera el talentoso juez Oliver Wendell Holmes al confesar que «no hay libertad de pensamiento para aquellos que están de acuerdo con nosotros, sino libertad para las ideas que detestamos» (caso «United States v. Schwimmer»), o la audaz afirmación de Voltaire: «no coincido con usted pero estoy dispuesto a sacrificarme para que pueda expresarlo libremente».

III. Corresponde ahora mencionar qué países han aprobado normas legales —en el Código Penal o en cuerpos separados— por las cuales se condena, penalizándolo, al accionar o movimiento del «negacionismo». De acuerdo con la información obrante en mis manos, estarían incluidos los siguientes estados: Francia, Austria, Bélgica, Alemania, Suiza, Eslovaquia, República Checa, Lituania, Polonia, Canadá, Liechtenstein, Nueva Zelanda, Holanda, Rumania, Sudáfrica e Israel. El Reino Unido (Inglaterra), Irlanda y los países escandinavos se resisten a legislar por temor a que ello pueda provocar restricciones a la libertad de expresión y así lo manifestaron los ministros de justicia reunidos en Luxemburgo el 19 de abril de 2007¹⁸. Estados Unidos no ha incorporado una normativa específica al respecto, aunque es mayoritaria la condena del genocidio en general y del Holocausto o *shoah* en particular por parte de la sociedad y de su gobierno, debiéndose tener en cuenta que en el régimen federativo de la república norteamericana la legislación penal de fondo compete a los Estados locales. No es delito en Italia ni en Inglaterra¹⁹.

«shoah», que en hebreo significa «catástrofe». Estimo que con las voces «aniquilación» o «aniquilamiento» se puede reflejar en idioma español la idea cabal: según el DRAE quiere decir «reducir a la nada», «destruir enteramente».

¹⁷ Cf. *Corriere della Sera*, 22 y 26 de setiembre de 2010.

¹⁸ Cf. *El País*, 20 de abril de 2007.

¹⁹ Según datos de Jorge Alberto Diegues (DIEGUES, Jorge Alberto. «El negacionismo y la libertad de expresión». *Estudios de Derecho Constitucional* (Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires), 2011, pp. 87-104). También puede consultarse la nómina en Wikipedia, citada en este trabajo de mi autoría; enciclopedia que ofrece el dato de que la voz «negacionismo» fue inaugurada por Henry Rousso en su obra *El síndrome de Vichy*, publicada por la Harvard University Press, en inglés, en 1991. En cuanto a Hungría, el Parlamento aprobó en febrero de 2010 una ley que establecía la pena de prisión de hasta tres años por la «negación del Holocausto», incluyendo a quienes, aun sin negarlo, lo presentan «como

Más recientemente, en la hermana República del Perú, el presidente del Consejo de Ministros, Juan Jiménez Mayor, remitió al Congreso un proyecto de ley —en agosto del año 2012— por el que se incorporaría al Código Penal un artículo en el que se reprime con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años a quien públicamente *apruebe, justifique, niegue* o *minimice* los delitos de terrorismo. Se titula proyecto de «Ley del Negacionismo» y se fundamenta en la necesidad de protección de las víctimas del terrorismo ante la circulación de expresiones «que son francamente lamentables, sobre la *destrucción, el odio* y la *muerte* que sembró el terrorismo en el país», aclarándose en los fundamentos citados que «de ninguna manera se busca afectar la libertad de expresión plena que debe existir».

El caso más peculiar es el de la interpretación de la legislación española, a partir del artículo 607.2 del Código Penal por el que se establece la pena de prisión de uno a dos años a quienes incurran en «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior [genocidio] o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos». Cabe señalar que en otra parte del articulado de ese Código se tipifican la apología del delito, la incitación al odio racial y otras figuras, pero en la norma arriba transcrita se crea «un tipo penal autónomo». A partir de esta normativa, la jurisprudencia ha girado hacia una postura hermenéutica francamente indulgente, cuya fundamentación la formuló la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 7 de noviembre de 2007, que desde una visión ilimitada de la libertad de expresión concluye otorgando protección a la propagación de ideas e ideologías que con base en el pluralismo doctrinario circulan al margen de toda sanción. Esta amplitud hermenéutica se encoge en el caso del «genocidio», como enseguida veremos. Es allí donde surge la invocación de valores prioritarios, tales como la «igualdad» y la «dignidad humana», de los que se deriva el «derecho al honor», reñido con toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad o etnia: en estos casos resulta constitucionalmente punible el «negacionismo» con respecto a los sufrimientos y muertes provocados por regímenes que fueron oportunamente condenados (Nuremberg) y cuya exaltación o reivindicación tiendan al resurgimiento a través de lo que se ha dado en llamar «el discurso del odio», comprensivo este de la xenofobia y toda forma de racismo e intolerancia. En tales casos, el artículo 607.2 es constitucional en cuanto a la criminalización de los actos que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen comportamientos con esos fines, por tratarse de aupear, abusando del derecho, a

algo insignificante». Los socialdemócratas no aceptaron incluir los delitos de «lesa humanidad» perpetrados bajo los regímenes comunistas. Es sabido que los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania) y Polonia pretendieron que los crímenes cometidos por Stalin en esos países ocupados o invadidos por la Unión Soviética se equipararan a los de Hitler.

doctrinas racistas y de raigambre totalitaria que procuran a todo trance imponer una especie de revisionismo histórico de mala fe.

La crítica u observación que se le ha formulado a esta sentencia del Tribunal Constitucional de España (número 235, de 2007) es que, al crear un «tipo penal independiente», separa la hipótesis del inciso 2 con relación a la tipicidad establecida en el inciso cabecera (artículo 607.1) que exige un dolo que no aparece en el segundo apartado y que consiste no solo en los componentes mencionados, sino en el requisito *previo* de un propósito de destrucción grupal (total o parcial). *No basta con el odio, sino que además de ese componente se requiere la presencia de un elemento subjetivo del tipo penal consistente en el ánimo de causar un mal.* Por ello, vienen a resultar de la norma en cuestión dos gradaciones con diferente alcance:

- a) La mera transmisión de ideas o doctrinas que cuenta con el amparo de la libertad ideológica y, en el ámbito de la investigación histórica, con la cobertura de la libertad científica en el terreno de la historiografía.
- b) El «discurso del odio», propiciatorio de la incitación a la acción directa de la violencia, sin cabida en el ejercicio de la libertad de expresión.

Como la separación entre la denominada «libertad científica» y el «discurso del odio» gira alrededor de la «opinabilidad», discusión o debate en que transcurre la primera; y la agresión, hostilidad, vilipendio y ofensividad que genera la segunda, los jueces se ven llevados a un criterio o «juicio de la proporcionalidad» a fin de discernir los casos. No es tarea sencilla ni que asegure total objetividad.

En resumidas cuentas, la sentencia considera constitucional la criminalización de la *justificación* del delito de genocidio, separando esa postura de la negación, que sería —en principio— no punible. En este supuesto, la «libertad de expresión» queda superada por la suma gravedad de la justificación pública del genocidio que axiológicamente debe tener coto mediante su penalización —entre otras razones— «para romper la barrera de repugnancia social que impide el aliento de su temible repetición»²⁰. Creemos, así, que no es vano, fútil ni inútil dejar pasar la *inanidad*,

²⁰ Cf. ROLLNERT LIERN, Göran. Ob. cit., p. 125. Al comentar la sentencia española del año 2007, este autor afirma que «Suprimido así el límite penal al *negacionismo*, resulta evidente por obvia la cobertura constitucional al amparo de la libertad de expresión de aquellas manifestaciones revisionistas más moderadas en las que no se afirma radicalmente la inexistencia del Holocausto sino que se introducen dudas sobre ciertos aspectos del mismo o se discute si respondió a un plan deliberado de exterminio racial, tanto más cuando la STC 235/2007, por remisión a la 43/2004, ha destacado la mayor protección de la libertad científica respecto a las de expresión e información para posibilitar una investigación histórica intrínsecamente polémica en la que la incertidumbre objetiva de los hechos enjuiciados es consustancial al debate». Y en la nota al pie añade: «En este sentido la STC 43/2004 a la que se remite la sentencia comentada afirma que si la historia solamente pudiera construirse con base en hechos incuestionables, se haría imposible la historiografía, concebida como ciencia social. En su ámbito, los historiadores valoran cuáles son las causas que explican los hechos históricos y proponen su interpretación, y aunque tales explicaciones e interpretaciones sean en ocasiones incompatibles con otras visiones, no

como si estos delitos permanecieran en la escalera, situados en un escalón de vacuidad o futilidad. Los distingos penales entre la incitación directa al genocidio y una incitación «indirecta» netamente diferenciada de la apología no quitan el sesgo oprobioso y degradante de la ofensa, que puede revestir el paso inicial para su transformación en una agresión directa y violenta. La levedad inicial no es garantía alguna ante una futura gravedad generalizada, tanto cuantitativa cuanto cualitativamente. Las condenas pronunciadas por tribunales de Francia y de Suiza parecen indicar que, a tenor de la experiencia histórica, como «el hambre viene comiendo», y dado el «*in crescendo*» de los delitos, hay que observarlos con el lente de su ulterior peligrosidad. En el caso de Francia, se registran momentos y circunstancias que merecieron diverso trato: una normativa inicial no pasó el filtro del Consejo Constitucional al no aprobar el test de la «proporcionalidad» en cuanto al respeto de la libertad de expresión y de comunicación. Mientras tanto, la *Ley Gayssot* prosperó a la postre por no ser contradictoria con la ley de libertad de prensa (año 1881) y tener apoyo en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional reglado por la Carta de Londres al cabo de la Segunda Guerra Mundial (8 de octubre de 1945).

IV. Es posible percibir que entre las variantes de análisis del complejo tema de la penalización del «negacionismo» surge una riqueza de lenguaje que procura —presumiblemente— encontrar el acierto en la más feliz (o en la menos incierta) de las descripciones de los comportamientos que han de configurar la tipicidad penal en su caso, o la licitud de los actos expresivos que generan el temor a la resurrección de delitos como el asesinato, las agresiones sexuales, los desplazamientos forzados de la población y el genocidio masivo. Ese temor existe, está subyacente y aflora cuando se avizoran «anticipos» de una eventual consumación de lo peor del mal, o lo que Hannah Arendt enunció como la terrible «banalidad» del mal. Las barreras defensivas ante tamaña amenaza se parapetan en los «principios», de los cuales el más significativo es la preservación de la eminente dignidad de la persona humana, que consagra el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, hoy Constitución de la República Federal de Alemania. La idea y el concepto tuvieron gran resonancia humanística en la obra homónima de Pico della Mirandola, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, en pleno Renacimiento. Así, no es concebible hoy un modelaje constitucional que reniegue de esa inspirada idea; con mayor razón aún si se consideran las palabras de Immanuel Kant: «[...] la inclinación y disposición al *libre pensamiento* [...] repercute gradualmente sobre el modo de sentir del pueblo (con lo cual este va siendo poco a poco más capaz de una *libertad de obrar*) y hasta

corresponde a este Tribunal decidir, por acción u omisión, cuál o cuáles deban imponerse de entre las posibles. Son los propios ciudadanos quienes, a la luz del debate historiográfico y cultural, conforman su propia visión de lo acaecido, que puede variar en el futuro».

en los principios de *gobierno*, que encuentra como provechoso *tratar al hombre conforme a su dignidad*, puesto que es algo más que una *máquina*²¹.

Las apelaciones a la defensa del honor, a la relevancia de los derechos protegidos constitucionalmente, a la condena de la violencia como procedimiento de la acción política, a la defensa de los valores supremos en la escala axiológica, a la idea de los derechos «fundamentales» (¿y cuáles no lo son?), a la superación del odio en sus diversas manifestaciones, a todas las modalidades de la discriminación, etcétera son aspiraciones encomiables y sublimes que requieren del sustento de una sólida cultura en la que la razón y la conciencia sujeten a los impulsos primarios de los más bajos instintos orientados hacia la aniquilación del «otro» u «otros». Como arma de doble filo ha llegado a vedarse el ejercicio de la libertad si lo es para atentar contra la libertad misma (Constitución Nacional, año 1949, artículo 15, que sirvió para justificar proscripciones por razones ideológicas).

Se han perfeñado fórmulas basadas en la «proporcionalidad» entre el medio elegido y el fin perseguido como pauta reglamentaria de los derechos sin alterar la sustancia de los mismos (artículo 28, Constitución Nacional), se han arbitrado los máximos esfuerzos para obtener la coexistencia de derechos y libertades, sin caer en el descrédito de su contradicción intrínseca en un ejercicio simultáneo de ambos. En fin, hasta se ha acudido a la doctrina de la «real malicia» como módulo de la libertad de expresión, o se ha rebautizado el intrínquilis con la versión de «delitos de lesa verdad» (Sergio Romano). Nada falta en el catálogo²².

En prieta síntesis, puede decirse lo siguiente: la aplicación de la doctrina de la «real malicia» depende de «que se compruebe la existencia de un elemento subjetivo de conocimiento o, al menos, despreocupación respecto de la falsedad de los hechos» (sentencia de la Corte Suprema, caso V.J.M. versus Rocha, del 19 de mayo del 2010, actual composición de ese Tribunal).

V. La penalización criminal del «negacionismo» como intento de erradicar comportamientos expresivos que hieren sentimientos profundos de quienes se sienten

²¹ KANT, Immanuel. «Respuesta a la pregunta ¿qué es la ilustración?». En *Filosofía de la historia. Qué es la ilustración*. Traducción de Emilio Estiú y Lorenzo Novacasa. La Plata: Caronte Filosofía, 2004, p. 39. Las cursivas en «*tratar al hombre conforme a su dignidad*» son nuestras.

²² Según Jorge Alberto Diegues (ob. cit.), hacen falta tres condiciones para que resulte aplicable al «negacionismo» la doctrina de la «real malicia», a saber: a) una manifestación difamatoria; b) que la noticia sea falsa; y c) que su difusión sea con conocimiento de su falsedad o con una «temeraria despreocupación sobre la veracidad o falsedad de ella». Añade el autor que lo decisivo radica en «la intención de difundir la expresión por parte del inculpado para dañar la reputación de las víctimas o, de no existir ella, el conocimiento o notoria despreocupación de la falsedad de la información que transmite» (pp. 103-104). Quedarían así exculpados los que investigando con honestidad llegasen a la conclusión sincera —aunque errónea— que les permita afirmar la inexistencia del genocidio.

dolidos por los actos y los hechos que afectaron valores tan primordiales como la vida, el honor, la libertad, la integridad y todos o cualesquiera de los componentes de «la eminente dignidad de la persona humana», considerada esta de manera individual o en forma grupal, es una lógica y natural inclinación a reprimir la exaltación de los horrores padecidos real y efectivamente por colectividades enteras o por considerables miembros de ellas. De esto no cabe duda, pero la dificultad aflora a partir de la tentación a extender esa legítima condena, a través de la tipificación con figuras penales, a expresiones (orales, visuales o escritas) que aluden a creencias hipotéticas o conjeturales cuya manifestación resulta ser el resultado de «un leal saber y entender» por parte de quienes no desean aprobar tales delitos ni incitar a la aprobación de los mismos, como tampoco incitar conductas deleznable ante los ojos del «sentido común». En algunos casos, también surge el peligro de extender la mentada condena a expresiones sobre acontecimientos o sucesos que abren dudas en torno a los límites entre lo cierto y lo incierto; se trata del problema del rol de la opinabilidad en la separación entre historia y leyenda, mito y realidad.

No es lo mismo el eslogan o el panfleto que la investigación, aunque esta pueda estar errada en cuanto a sus conclusiones. No es igual la «direccionalidad del agitador, del incitador o activista, que la reflexión del analista». En definitiva, lo condenable es el *dolo*, la intencionalidad, el «direccionamiento» del sujeto cuya conducta está inspirada o animada por una falsedad que difunde inescrupulosamente con la explícita finalidad de cumplir un objetivo determinado: que se mate, se hiera, se destruya, se persiga, se silencie, se segregue, se discrimine a los que se *odia*. Pero el odio en sí no es un delito. Es una demostración de resentimiento y es una dolencia mental que promueve una fuerza que impulsa hacia la eliminación o la exclusión del «otro» o de «los otros». Obedece a intensos trastornos psiquiátricos que llevan a la desviación de las conductas, con un consciente propósito de aniquilar o vejear a terceros, a quienes se destina a la exclusión, al arrinconamiento, al confinamiento o a la humillación, como pasos sucesivos (o simultáneos) de un destino final, que es la muerte.

¿Tan horripilante escenario no haría que sea válidamente justificable —con miras a evitarlo o a que se propague— arribar a soluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte a la postre que «el fin justifica los medios»? Es sabido que «en la lucha contra los caníbales está permitido todo, menos comerse a los caníbales» (parafraseando a Borges). Esto equivale a reparar que el arsenal de figuras penales que ya están en el derecho positivo tipificando conductas lesivas es suficiente para sancionar el comportamiento de quienes procuran, amparándose en la libertad, penetrar en la práctica de la patología antihumana. Los delitos ya los previó el legislador y su comisión puede ser sancionada, sin apartarse del principio de legalidad «*nullum crimen, nulla poena, sine lege et iudicio*». Allí está el artículo 18 de la Constitución

Nacional. Así como también está, y en consonancia con el anterior, el sabio artículo 19 de deslinde entre lo prohibido y lo permitido. Y sobre esa base de legitimidad, cabe reprimir las exteriorizaciones de incitación al delito (instigación), apología del crimen, asociación ilícita, discriminación, genocidio, agresión (en todos sus tipos), lesiones al honor y la pretendida justificación de conductas delictivas; no así las exteriorizaciones de opinión sobre actos o hechos que estén en discusión, sea que se discuta su existencia misma o su gravedad. Esto es lo más acorde con lo que garantiza el artículo 19 de la «Declaración Universal de Derechos Humanos» (1948) cuando consagra que «Todo individuo tiene derecho a la *libertad de opinión y de expresión*; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». Queda claro que, bajo tales condiciones, no es viable la creación del «delito de opinión» por su mera expresión. Esa es nuestra posición al respecto, si se establece un «delito autónomo», se correría el riesgo de imponer una verdad «oficial», es decir, la «verdad del Estado», que es equivalente a la afirmación de una historia «única» que no admite prueba en contrario. Me provoca espanto la posibilidad de que pueda cundir esa imagen de la historia y, por ello, quisiera traer a colación lo dicho por un grupo de escritores franceses en diciembre de 2005: «La historia no es una religión. El historiador no acepta ningún dogma, no respeta ninguna prohibición, no conoce ningún tabú. La historia no es la moral. El historiador no tiene el papel de exaltar o condenar, solo explicar. En un Estado libre no pertenece ni al Parlamento ni a la autoridad judicial definir la verdad histórica»²³.

VI. Ya sea por aplicación de tratados internacionales más recientes, la comisión de los «delitos de lesa humanidad» (véase el Tratado de Roma, con la creación de un tribunal a esos efectos, cuya jurisdicción es plenamente abarcativa, con la combinación de las normas —también internacionales— que establecen la imprescriptibilidad de los delitos de esa entidad), o por algunas lagunas subsistentes, surgen algunos interrogantes: ¿Qué necesidad hay de erosionar el amparo a la libertad de expresión? ¿Es insuficiente o hay que acudir a otras tipificaciones? Hay unas cuantas consideraciones a este respecto que no se pueden soslayar:

- La preexistencia de la tentación a la «analogía» que expresamente prohíben los sistemas constitucionales que respetan los principios del derecho penal liberal (no así en los códigos penales de los regímenes totalitarios, muy parecidos entre sí en cuanto a la punición de la expresión del pensamiento y las creencias: Unión Soviética, Alemania nazi, Italia mussoliniana, etcétera).

²³ BASSETS, Lluís. «Libertad de expresión en Europa. Tótem y tabú». *El País*, 8 de febrero de 2007.

- La otra tentación desviacionista es la de volver a la práctica de «iguales pero separados»: son formas de segregación ya sufridas por vastos sectores de la humanidad, pero el mejor antídoto para ahuyentar esa injusticia consiste en el robustecimiento —a partir de la educación— de una *cultura* que forme y ayude a prevenir la exaltación de los bajos instintos que motivan o alientan esas modalidades del odio. Una vez más es bueno recordar que la cultura se forja a través del dominio de los instintos por medio de la razón, mientras que una civilización es preferentemente vista por el dominio de la naturaleza a través de la técnica (pensamiento de Max Scheler, compartido por Joaquín V. González y Carlos Sánchez Viamonte, entre otros).
- Si bien es verdad inconcusa que no existen derechos absolutos (pues el derecho de uno termina donde empieza el del otro u otros), también es cierto que, en los pueblos que gozan de una democracia constitucional con Estado de Derecho, la libertad de expresión es el menos «relativo» de los derechos, habida cuenta que es la prolongación habitual del absoluto don de pensar. Y el que no se admita la expresión de un pensamiento es una mutilación del espíritu del ser humano.

Las tendencias autoritarias (¡y ni qué decir de las entronizaciones totalitarias, algunas todavía subsistentes!) se valen del articulado del código penal, cuando no de «leyes especiales», para narcotizar la expresión, reduciéndose de tal manera que muchos temas fundamentales queden silenciados bajo la amenaza de su castigo penal, mientras que las exteriorizaciones de carácter público acuden a tópicos baladíes o lenguajes chabacanos y hasta figurines de burdel, todo ello direccionado hacia la distracción o evasión de la atención fuera de «las verdades que duelen». Así, por ejemplo, Turquía —que solo tiene un enclave en territorio europeo, pero es asiática en su mayor extensión— gestiona su ingreso a la «Unión Europea» constituida por casi treinta países (que sí lo son) y mantiene en su ordenamiento legal una disposición penal que permite sancionar a los que afirmen su pasado genocidio contra el pueblo armenio (crimen masivo que incluso la Argentina ha reconocido por la ley número 26.199 del Congreso). El artículo 301 de su código penal establece como delito punible el acto de «atentar contra la identidad turca» y se aplica a quienes incurran en la afirmación de las matanzas cometidas entre la segunda y tercera década del siglo pasado y que arrojaran alrededor de un millón y medio de víctimas. Resulta paradójico que mientras un tribunal suizo (Lausana) en marzo de 2007 condenó a pagar una multa de siete mil quinientos euros al nacionalista turco Doğu Perinçek por haber negado el genocidio de los armenios iniciado en 1915, la escritora turca Elif Shafak haya sido condenada carcelariamente por haber citado en su novela, *La bastarda de Estambul* (2006), el genocidio de los armenios.

En la República Argentina ha existido legislación represiva del siguiente tenor: «será reprimido con prisión de uno a ocho años el que por cualquier medio provoque pública alarma o *deprima el espíritu público* causando un daño a la Nación» (artículo 8, ley 13.985, año 1950, de delitos contra la seguridad de la Nación). Esta ley recién fue derogada en 1964, por la ley 16.648; por lo que resulta que rigió durante casi tres lustros. Y la reflexión que nos merece es que una norma con enunciados de tal laxitud y flojedad, con un lenguaje sibilítico de apariencia importante, pero que pretende crear un tipo penal — misterioso y oscuro— se presta a cualquier intento de persecución. Incluso si no llega a aplicarse en forma generalizada, queda pendiente como una «espada de Damocles» para ser aplicada con fines represivos a disidentes o adversarios del poder de turno, pues servía tanto «para un lavado como un fregado». Otro tanto aconteció con la «elongación» del delito de «desacato». A la razonable redacción formulada por el autor del Código, Rodolfo Moreno (en 1921), se le injertaron luego notas «in crescendo» que fueron aviesamente aplicadas para sofocar años más tarde las voces de los opositores y hasta para promover (fiscales dóciles y jueces obedientes mediante) los desafueros y condenas de diputados nacionales que asumían con énfasis su derecho de crítica con respecto a los detentadores del poder. Esto alcanzó tal extremo que finalmente fue derogada la norma «corregida» sin dejar lugar siquiera para el tipo penal originario.

Ese tipo de penalizaciones, establecidas con «generalidad» (vaguedad o falta de precisión, según el DRAE), al formar parte de normas cuya «tipicidad» (elemento constituido del delito para la adecuación del hecho que se considera delictivo) es laxa como figura vaga o imprecisa, puede tornarse una amenaza para la libertad de expresión. Resulta paradójico el caso del premier turco Erdogan, quien, años antes de acceder al poder ungido por el voto de los sectores islamistas, sufrió una condena penal por expresar públicamente que «las mezquitas son nuestros cuarteles, sus cúpulas nuestras lanzas, sus minaretes nuestras bayonetas y la fe, nuestros soldados»: parecería que los adeptos al integrista —como partidarios de la intangibilidad— colocan sus doctrinas más allá de las religiones y del laicismo que antecedió a Erdogan. Casos así demuestran que la peligrosidad es mayor cuando el derecho positivo estataliza los dogmas. Más recientemente, el Parlamento Europeo suspendió la inmunidad parlamentaria de la eurodiputada francesa Marine Le Pen, por pedido de la justicia de su país, por el presunto delito de incitación al odio, por declaraciones que hizo en 2010, en Lyon, en las que afirmó que los musulmanes protagonizan en el país una «ocupación» mediante sus oraciones en la calle. La entonces vicepresidenta del Frente Nacional (FN) comparó la situación con una «ocupación en toda regla», aunque sin «soldados» o «blindados», en alusión a la ocupación alemana en la II Guerra Mundial²⁴.

²⁴ Cf. *La Nación*, 3 de julio de 2013.

VII. En síntesis (y decimos «síntesis» pues resultó bastante problemático sentenciar con una conclusión final en tan discutible cuestión), estimamos que en los roces de prevalencia axiológica que puedan producirse entre la penalización de manifestaciones verbales o escritas de lo que se ha dado en denominar el «negacionismo» y, por otro lado, el ejercicio de la libertad de expresión sin otro ánimo o propósito que el de externalizar una elaboración del pensamiento crítico o el fruto de una investigación científica, es coherente priorizar el derecho de expresión y opinión. Ello no significa en manera alguna que se tolere la impunidad si del caso surge la comisión de los delitos que ya están tipificados en la legislación penal con el fin de penalizar las conductas dirigidas a exaltar el odio, la persecución, el exterminio, la discriminación u otras actitudes que individual o colectivamente se dirijan a la apología del delito o a la asociación ilícita con esos fines y hasta el agravante del delito «en banda».

La «criminalización del negacionismo» no es un postulado generalizado en las distintas legislaciones del ámbito de las democracias constitucionales pluralistas y liberales. El debate sigue abierto. Y las hipótesis de eventuales castigos podrían remontarse hasta los más recónditos episodios que registra la historia de la humanidad: la condena de Cristo, el final de Sócrates, si Hitler huyó o se suicidó, los exterminios tribales como formas de genocidio, la misteriosa muerte o desaparición de algunos personajes (de la vida científica incluidos, como el gran físico italiano Ettore Majorana, probable conocedor de secretos atómicos).

Lo importante es que el derecho no confunda la opinión con la incitación, el pensamiento con la lesión. De última: *in dubio pro libertatis* (caso Sojo, Fallos 32:125, sentencia del 22 de setiembre de 1887, de la Corte Suprema). O como se expresara señeramente en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *in re* Anastaplo: «no tengamos miedo de ser libres». Ciertamente, la libertad comienza a exteriorizarse con el derecho a expresar el pensamiento. Hay que saber elegir (United States Reports, año 1961, en 366 U.S. 82).

Mucho se ha escrito sobre la permisibilidad o no de las manifestaciones del «negacionismo», principalmente en torno a las grandes desgracias de la humanidad. Abundan los textos, hay legislación dispar al respecto, la jurisprudencia es oscilante y la doctrina no se pone de acuerdo en un tema tan polémico y controvertido. Es por ello que podemos afirmar que estamos ante un «tremendal» en el campo del derecho, pues ciertamente se trata de un «tembladeral», o sea, de pisar un terreno pantanoso que retiembla cuando se anda sobre él. Y, por ende, también sienten el temblor los que asumen el intento de adentrarse en tan delicado tópic, que excede a la técnica penal para toparse con los principios constitucionales donde se asientan derechos tan fundamentales como el reconocimiento de la libertad de expresión como externalización natural de la existencia misma del pensamiento humano.

El punto crítico de la cuestión y que debe ser analizado con la mayor objetividad es el hecho de que de la criminalización del «negacionismo» al cercenamiento de la libertad de pensamiento y de opinión media un corto paso. En él las buenas intenciones —como lo es la irresistible reacción frente a la jactancia de los crímenes cometidos— pueden caer en una pendiente de censura o acortamiento de la libertad de expresión. Y de producirse ello, a la postre se produciría la imposición de un discurso o argumento (por más válido que sea) que cierre, cercene o pretenda clausurar las manifestaciones de una polémica o debate, dejando flotando en el ambiente la inexorabilidad de la verdad con categoría de dogma y no como punto de llegada de la dilucidación a través de la más amplia discusión del tema y de los hechos en que se sustentan las supuestas afirmaciones indubitables de su existencia o de su magnitud. La «ventilación» de las controversias no puede ser presumida como un paso en el debilitamiento de la aseveración, sino que debe encararse como un robustecimiento de las comprobaciones de actos, hechos, sucesos y acontecimientos que repugnan a la conciencia del prójimo, que es la humanidad toda.

En la Argentina tuvo lugar en la década pasada (año 2009) un hecho que trascendió las fronteras y que sirvió de ocasión para abrir el debate. El exobispo lefebvrista Richard Williamson formuló declaraciones públicas sosteniendo la inexistencia del Holocausto y, a raíz de ello, fue expulsado del país. El asunto escaló, pues el papa consideró insuficientes las disculpas presentadas por Williamson, quien no cumplió la orden de retractación, y la ministra de Justicia de Alemania anunció un mandato de arresto, por cuanto esas opiniones «negacionistas» habían sido formuladas en territorio alemán (en Ratisbona, Baviera) para la televisión de Suecia. El causante se encontraba en Inglaterra y, sobre la base de los tratados europeos vigentes, el Reino Unido debía extraditarlo, pero a raíz de que la fiscalía de Ratisbona multó a Williamson con doce mil euros, interpuso un recurso para forzar que su caso fuese objeto de un proceso penal. Mientras tanto, en nuestro país el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) elaboró un borrador para convertirlo en un eventual artículo 3 bis de la ley 23.592; pero esa idea no prosperó y abundaron las opiniones en el sentido de que la punibilidad solo procede «cuando se incite directa o indirectamente a la violencia o a un hecho delictivo»²⁵.

Como es sabido, dentro de un orden constitucional, ninguna libertad es total y ningún derecho es absoluto (artículo 14, Constitución Nacional). La idea de un derecho ilimitado pertenece a una concepción antisocial. Al respecto cabe tener presente que existe una regla jurisprudencial establecida por la Corte Suprema

²⁵ Cf. Leopoldo Schiffrin —Camarista Federal—, el Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina), etcétera, véase *Página 12*, 1 de marzo de 2009.

que «obliga a rechazar toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional, para tener vigencia requiere inevitablemente, la sustancial aniquilación de otro» (Fallos 251:87).

Pero hay derechos sobre los cuales la «relatividad» de su ejercicio debe ser menor, por cuanto un mayor interés social está de por medio. Este es el caso de la libertad de expresión, porque refiere a la faz espiritual del individuo (que no reconoce fronteras) y al desarrollo cultural de la sociedad (que no puede tener fronteras *a priori*). Por lo tanto, se puede sostener que los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional son, en este tema, las cláusulas más directamente operativas: primero, porque no se necesitan normas de implementación para pretender el goce de esa libertad; y segundo, porque está claramente remarcada la prohibición al poder público de sancionar normas limitativas (artículo 32). El Estado solo puede incriminar conductas, *penando los actos*, a través del código común respectivo: el Código Penal. Y no puede avanzar más, porque el único que puede proceder es el poder Judicial, que lo hace así para asegurar el respeto de otros valores en juego. Tal es el sentido de las figuras tipificadas en los artículos del Código Penal.

Afirmamos pues que el Código Penal es herramienta represiva suficiente por los siguientes motivos: 1) se trata de una «norma general» (con lo que se evitan los *bill of attainders*); 2) es una ley en sentido formal (con lo que se impiden las normas represivas de inferior jerarquía); 3) no puede surtir efecto retroactivo; y 4) contiene únicamente previsiones objetivas (con lo que se evitan los caprichos, las venganzas y las arbitrariedades). Mas lo fundamental radica en que, en un régimen del bien llamado derecho penal liberal, tales normas de tipicidad abstracta están dirigidas a regular el orden general de la conducta humana en la vida comunitaria, es decir, a) que no se dirigen contra la libertad de expresión como tal o en particular; b) resuelven la colisión de un bien jurídicamente protegido con otros intereses, pero no precisamente con la libertad de expresión; y c) solo afectan tangencialmente a esta libertad, en la medida que tales leyes generales también deben ser respetadas incluso por quienes ejercen la libertad de expresión²⁶.

Con las reflexiones precedentes queremos significar que la libertad de expresión debe ser considerada en el conjunto de las libertades humanas como el menos «relativo» de los derechos. Estamos parafraseando aquí a Vélez Sarsfield, quien en oportunidad de la Reforma de la Constitución Nacional, en 1860, habló de «la más absoluta libertad». Si se nos requiriera una difícil elección entre las protecciones

²⁶ Cf. STEIN, Ekkchart. *Derecho político*. Madrid: Aguilar, pp. 145-146. Asimismo, véase, la obra colectiva *Poder político y libertad de expresión* del Instituto de Ciencias Políticas y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), en particular el capítulo «La censura ante el derecho constitucional argentino», de Jorge Reinaldo Vanossi (pp. 313ss.).

que brinda nuestro régimen constitucional, no vacilaríamos en formular axiológicamente nuestra preferencia por dos de las cláusulas de la Constitución Nacional: a favor del artículo 18 que protege la seguridad individual y a favor del artículo 14 que preserva la libertad de expresión.

VIII. Creo que también es válida y aplicable para referirse a la protección de la libertad de opinión la muy precisa frase del famoso juez Oliver W. Holmes con motivo de la censura previa en las publicaciones: «la liberación de restricciones preliminares se extiende tanto a las publicaciones falsas como a las veraces». No debe extrañar ni asombrarnos un pensamiento tan radical en la mente de Holmes, pues era coherente en su cosmovisión.

Queda en pie la hipótesis de la publicación de una imagen desprovista de ideas. Claro está que la Constitución no está prevista para contemplar ese tipo de situaciones, pero más graves pueden ser las ideas arraigadas pese a haberse forjado desprovistas de una imagen. Florian Abrahamowicz, en su condición de jefe de la comunidad lefebvrista en el nordeste de Italia, aseguró que las cámaras de gas de los campos de concentración nazis sirvieron para «desinfectar» y agregó: «sé que existieron, pero no sabría decir si causaron la muerte o no de personas porque no he investigado a fondo el asunto». Esas declaraciones en el diario *Tribuna de Treviso* (el 29 de enero de 2009) motivaron que más de 200 teólogos y sacerdotes suizos calificaran la situación como «fuertemente regresiva» y criticaron al Papa (Benedicto XVI) por haber revocado la excomunión de cuatro obispos lefebvristas²⁷.

De todos modos, para las hipótesis comunes es menester dar la respuesta acerca del ejercicio legítimo de la represión penal: ¿qué justifica la prohibición? Al respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha consagrado *la doctrina del peligro «claro e inminente»*, que fuera elaborada hace muchos años para fundamentar la procedencia de restricciones a las libertades públicas bajo circunstancias suficientemente graves como para inclinar excepcionalmente la balanza a favor de la autoridad y en detrimento de la libertad. Claro está que la doctrina americana del «peligro claro e inminente» no opera como un *bill* de indemnidad para convalidar toda clase de restricciones, sino que únicamente procede en aquellos casos en que la valoración general comunitaria se inclina por la salvación de la libertad de todos a costa de la restricción de ciertas libertades ejercidas por algunos²⁸.

¿En qué consiste ese «peligro»? Consideramos que en materia de libertad de expresión solo queda configurada una situación excepcional y extraordinaria de «peligro

²⁷ Cf. *La Nación*, 30 de enero de 2009.

²⁸ Véase VANOSI, Jorge Reinaldo. «Félix Frankfurter y su aporte a la jurisprudencia constitucional». En *Teoría Constitucional*. Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013, tomo II, p. 1109.

claro o inminente» cuando el caso cuestionado ofrece todas las características de exhibir una mera apelación a la irracionalidad. No debemos olvidar que el hombre es una combinación de razón (racionalidad), sentimientos (emocionalidad) e instintos (animalidad). No se puede prescindir de ninguno de esos elementos. Todos ellos existen en el ser humano: su efectividad, su intelectualidad, etcétera, pero tampoco se puede unilateralizar la cuestión. Por lo tanto, se trata de enriquecer un proceso cultural, evitando la proliferación de la pura violencia, la pura obscenidad, el puro odio racial, político o religioso.

Estos y otros puntos han sido planteados y reflexionados por los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando han debido afrontar la responsabilidad de decidir en este tipo de cuestiones que, al mismo tiempo, resultan intrincadas y de materia altamente opinable. Nuestros jueces tampoco pueden escapar al desafío. Y, a propósito, creemos que, como en todas las grandes opciones, está presente aquí también el valor de la libertad, que adquiere particular relevancia cuando se trata de asegurar la expresión del pensamiento y de las ideas. Por eso, creemos que en la duda —y siempre que no medie una situación de peligro grave, claro e inminente— debe estarse en favor de la solución que no arroje un resultado liberticida. Para superar el miedo a los riesgos de una amplia libertad de expresión, nada mejor que concientizar el paralelismo de efectos que sugiere esta sabia reflexión del juez Brandeis: la luz del sol es el más poderoso de todos los desinfectantes²⁹. La solución contraria es la de los instintos primarios, o sea, la que brota irreflexivamente, casi siempre movida por el miedo. Como advierte Bertrand Russell, se restringe la libertad de opinión cuando el gobierno no se siente seguro, a lo cual nosotros agregaríamos y cuando la pereza de la sociedad erosiona los valores del civismo, es decir, cuando se prefiere el paternalismo antes que los esfuerzos de una vigilancia permanente. Si a algún segmento de la libertad es más oportuno volcar un pensamiento del numen de la Revolución de Mayo, nosotros diríamos que es con relación a la libertad de expresión que preferimos efectivizar aquel ruego de Mariano Moreno: «un poco más de esas libertades peligrosas»³⁰, o como bien ha señalado la Corte Suprema argentina al subrayar «el derecho natural de pensar y expresar su pensamiento acerca de la cosa pública» (Fallos 270:289).

²⁹ Citado por Linares Quintana, quien también trae a colación el pensamiento de otro gran juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: Oliver Wendell Holmes, para quien «la mejor prueba de la verdad es el poder que tiene el pensamiento para imponerse en la competencia del mercado».

³⁰ En tiempos más recientes, el poeta y pensador mexicano Octavio Paz ha dicho: «La única arma eficaz contra las ortodoxias es la crítica; para defendernos de la intolerancia y de los fanatismos no tenemos más recurso que ejercer, con firmeza pero con lucidez, las virtudes opuestas: la tolerancia y la libertad de espíritu. Yo no reniego de Montesquieu, ni de Hume, ni de Kant» (Paz, Octavio. «México y Estados Unidos: posiciones y contraposiciones». En *Tiempo nublado*. Barcelona: Seix Barral, 1983).

¿Tiene límites la tolerancia? La respuesta a este acuciante interrogante remite a una variable del infinito e interminable debate en torno a los conflictos entre libertades que ejercidas en situaciones concretas producen un choque de incompatibilidad en cuanto a su mutuo resguardo al amparo de la protección constitucional. Se toma el caso como un ejemplo de las llamadas «cuadraturas del círculo». Frente a las terminantes posturas de quienes sostienen tesis en ambos extremos, que van de la libertad absoluta (ilimitada) a la censura ideológica (de cualquier signo que sea), esa polarización que transcurre entre los fundamentalistas («talibanes» del pensamiento) y los liberales completamente permisivos, aparecen los «llamados de atención» que procuran, más allá del caso concreto, la preservación del sistema de Estado de Derecho y democracia constitucional, ante los embates que provienen del maniqueísmo sin matices: ¡todo o nada! En el pensamiento de Karl Popper encontramos una reflexión sobre este asunto. Partiendo de la afirmación de que no es posible convencer por la lógica a quienes se nutran de razonamientos basados en el «pensamiento único» y excluyente, el connotado pensador reconoce que es imposible el entendimiento entre opuestos tan irreconciliables: la intolerancia es difícil de tolerar en un ámbito de insensatez, pues «si concedemos a la intolerancia el derecho a ser tolerada, destruimos la tolerancia y el Estado Constitucional»³¹. La sesuda periodista italiana Oriana Fallaci sobrepasó en el tema de las asimetrías axiológicas, poniendo el ejemplo de la confrontación entre pueblos y culturas que se inspiran en fuentes tan dogmáticas que quitan toda posibilidad de entendimiento con quienes comparten los valores de la libertad en la dimensión occidental del vocablo (véase *El orgullo y la rabia*, obra en la que denuncia el fanatismo islámico). Hay pueblos que celebran la muerte de sus «kamikazes» en los atentados terroristas con fiestas y alegría por su pase a la «otra vida», mientras que para nosotros es anatema la exaltación de la muerte y es virtud la protección de la vida en el plano terrenal y sin perjuicios de la firme creencia en otra existencia ulterior. Al margen de la fe religiosa, en la versión soviética del vocablo «libertad» aparecía en primer término una significación más próxima a la «permisión» regida por el Estado que al concepto de los «derechos subjetivos», mientras que para el fanatismo de los sectores extremistas islámicos, la libertad cubre el «deber imperativo» de eliminar a los que con su disenso estarían blasfemando contra Alá y su Profeta. La muerte del cineasta Theo van Gogh exhibe patéticamente esta confrontación de valores, tal como la destaca el escritor Ian Buruma en su obra *Asesinato en Ámsterdam*³².

³¹ Véase POPPER, Karl. *En busca de un mundo mejor*. Barcelona: Paidós, 1994, p. 244 (ver también *La sociedad abierta y sus enemigos*).

³² La obra de Ian Buruma, con comentarios de Mira Milosevich, pone de manifiesto los límites de la tolerancia. Veamos: «¿Cómo se puede matar a una persona con tanta sangre fría, en plena calle?», se preguntaba un testigo del asesinato del cineasta Theo van Gogh (2 de noviembre de 2004), refiriéndose a Mohamed Bouyeri, holandés de origen marroquí, de 26 años, que primero disparó y luego degolló a su víctima, dejando una nota

IX. Es por ello que los documentos atinentes al ejercicio compatibilizado de libertades que entran en colisión al asumirse simultáneamente ponen énfasis en la búsqueda de la *armonía* de los enunciados que puedan dar pie a la inclusión *versus* la exclusión. Son elocuentemente reiterativos los textos internacionales nacidos al calor de los derechos humanos y su tutela efectiva en situaciones conflictivas como las que se pueden dar entre la libertad de expresión y la penalización del «negacionismo», sin perjuicio de otros ejemplos. Allí acude en auxilio el cartabón o unidad de medida del *estándar* del «abuso del derecho». Veamos algunas normas:

– El «Convenio Europeo de Derechos Humanos»

Artículo 17: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente 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»³³.

– El «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»

Artículo 51: «Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él».

– La «Declaración Universal de los Derechos Humanos»

Artículo 30: «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

En el caso de España, del giro del extremo de la permisión total —que acaso fue un «reflejo» a partir del *«destape»* surgido con motivo de la sanción de la Constitución y el establecimiento de la democracia— se sancionó luego una norma del

clavada en su cuerpo con un cuchillo, en la que llamaba a la Guerra Santa, y que luego intentó suicidarse en un parque cercano para convertirse en mártir. Bouyeri asesinó a Van Gogh porque este se había atrevido a expresar públicamente lo que pensaba del Islam. En el juicio, celebrado dos años más tarde, afirmó: «Estoy obligado a cortar la cabeza a todos los que insultan a Alá y su Profeta. [...] Podéis mandarme a todos vuestros psicólogos y psiquiatras, a todos vuestros expertos, pero, os lo digo desde ahora, jamás lo vais a entender. Jamás. Si tuviera la oportunidad de volver al 2 de noviembre de 2004, haría exactamente lo mismo que hice entonces, os lo aseguro» (BURUMA, Ian. *Asesinato en Amsterdam*. Barcelona: Debate, 2007).

³³ Sobre la base de esta norma, el Tribunal Europeo de Estrasburgo decidió en 1998 «que una revisión histórica que *justificara o negara* la realidad del Holocausto no estaría amparada por la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del mismo Convenio» (cf. CATALÀ I BAS, Alexandre. «¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión». *Cuadernos de Derecho Público*, 14 (2001), pp. 166-167).

Código Penal (artículo 607.2) en cuya virtud se penalizó «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen* o *justifiquen* los delitos (el genocidio) o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos». La fundamentación de esta tipicidad penal corrió por cuenta de alegar la necesidad de la ejecución de los compromisos internacionales, particularmente del «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» y más específica y concretamente de su artículo 20, que obliga a los Estados a que «toda apología del *odio* nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley». En la opinión del Profesor Català i Bas, esta norma penal «trata de atajar el problema desde la raíz y no desde sus ramificaciones pues, en definitiva, *la causa de la causa es causa del mal causado*»³⁴. En síntesis, parece evidente que en la argumentación que emerge en forma progresiva de los diversos tribunales se confirma la certeza de que, en un Estado de Derecho y democracia constitucional, no es admisible la existencia o el reconocimiento de derechos ilimitados. Todos los derechos, en su ejercicio, tienen algún límite. Asimismo, no cabe incurrir en la desviación conocida con el nombre de «abuso del derecho» (que recoge nuestro Código Civil, artículo 1071).

Las opiniones podrán estar divididas (o separadas por subdivisiones más sutiles que convincentes), pero cada vez que el tema vuelve a estar en el tapete, surgen nuevos argumentos en contra del «negacionismo» o en protesta por su impunidad. Son temas perpetuamente debatibles y hasta los jueces pueden cambiar de criterio. Así, la Corte Suprema ha declarado que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de esta debe armonizarlos, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales (Fallos 264:95 y Fallos 255:293). Pero con anterioridad había expresado que, cuando la cuestión envuelve conflicto entre valores jurídicos contrapuestos, no es dudosa la preferencia a favor del que tiene mayor jerarquía y, cuando hay dificultades interpretativas que surgen de la ponderación de intereses reconocidos legalmente como lícitos y que resulten contrapuestos, deben solucionarse acordando preeminencia al que reviste carácter público (Fallos 253:133). Por otra parte, al plantearse la aparente contradicción entre la aplicación de una figura delictiva del Código Penal y el derecho de huelga reconocido en la Constitución (artículo 14 bis), la Corte Suprema decidió que ese derecho no era obstáculo a la sanción de *tipos de conducta que importaran extralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho* (Fallos 258:267).

³⁴ Cf. *ibidem*, pp. 167, 160 y 161. Luego de haber sostenido una jurisprudencia «ambigua y confusa», el Tribunal Constitucional español ha censurado los actos de odio, de racismo y de apología del crimen, con apoyo en el principio de la *dignidad de la persona humana* que consagra el artículo 10.1 de la Constitución (cf. *ibidem*, pp. 163-165).

X. A través de la exposición en torno a la comprensión de la figura del «negacionismo», hemos podido apreciar que desde su gestación con motivo del «revisionismo histórico» surgieron propensiones que *avant la lettre* apuntando hacia la exaltación misma del crimen o los crímenes cometidos bajo los regímenes totalitarios. El caso del genocidio ha sido y es el más notorio, por tratarse de un asesinato generalizado y que excede notoriamente las connotaciones de un homicidio, tal como se puede entender a esta figura en el derecho penal. La pretensión osada de trivializar los actos vinculados al genocidio despertó la lógica preocupación de una eventual epidemia de la apología del delito y abrió la concientización acerca del peligro de contagiar las mentes y desviar las conductas de personas —especialmente las generaciones más lejanas a la época de los sucesos criminales— que podrían llegar a percibir benévolamente aquellas atrocidades o, lisa y llanamente, a minimizarlas o a negar su real existencia. Ese despertar de la conciencia colectiva dio lugar a la reacción de aquellos que temían una «banalización del mal», a saber, que llegue a anidar en algunas mentes la indiferencia ante la comisión de delitos atroces que la historia registrara documentada y fehacientemente. No podía —en consecuencia— tolerarse la confusión y el dolo que la impulsaba como mera postura de contemplación de actos socialmente neutros o asépticos. Una cosa es interpretar la historia y otra muy distinta y distante es distorsionarla. Una actitud es la de búsqueda de la verdad histórica mediante la aplicación objetiva de criterios de investigación con bases científicas y otra cosa es la lesión de la dignidad de la persona humana y el rechazo discriminatorio de la igualdad, con la actitud dolosamente empeñada de herir el honor y la personalidad de las víctimas mediante la reivindicación de proceder obviamente delictivos. Una cosa es la crítica y otra cosa es la vejación denigrante *post mortem* que afecta también a sus congéneres cercanos y es lacerante con relación a la sociedad toda que convive bajo los auspicios de la paz social y con basamento en las garantías que ofrece la gran conquista del Estado de derecho en el marco de la democracia constitucional. La defensa de los valores requiere que no sea admisible la generación de la *violencia*, del *terror* y la difusión del *miedo*.

A la postura inicial de algunos pronunciamientos interpretativos que transportaban la libertad de expresión a extremos de su absoluta ilimitación, en una especie de «todo vale» aunque hiera, se evolucionó ulterior y paulatinamente en el sentido recordatorio de que todos los derechos tienen algunos límites, más aún cuando algunos pueden entrar en roce o colisión con otros. En el caso de la libertad de expresión, cabe medir entre la extensión de sus alcances y ponderar la *proporcionalidad* (regla fundamental en el ejercicio y goce de todos los derechos) con libertades y derechos subjetivos que reposen sobre otros valores reconocidos y que consecuentemente *deben* ser también protegidos. Si los límites son necesarios y queda acreditado que son «proporcionales» a los fines que inspiran esos valores, como «libertad preferida»

(*preferred freedom*), pues entonces resulta que la expresión de ideas y pensamientos no puede quedar fuera de la regla general que comprende a todos los derechos. Fue la Corte de derechos Humanos con sede en Estrasburgo la que sentó doctrina al respecto en el caso *Chauvy* (23 de junio de 2004), más precisamente suscitado en Francia. Dicho tribunal fue terminante, sin temor a ser observado por caer en la censura o en una debilidad herética en principios constitucionales.

En contraste, el Tribunal Constitucional español tuvo inicialmente una orientación de «permisivismo» absoluto en materia de expresión y difusión (acaso como reacción frente a las restricciones habidas durante el período franquista). Sin embargo, la evolución siguiente se encaminó hacia otra dirección, sobre la base de una reforma del Código Penal (artículo 607) que contempló, mediante una corrección aditiva a la formulación del «tipo penal» correspondiente, que no podían permanecer en la impunidad verdaderas conspiraciones en perjuicio de la igualdad, la dignidad y el honor. Los jueces españoles aceptaron como *lex certa* la nueva tipicidad penal, que no era otra cosa más que la implementación en el orden jurídico interno de las estipulaciones incluidas con anterioridad en todos los documentos internacionales —especialmente los vigentes en el espacio europeo— que de una u otra manera abrieron la luz para percatarse de que no renazcan los procedimientos típicos del totalitarismo y del dogmatismo fundamentalista (el fanatismo, el miedo y la violencia) y que así no se repitan los horrores conocidos y padecidos durante el siglo XX. En cuanto al «miedo», cuanto más altas son las jerarquías y las funciones, más rigurosas son las responsabilidades y aún es mayor el deber de *no* guardar silencio. La denuncia oportuna estimula la condena colectiva de las atrocidades (por eso llamó la atención el silencio vergonzoso de dos altísimas personalidades como Benedetto Croce y Luigi Einaudi que callaron al momento de aprobarse en el Senado —del que formaban parte— las leyes raciales que Mussolini había comprometido en su alianza del Eje con Hitler, y que el rey promulgó).

El debate en torno a la penalización del «negacionismo» parece ser interminable, por cuanto las disparidades de criterio son muchas y a veces incoherentes. Es el caso del rechazo que la Comisión Europea (Bruselas) efectuara a seis países que fueron «satélites» en el bloque soviético (Hungría, Rumania, Lituania, Letonia, Bulgaria y República Checa) del pedido de sanción por los crímenes del estalinismo, con fundamento «en las demasiadas diferencias existentes entre las varias legislaciones nacionales, y la inmensa *diversidad* de opiniones sobre una materia tan delicada». Esta decisión no impidió que los Estados legislaran al respecto y esas normas no son leyes uniformes, toda vez que algunas aluden concretamente al genocidio *lato sensu* y otras pormenorizan puntualmente la infinidad de horrores cometidos bajo los regímenes totalitarios, cuya responsabilidad corresponde a los gobernantes de turno. Al respecto, si los «negacionistas» apelan al argumento de que Hitler no firmó

orden o directiva alguna, ello no impide que se tenga como válida la instigación al crimen masivo a partir del discurso anual pronunciado en 1937 en Núremberg, oportunidad en que aleccionó e instruyó a sus correligionarios, instándolos a masacrar a los judíos y jactándose de la consiguiente impunidad al preguntar a la masa allí reunida: «¿alguien se acuerda de lo que los turcos hicieron con los armenios?».

Las opiniones acerca de la «criminalización» son también variadas en cuanto a su fundamento. En Francia, por ejemplo, el escritor Bernard Henri-Lévy se apoya en lo que él llama el «teorema de Claude Lanzmann», que considera

que el crimen perfecto es un crimen sin rastros y que el borrado de las huellas es parte del propio crimen, esa evidencia de que *el negacionismo no es la continuación sino un momento del genocidio*, del cual forma parte; y todo eso vale para todos los genocidios y, por lo tanto, también para el genocidio del pueblo armenio. Se dice que esa gente expresa una opinión, pero lo que hace es perpetuar el crimen. Se proclaman librepensadores, apóstoles de la duda y la sospecha, pero lo que hacen es completar un crimen. Es necesario que haya una ley contra el negacionismo porque este es, en el sentido estricto del término, el estadio supremo del genocidio³⁵.

¿Y cuando no hay una ley?, nos preguntamos. Algunos postulan recurrir a fórmulas o estereotipos originados en otros supuestos de defensa de la libertad de expresión, como en EEUU. En la Argentina esto ha sido la idea de la «real malicia», que nuestros tribunales han adoptado acaso sin reparar en que nuestra legislación de fondo es uniforme mientras que la norteamericana es estadual (lo que llevó a que la Corte Suprema Corte de EEUU buscara unificar un estándar o concepto que fuera común en todo el país).

XI. Una aplicación original del concepto puede encontrarse en la reciente tesis que se proyecta adoptar, la que en Perú elevó al Congreso el presidente Ollanta Humala hace un año (28 de agosto, 2012) con el objetivo de criminalizar los actos de «negacionismo» en que se incurra en la reivindicación o exaltación del obrar del terrorismo. Ello, mediante la incorporación al Código Penal —por ley del Congreso, con previo voto aprobatorio del Consejo de Ministros— del artículo 316-A, solicitando su trámite urgente (artículo 105 de la Constitución) con el siguiente texto (proyecto de ley 1464/2012-P.E.):

Negacionismo de los delitos de terrorismo.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años el que públicamente apruebe, justifique, niegue o minimice los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas, previstos en el artículo 2 del

³⁵ Cf. «Un antídoto contra los que niegan la historia». *Clarín*, 12 de febrero de 2007, saliendo al paso de los *negacionistas* turcos quienes explican que son los armenios quienes, con su doble juego, con su alianza con los rusos, cavaron su propia fosa.

decreto ley número 24.475 y establecidos en una sentencia judicial firme, de modo tal que el contenido de esas expresiones resulte idóneo y suficiente para cualquiera de los siguientes fines:

- a) Menospreciar, hostilizar u ofender gravemente a un colectivo social.
- b) Enaltecer a los responsables de dichos delitos.
- c) Propiciar o estimular la violencia terrorista.
- d) Sirva como medio para adoctrinar con fines terroristas.

En los fundamentos del proyecto citado se insiste en remarcar que este nuevo «tipo penal» no tiene como mira cercenar la «libertad de expresión», sino sobreponerse a una concepción «excesivamente laxa» —a la que se considera errada— en virtud de la cual se hiera con una actitud *hostil* o *insultante* a toda la colectividad y particularmente a las víctimas y familiares de la violencia terrorista a través de una exaltación de esa violencia o de quienes la generan. Asimismo, el proyecto se funda en la separación de las aguas: por un lado, la búsqueda de la «verdad histórica» por medios científicos, admitiendo como legítimas hasta «las críticas molestas, ácidas o desfavorables [que] pueden contribuir a la convivencia social armoniosa e inclusive al funcionamiento de los poderes públicos»; y por otra parte la exaltación pública y abierta de la violencia terrorista que «tiene un componente ideológico que no se agota en su sola expresión sino que se manifiesta a través de actos cruentos y desproporcionados contra derechos fundamentales». De ese modo y con esa distinción de situaciones, la penalización prevista se circunscribe como actos típicos de «negacionismo» a los delitos de terrorismo palmariamente definidos por la legislación penal, que enarbolan quienes *promueven* el terrorismo como fórmula válida. Tales comportamientos pasan a ser considerados como actitudes incompatibles con los valores que sustentan el Estado de derecho y la paz pública que le es inherente.

Esta propuesta legislativa se asienta pues en los siguientes presupuestos: 1) que no existen derechos fundamentales absolutos; 2) que la banalización de las atrocidades no puede ser considerada un acto socialmente neutro o aséptico; 3) que no es aceptable la reivindicación justificadora de acciones terroristas reconocidamente crueles y acompañadas de torturas y servicios exhibidas con fines intimidatorias de la población; 4) que el terrorismo tiene componentes gravitantes que lo distinguen de cualquier otro tipo de práctica violenta, pudiéndose gratificar esos signos (fanatismo, desprecio por la vida humana, anuncios de actos sanguinarios masivos, etcétera)³⁶.

En cuanto a la estructura típica del «delito de negacionismo del terrorismo», se afirma en los fundamentos de esta innovación legislativa que la propuesta consiste

³⁶ Están referidos a la actuación de la organización «Sendero Luminoso», aludiéndose así a sus concepciones racistas y de pretendida superioridad sobre los pueblos indígenas.

«en la tipificación de cuatro modalidades a partir de esos cuatro verbos rectores: *negar, aprobar, justificar y minimizar*». De modo tal que las expresiones que formule el agente del delito «tengan la entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar *cualquiera* de los cuatro fines que *taxativamente* se propone en la norma», con lo que de esa forma se toman en cuenta las observaciones del Tribunal Constitucional de España con respecto a la reforma de su Código Penal según la sentencia del 7 de noviembre de 2007. Según ese mismo criterio se adopta la doctrina penal conocida por la exigencia del «elemento de tendencia interna trascendente» que debe acompañar a las conductas tipificadas (negar, aprobar, justificar o minimizar) y que consiste en un propósito ulterior, a saber, que las conductas consistan en acciones que se lleven a cabo de forma pública y mediante cualquier medio que resulte objetivamente idóneo para ofender o deshonrar a un número indeterminado de personas mediante la humillación o vejación, el enaltecimiento de terroristas penalmente responsables o el fomento de la violencia de estos.

Si bien la redacción de la exposición de motivos o fundamentos del proyecto peruano no es demasiado prolija en precisiones terminológicas, puede deducirse de su lectura más empeñosa que está explícita la mención del elemento del *dolo* específico, ya que en cualquiera de las modalidades de comisión del acto de «negacionismo» (negar, aprobar, justificar o minimizar) se encuentra subyacente el común denominador de la intencionalidad manifiesta de «deformar dolosamente el curso histórico de determinar los hechos innegables para toda la ciudadanía» (o sea, de delitos consumados y que son conocidos por el pueblo). La duda que resta la vemos en la propia admisión del amplio campo de tarea hermenéutica, entendida esta como el arte de la interpretación (DRAE), que tocara a los jueces en la aplicación concreta de esta norma a la que sus promotores reconocen un grado de *indeterminación*³⁷.

³⁷ Textualmente dice: «Se exige que el contenido de las expresiones vertidas por el agente del delito tengan la entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar cualquiera de los cuatro fines que taxativamente se propone en la norma. En este ámbito, se ha optado por no definir una lista cerrada de formas a través de las cuales el agente puede lograr la concreción de dichos fines ilícitos, pues ello, además de inviable —en tanto la norma penal no puede agotar todos los modos posibles en que, casuísticamente, eso puede tener lugar—, amenazaría con dejar inaplicable en la práctica el tipo penal. Por tal motivo, se deja un margen razonable de interpretación valorativa para dicho concepto, lo cual es congruente con el principio de legalidad (mandato de determinación), en la medida en que la “exigencia de ‘*lex certa*’ no puede entenderse [...] en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso”. En ese sentido, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, el Derecho penal admite un grado de indeterminación que delega al juez una labor de complementación mediante la interpretación (STC recaída en el Exp. 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, párrafo 46 e *ibidem*, párrafo 49)».

En este contexto, el proyecto remitido al Congreso peruano fue girado a las Comisiones de Justicia y Derechos Humanos y de Asuntos Constitucionales, que entre el 11 y el 13 de diciembre de 2012 emitieron dictámenes conjuntos, de mayoría y de minoría. Por el primero, se aconsejó la aprobación del proyecto de ley, con modificaciones y ampliando los fundamentos. Apoyándose en varios instrumentos internacionales como la Resolución 288 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de condena del terrorismo (8 de setiembre de 2006), la Convención Interamericana contra el Terrorismo, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, el dictamen remarca la exclusión de la calificación «actos políticos» para los casos de terrorismo, cuyo objetivo es —claramente— generar un estado de zozobra en la población, atemorizarla, valerse de la coacción para obtener beneficios. Por ello,

converge la obligación estatal general de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias a fin de poder dar cumplimiento a lo dispuesto en esos tratados a través de la adecuada tipificación de estas conductas y el establecimiento de sanciones penales adecuadas que tenga en cuenta su carácter grave. Inclusive no faltan disposiciones en estos tratados que obliguen a que el Estado adopte legislación interna a fin que los actos criminales no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política o ideológica³⁸.

Así, el documento concluye, citando a Habermas y tras haberse referido a Ferrajoli, que el Estado «se encuentra en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias a fin de salvaguardar la existencia del sistema democrático, lo cual lleva a compartir la afirmación de Habermas en el sentido que “la idea que se pretendía demostrar, la de que la Constitución es, por así decirlo, inherente a la democracia, se impone sin duda por sí misma”³⁹. Asimismo, el dictamen recurre a las posiciones de Popper («Deberemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes») y Reginald Basset, quien se pregunta «si vamos a permitir a los enemigos declarados de la democracia utilizar la maquinaria democrática con el único propósito de derrocar la democracia»⁴⁰. También se remite al artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn (hoy Constitución de toda Alemania), el cual admite la privación de ciertos derechos fundamentales —a ser declarada por la Corte

³⁸ Comisión de Justicia y Derechos Humanos, Comisión de Constitución y Reglamento, Congreso de la República. «Dictamen Conjunto recaído en el Proyecto de Ley 1464/2012-PE que propone incorporar el artículo 316-A al Código Penal, referido al negacionismo de los delitos de terrorismo». Periodo Annual de Sesiones 2012-2013, 11 de diciembre de 2012, p. 7.

³⁹ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁰ Cf. *ibidem*, p. 9; POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós. 1981, p. 512; BASSET, Reginald. *The Essentials of Parliamentary Democracy*. Londres: Frank Cass & CO LTD, 1964, p. 200.

Constitucional— a quien «para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, *abuse* de la libertad de expresión, de opinión, particularmente de la libertad de prensa [...]»⁴¹. Con abundantes citas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que aplica el «Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades»)⁴², el dictamen toma partido por la penalización del «negacionismo», así como de los discursos del odio y los apologéticos de la guerra, por tratarse de casos en los que, a partir de la negación, se evidencia el propósito de *relevación* de la memoria (según el DRAE: alivio o liberación de carga que se debe llevar o de la obligación que se debe cumplir), de «relevar» (absolver, perdonar o excusar). Por lo tanto, corresponde a los Estados dar cumplimiento a la resolución 61/255 de la Asamblea General de la ONU (22 de marzo de 2007) declarando punibles —como lo ha hecho el Consejo de Europa— actos tales como la negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En cuanto a los «efectos ulteriores», el dictamen afirma lo siguiente:

ha sido el jurista Michel Troper quien ha advertido con notoria lucidez esta problemática al sostener que de «la misma manera que gritar “fuego” en una sala abarrotada no se castiga como un embuste, sino como una acción peligrosa, el negacionismo no es incriminado en tanto que expresión de una opinión mendaz sino como una mentira que forma parte de una campaña de propaganda antisemita»⁴³. De ahí que, en referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (denominada también «Pacto de San José»), no solo prohíba el discurso de odio en sentido estricto, sino también cualquier discurso que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal; lo cual abona al marco que permite que el contenido del discurso no debe estar sujeto a la exigencia de responsabilidades ulteriores *per se*, sino cuando este sea un potencial generador de efectos nocivos⁴⁴. De igual modo, el artículo 13.2. b) del Pacto de San José reconoce que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión está sujeto a responsabilidades ulteriores necesarias para asegurar «la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas»⁴⁵.

La conclusión a la que llegan los legisladores peruanos es la siguiente:

⁴¹ Cf. «Dictamen Conjunto recaído en el Proyecto de Ley 1464/2012-PE que propone incorporar el artículo 316-A al Código Penal, referido al negacionismo de los delitos de terrorismo», p. 10.

⁴² «Es de la esencia de la democracia el permitir diversos programas políticos que se propongan y debatan, incluso a aquellos que ponen en tela de juicio la forma en que un Estado está organizado, siempre que no perjudiquen a la propia democracia» (caso del *Partido Socialista Turco vs. Turquía*. Sentencia del 25 de mayo de 1998, párrafo 47).

⁴³ TROPER, Michel. «Derecho y negacionismo. La Ley Gayssot y la Constitución». *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, 2 (2001), p. 978.

⁴⁴ Aquí el dictamen remite al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁵ «Dictamen Conjunto recaído en el Proyecto de Ley 1464/2012-PE que propone incorporar el artículo 316-A al Código Penal, referido al negacionismo de los delitos de terrorismo», pp. 14-15.

Por tanto, *la libertad de expresión* no debe ser entendida, en todos los casos, como una libertad preferente cuyo contenido deba primar, sino como una herramienta para el afianzamiento del sistema democrático en tanto contribuye a la consolidación de una opinión libre; razón por la cual deberá analizarse —en cada caso específico y mediante un *juicio de ponderación* o un test tripartito de proporcionalidad— su optimización frente a otros derechos o bienes jurídicos constitucionales⁴⁶.

El «Texto Sustitutorio» propuesto dice así:

Artículo 316-A.— Negacionismo de los delitos de terrorismo

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente niegue cualquiera de los delitos de terrorismo previstos en el Decreto Legislativo 046, el Código Penal de 1924 modificado por las Leyes 24651 y 24953, y el Decreto Ley 25475, o la calidad de autor o partícipe de una persona respecto de esos delitos, establecidos en sentencia judicial firme, con la finalidad de *promover* la comisión de los delitos de terrorismo o apología del terrorismo o sirva como medio para adoctrinar para fines terroristas.

Si la negación se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, imponiéndose trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal⁴⁷.

En los debates de las Comisiones del Congreso quedó incluida la expresión verbal «*promover*» (el verbo «rector»), a diferencia de los vocablos alternativos «instigación», «inducción» e «incitación», tal como aquel figura en otros artículos del Código Penal. Cabe señalar que el Proyecto de Ley —habiendo sido consultado— mereció opinión en contra de la McGill University de Canadá; mientras que la Profesora Laurence Burgogue-Larsen de la Universidad de La Soborna (París I- Panthéon Sobornne) dirigió un grupo que postula que la penalización solo será procedente en tanto y en cuanto se superen «aspectos determinantes de la *proporcionalidad* en la tipificación».

⁴⁶ *Ibidem*, p. 18. El dictamen remite a la doctrina del Tribunal Constitucional del Perú (sentencia número 06712-2005-HC/TC, que ha señalado lo siguiente: «Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.

Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Solo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos)» (pp. 18-19).

⁴⁷ *Ibidem*, p. 21. Las cursivas son nuestras.

Por último, pasemos a la fundamentación «de voto en contra», que lleva la firma del vicepresidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, por la minoría. Su breve argumentación consistió en afirmar lo siguiente:

- a) Las normas legales citadas (Código Penal, etcétera) carecen de eficacia legal. Situación esta que crea una «situación que resulta muy delicada»⁴⁸.
- b) En cuanto a la sanción a los medios de comunicación, se plantea una hipótesis de censura previa, con penas de multas que resulta confuso saber a quiénes se aplicarían, recordando que en materia penal «es necesario y obligatorio ser claro y preciso, sin dejar dudas en la aplicación o interpretación de normas»⁴⁹.
- c) La crítica y las opiniones discrepantes con fallos definitivos podrían implicar algún tipo de «negación». En consecuencia, «el juez se convertiría en un historiador y dejaría su función principal de investigar los hechos materia de alguna acusación»⁵⁰.
- d) Las sanciones sugeridas son excesivas: «en ninguno de los países donde se sanciona el negacionismo las penas resultan tan elevadas»⁵¹.
- e) El verdadero argumento de los opositores al Proyecto de Ley es que «el negacionismo aparece para sancionar a quienes negaban los crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos; sin embargo, *en la fórmula legal aprobada por mayoría solo se comprende el terrorismo subversivo y se deja de lado al terrorismo de Estado*»⁵².

Abierto el debate ante la opinión pública, el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) alertó que el texto propuesto «pone al alcance de persecución penal la difusión de opiniones discrepantes con sentencias judiciales firmes», lo que representa «una seria amenaza a la libertad de opinión, así como al derecho de análisis y crítica de las resoluciones judiciales»⁵³, trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) según la cual «[...] *la libertad de expresión* es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, sentencia del 24 de febrero de 1997).

⁴⁸ Comisión de Justicia y Derechos Humanos, Congreso de la República. «Fundamentación de voto en contra, recaído en el Proyecto de Ley 1464/2012-PE que propone incorporar el artículo 316-A al Código Penal, referido al negacionismo de los delitos de terrorismo». Periodo Annual de Sesiones 2012-2013, 12 de diciembre de 2012, p. 1.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 3.

⁵² *Ibidem*, p. 2. Las cursivas son nuestras.

⁵³ IPYS. «IPYS en desacuerdo con proyecto de ley de Negacionismo». *Interprensa*, 4 (2012).

¿Qué enseñanzas emergen de la comparación entre el proyecto del Ejecutivo peruano y el despacho mayoritario de las Comisiones del Congreso? Además, ¿son equivalentes las nociones o los alcances del concepto europeo de «negacionismo» y la idea que orienta la posible legislación peruana? La idea del Ejecutivo consistió básicamente en la creación de la figura penal de *un delito autónomo* de «negacionismo», con sanciones a quienes incurrieran, *a posteriori* de los hechos condenados judicialmente, en «aprobar», «justificar», «negar» o «minimizar» delitos de «terrorismo» cometidos con efectos de afectación ofensiva y grave a la población. Parte de los especialistas estima que es innecesaria la innovación, pues con la legislación existente (Código Penal y leyes complementarias) quedan comprendidas las conductas de ese tipo (apología del delito). Para otros panelistas, la norma finalmente redactada por las Comisiones amenaza con una restricción al derecho de crítica de las decisiones judiciales firmes que hayan declarado la comisión de delitos de «terrorismo». Muchos opinantes estiman que solo el proyecto inicial separaba claramente la hipótesis de una conducta de «instigación» al crimen o de su ensalzamiento apologético; mientras que el *delito autónomo* de «negacionismo» supone otra conducta consistente en poner en duda la realidad del hecho criminal (por ejemplo el genocidio), sin llegar a elogiarlo o a incitar a su repetición⁵⁴.

En esa línea, han cundido opiniones que resaltan la peculiaridad del «negacionismo» *en su sentido literal*, pues apunta el delito al acto mismo de *negar públicamente* un delito (terrorismo) cometido y pasado en autoridad de cosa juzgada. Una cosa sería la comisión del crimen y su aclaración, elogio, glorificación o exaltación y otra, la negación para provocar el olvido, dolosamente intencionado, a pesar de que el dicente sepa que fue otra la realidad ¿Se trataría de una figura penal de *agravamiento* del delito de apología⁵⁵?

La resistencia a aprobar el proyecto de ley se basó también en que sería el juez quien en última instancia habría de determinar la diferencia entre una «opinión» y un «acto de negacionismo» propiamente dicho. En manos de algunos jueces ineptos, se correría el riesgo de atentar contra la «libertad de expresión», por lo que sería menester inculcar «una honesta política de reconstrucción de la memoria histórica» para evitar la aplicación incorrecta de la ley⁵⁶. Y más recientemente, se han dado opiniones terminantemente lapidarias, fundadas en la preexistencia legal del delito de apología —ya ampliado al caso del terrorismo— que bastaba, aunque fuese posible que su tipificación fuera «mejorada», sin necesidad de incorporar el «negacionismo» al Código Penal. Con palabras duras se ha dicho que «Sin pecar

⁵⁴ Cf. *El Comercio* (Lima), 19 de diciembre de 2012.

⁵⁵ Cf. *Expreso* (Lima), 23 de diciembre de 2012.

⁵⁶ Cf. *La República* (Lima), 21 de abril de 2013.

de zahorí⁵⁷ la propuesta normativa es fundamentalista, lleva a instaurar el pensamiento único y como verdad solamente la oficial, atentando contra libertades constitucionales como la de opinión, expresión y difusión del pensamiento y con olvido de la prohibición del delito de opinión⁵⁸. ¡Terrible admonición!

Esta «experimentación» legislativa del Perú parece tener la mejor inspiración o convertirse al mismo tiempo en un «globo de ensayo» alrededor de una cuestión política concreta. El hilo conductor del tema nos lleva al convencimiento de que hay dos situaciones algo diferentes en lo que impulsa la sanción de tales normas penales. Mientras que en Europa la génesis y la aplicación de la «criminalización» del «negacionismo» del genocidio apuntó básicamente a crear conciencia sobre la gravedad del exterminio y la peligrosidad de un eventual *revival* (resurgimiento) de su exaltación o de su lisa y llana negación (después de la Segunda Guerra Mundial), en un enfoque extensivo de aquellos hechos, se propone en otros países (por ejemplo en el Perú) trasladar la penalización al caso de la negación de los atentados provocados por el terrorismo originado en grupos subversivos tan ferozmente sanguinarios como Sendero Luminoso. El gran dilema sigue siendo ¿se afecta a la libertad de expresión?, ¿se crea el delito de opinión?, ¿se monopoliza la historia oficial? ¿Sí o no? («to be or not to be»). Estamos ante algo más complejo que una duda: nos tropezamos con un dilema, con proposiciones contrarias que lucen disyuntivamente, pues se trata de alternativas por una de las cuales hay que optar; separación esta que recae sobre dos realidades, cada una de las cuales está referida intrínsecamente a la otra (DRAE). Quizás sea a causa de ello que en declaraciones a la prensa sobre el contenido de sus proyectadas memorias, el premio nobel de literatura Imre Kertész (húngaro, año 2002) confesara con congoja que «aún hoy estamos viviendo la cultura de Auschwitz [...] así se explica en parte la apatía callada y obtusa que el mundo ha mostrado respecto a los sucesos de Yugoslavia», aludiendo de esa manera a la carnicería que significó la «limpieza racial» acontecida en los Balcanes⁵⁹.

XII. Conclusión

Debemos decir que como «intrínquilis», la adopción de un criterio definitivo y a la vez definitorio del complejo cuadro sociológico-político y psicológico-social que conllevan los delitos aberrantes en grado de comisión masiva y número indeterminable de víctimas por doquier hace difícil la medición del marco legal más conducente a evitar su reiteración y a contener los impulsos criminales de

⁵⁷ Según el DRAE, «quien se atribuye la facultad de descubrir lo que está oculto; o que descubre o adivina lo que otras personas piensan».

⁵⁸ Opinión de Ántero Flores-Aráoz, recogida por el diario *Expreso* (Lima), 7 de junio de 2013.

⁵⁹ KERTÉSZ, Imre. «Inéditos de Imre Kertész». *El País*, 16 de julio de 2013.

las masas y sus líderes motivadores e impulsores. A pesar de ello, es posible dar algunas pautas para no errar en el tránsito por la racionalidad y en el cálculo de la razonabilidad de los medios a emplear. Así parece cierto lo siguiente:

- No es admisible una concepción de derechos absolutos, pues ello sería antisocial. Todas las libertades tienen límites, con la sola excepción de la libertad de pensamiento.
- La libertad de expresión y el derecho de opinión son los menos «relativos» de los derechos en cuanto a sus posibles limitaciones.
- En caso de colisión, debe prevalecer el posible causante del menor daño.
- En caso de duda, debe favorecerse la libertad.
- Si la legislación penal ordinaria contempla la punición de conductas que en su conjunto conforman los elementos componentes de un accionar lesivo de valores que se quieren proteger, entonces corresponde aplicar esas figuras.
- La tipificación de un delito de «negacionismo» requiere para su «autonomía» que se reúnan el dolo y la manifestación de actos públicos en el hecho de su comisión, con los rasgos propios del odio, la persecución y la ofensa colectiva, o sea, *el dolo más un elemento subjetivo del tipo penal (el ánimo de causar un mal)*.
- La justificación constitucional de leyes específicas al respecto encuentra fundamentos en los compromisos internacionales vigentes e incorporados al ordenamiento jurídico de cada Estado.
- En la interpretación consiguiente no es dable aplicar soluciones por vía analógica ni con criterios puramente políticos, ni incurrir en «desviación de poder».
- La criminalización del «negacionismo» no puede confundir situaciones disímiles que están amparadas por el derecho a la investigación de los hechos históricos con métodos científicos y la objetividad en la orientación de la búsqueda de la verdad.
- Si se profundiza la indagación del «porqué» de las actitudes negacionistas, se encontrará una raíz de índole cultural, cuya fuerza contagiosa proviene del «resentimiento» en la moral de los agentes protagónicos que adolecen de una patología que los deleita con la horrenda «banalización del mal».
- Cortar las raíces de la discriminación y el aniquilamiento de grupos humanos cuya eliminación se persigue como meta separatoria y diferenciadora es tarea de fortalecimiento cultural en la línea de la *igualdad* en la condición humana y del respeto —por convicción— a la eminente *dignidad* de la persona.
- La exaltación y el ensalzamiento de crímenes, es decir, la apología del delito, solo pueden ser afrontados y enfrentados con la «energía jurisdiccional» que deben poner fiscales y jueces independientes, con la comprensión, el estímulo

y la cooperación que les brinde una sociedad consciente y reflexiva que no se deje precipitar al suicidio colectivo.

- Si llama la atención la diferencia entre la severidad de los pronunciamientos de los tribunales europeos (tanto de la Unión Europea como de los Estados componentes) y la menor cuantía del abordaje del tema en otras partes del orbe, debe buscarse la razón en la siguiente ambivalencia: mientras que las exigencias de los denominados «Criterios de Copenhague» establecen requisitos rigurosamente severos para pertenecer a la Unión (funcionamiento francamente democrático de las instituciones, plenitud del Estado de Derecho, claro respeto de la separación de poderes, Poder Judicial independiente y eficiente, garantía efectiva de los derechos humanos, respeto a las minorías, etcétera), existen otros Estados que descuidan o quebrantan esas reglas fundamentales del constitucionalismo: tal es el caso del incumplimiento —tolerado y consentido— de la «Carta Democrática» también llamada «Convención de Caracas» por el sitio de su celebración⁶⁰.

Cierro estas reflexiones recordando el vibrante grito, puesto en palabras escritas, con que Domingo Faustino Sarmiento pasó al exilio a través de los Andes, grabando en la piedra de montaña una sentencia universal: «las ideas no se matan», que el gran sanjuanino inscribe en idioma francés, acaso para chancear o burlarse de sus enemigos⁶¹.

Y, en efecto, las ideas se discuten y se renuevan, o se evaporan cuando son insustanciales, pero perviven cuando expresan una verdad. Es por ello que hay que bregar para que se fortalezcan las ideas que se orientan hacia el bien, así como debemos contribuir a que se desvanezcan y perezcan las inspiradas y motivadas por la maldad. La consigna es clara: que no resuciten los maleficios del dolor que causa el deseo de exterminio y que se proyecten perennemente las ansias de paz y

⁶⁰ Cf. Organización de Estados Americanos (OEA). «Carta Democrática Interamericana», 2001, artículos 3 y 4.

⁶¹ En *Recuerdos de Provincia* Sarmiento cuenta que «El 19 de noviembre de 1840, al pasar desterrado por los baños de Zonda, con la mano y el brazo que habían llenado de cardenales el día anterior, escribí bajo un escudo de armas de la república: «ON NE TUE POINT LES IDÉES» (Las ideas no se matan). El gobierno cree que la frase encierra un insulto y nombra una comisión para que las interprete. Sarmiento prefería las siguientes traducciones: «Bárbaros las ideas no se degüellan» o «A los hombre se degüellan, a las ideas no» y atribuyó la autoría de la misma a Hipólito H. Fartoul, uno de los muchos autores franceses que había leído. Estudiosos posteriores como Paul Grussac y Antonio Bucich demuestran que la frase es de Constantino Volney. La famosa frase fue escrita con carbón en la pared de un rancho, donde ya Sarmiento había pintado el escudo de armas de la República. Allison Williams Bunkley, en su libro *Vida de Sarmiento* y basándose en una carta de Sarmiento a Quiroga Rosas, relata que la frase fue escrita en la pared de «una chocita que Domingo había construido cerca de los baños de Zonda». Sobre el lugar exacto donde Sarmiento escribió estas palabras se han vertido opiniones muy diversas. En 1941 la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos, luego de estudiar los antecedentes, estableció el lugar a 20 kilómetros de la ciudad de San Juan y a su solicitud el gobierno nacional lo declaró lugar histórico por decreto nacional número 107.512 (http://www.casatalsarmiento.com.ar/archivos/28.Lasideasnosematan_091207105058.pdf).

fraternidad. Para ello es menester que la *cultura* de los pueblos se humanice y que el ingrediente venenoso de los instintos perversos sea doblegado por la invocación divina del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional cuando alude a la fuente de toda «razón» y «justicia», «para *nosotros*, para nuestra *posteridad* y para todos los hombres del *mundo* que quieran habitar en el suelo argentino».

XIII. Apéndice

I. Ley 23.592 sobre la represión de actos u omisiones discriminatorios, sancionada el 3 de agosto de 1988, promulgada el 23 de agosto de 1988 y publicada el 5 de setiembre de 1988.

Artículo 1.– Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Artículo 2.– Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Artículo 3.– Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas⁶².

⁶² Tres artículos más fueron agregados a esta ley por las incorporaciones dispuestas en las leyes 24.782 (artículos 1 y 2) y 25.608 (artículo 1), referidos a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares,

II. Código Penal. Libro segundo: De los delitos. Título VIII: Delitos contra el orden público. Capítulo I. Instigación a cometer delitos

Artículo 209.— El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

Capítulo III. Intimidación pública

Artículo 212.— Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

Capítulo IV. Apología del crimen

Artículo 213.— Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

Capítulo V. Otros atentados contra el orden público

Artículo 213 bis.— Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código, tuvieren por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación⁶³.

restaurantes u otros de acceso público (penalidades por infracciones violatorias de la igualdad y actos discriminatorios).

⁶³ Los artículos 210/210 bis se refieren al delito de «asociación ilícita».