

El antinegacionismo jurídico: derecho internacional vs derecho local.

Acerca de las armonizaciones y disonancias en el sistema de protección de derechos humanos

*Valeria Thus**

Resumen

La coexistencia de dos sistemas positivos para la protección de derechos fundamentales (el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional local) puede generar alguna disonancia e incluso conflicto. Para procurar reducir estas divergencias, existen alternativas que van desde la imposibilidad de aplicación del derecho constitucional local (uso autoritativo del derecho internacional) hasta la negación expresa del derecho internacional de los derechos humanos (la posición tradicional de Estados Unidos en materia de libertad de expresión).

Entre uno y otro extremo, Europa ha optado por un sistema que procura la confluencia de la aplicación de los dos sistemas, no siempre con éxito. La posición de algunos estados europeos a favor de la punición de las prácticas negacionistas es un ejemplo claro de ello.

Si bien en los últimos años la jurisprudencia internacional y regional europea se ha consolidado a favor del antinegacionismo jurídico, esta tendencia parece haberse revertido a partir del fallo de Tribunal Superior Constitucional de España (STC 235/2007) que declaró la inconstitucionalidad del delito de negacionismo por entender que no era compatible con el artículo 20.1 CE,

* Abogada especializada en Derecho Penal (UBA). Cursó la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2011-2012). Jefe de Trabajos Prácticos del Depto. de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho (UBA). Abogada querellante en causas de derechos humanos por los crímenes cometidos en la última dictadura: "Von Wernich", "Videla - Plan sistemático de robo de bebés", "Tepedino-ABO" (Circuito Atlético, Banco y Olimpo) y "Plan Condor". Coordinadora de áreas del Instituto Espacio para la Memoria.

que garantiza el derecho a la libertad de expresión. Al desconocer los lineamientos estipulados por el DIDH frente al tratamiento de las “leyes memoriales”, reabre el debate respecto del alcance y la eficacia del sistema internacional de derechos humanos frente a los ordenamientos jurídicos locales y da cuenta de esta tensión manifiesta.

A esta situación de por sí controversial, se la suma que las directivas estipuladas desde el derecho internacional no han sido lo suficientemente claras y unívocas. Luego de exhortar a los estados a legislar el delito de negacionismo, de haber formulado condenas en sus decisiones individuales, el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General Número 34, ha vuelto sobre sus pasos al declarar con firmeza que este tipo de leyes son incompatibles con el PIDCyP.

Este tipo de contradicciones por parte de uno de los organismos más relevantes de la comunidad internacional va en desmedro de la posibilidad de reducción de las disonancias en el debate derecho local vs. derecho internacional. Resulta esencial que los órganos de derechos humanos establezcan pautas y criterios orientadores claros de modo que los estados puedan comprender en qué sentido deben adecuar su ordenamiento jurídico interno, generando mayor cohesión a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Negacionismo - margen de apreciación nacional - derecho internacional de los derechos humanos - disonancia.

Abstract

The coexistence of two positive law systems for the protection of fundamental rights (international human rights law (IHRL) and domestic constitutional law) may give rise to disharmony and even conflict. To reduce such differences, there are alternatives ranging from the impossibility of applying domestic constitutional law (authoritative use of international law) to the outright denial of international human rights law (the United States' traditional position on freedom of speech).

Europe has adopted an in-between system that seeks the convergence of both extremes, though not always successfully. The position adopted by some European States in favor of punishing negationist practices is a clear example of this.

Even though international and regional European case law has lately stood for fighting legal negationism, this trend seems to have been reversed by the Constitutional Court of Spain, which declared that defining negationism as a crime is unconstitutional (STC 235/2007) on the grounds that this is incompatible with Article 20.1 of the Constitution of Spain, which guarantees the right to freedom of expression. Disregarding the IHRL guidelines on the approach to be given to “memory laws,” such ruling reopens the debate over the scope and effectiveness of the international human rights system vis-à-vis domestic laws, and accounts for this evident tension.

In addition to this already controversial ruling, the guidelines laid down by international law have proven not to be sufficiently clear or univocal. After urging the States to legislate negationism as a crime and after having condemned it in individual decisions, the UN Human Rights Committee, in its General Comment No. 34, has recently done a complete reversal on its decisions by firmly declaring that laws of this type are incompatible with the ICCPR.

This kind of contradiction by one of the most important organizations in the international community averts the possibility of reducing disharmonies in the “domestic versus international law” debate. It is essential for human rights bodies to establish clear and univocal guidelines and criteria on this issue so that States may understand in what sense they should adjust their domestic legal systems to gain greater cohesion in the application of international human rights law.

Keywords: Negationism – national margin of appreciation – international human rights law – disharmony

I. Introducción

Auschwitz se encuentra en el candelero de las investigaciones históricas, políticas y filosóficas de este siglo.¹

1. A modo de ejemplo puede señalarse que el problema de las circunstancias históricas (técnicas, burocráticas, jurídicas, fácticas, etc.) ha sido maravillosamente analizado por Hilberg y, posteriormente, por Enzo Traverso, entre otros destacados autores. Lo que sucedió en Auschwitz también ha sido relatado por sus sobrevivientes, destacándose,

Sin embargo, aunque los detalles más terribles se encuentren al alcance de la mano, sea en libros, documentales, cinematografía, etc., se evidencia una cada vez más creciente cantidad de reconocidos intelectuales que niegan la propia ocurrencia de la Shoah, así como también de las cámaras de gas y que la Solución Final fuera un exterminio.

Será, entonces, porque, como sostiene Agamben, una de las lecciones de Auschwitz es precisamente entender que la mente de un hombre común es infinitamente más ardua que comprender la mente de Spinoza o Dante (también en este sentido debe ser comprendida la afirmación de Hannah Arendt, a menudo tan malinterpretada sobre la banalidad del mal).²

Frente a la creciente propagación del fenómeno negacionista, ya sea mediante publicaciones académicas, sitios de Internet o cuanto medio de difusión comunicacional masiva exista, diversos estados europeos decidieron la represión de estas prácticas mediante su tipificación en sus respectivos códigos penales.

Como se puede observar, si bien el ordenamiento jurídico brinda una numerosa oferta de respuestas jurídicas para saldar sus cuentas con el pasado,³ en los últimos años se ha recurrido al derecho penal, es decir, a la

entre otros, el descarnado testimonio de Primo Levi. Incluso, más recientemente Giorgio Agamben ha trabajado lo que hace al significado ético y político del exterminio e incluso la simple comprensión humana de lo acontecido. (Ver especialmente: HILBERG, Raul, *Perpetrators, Victims Bystanders. The jewish catastrophe 1933-1945*, Nueva York, Harper Perennial, 1993; TRAVERSO, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002; AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Ed. PRE-TEXTOS, Valencia, 2002).

2. AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, ob. Cit., pág. 9.

3. Existen diversos mecanismos jurídicos del “derecho a la memoria”, tales como: a) las comisiones para la verdad y la reconciliación, b) las leyes de reparación en el ámbito civil, c) los mecanismos como los *Gacaca* en Ruanda, entre otros; d) las conmemoraciones –los denominados *días de la memoria*. Estas leyes introducen en los calendarios nacionales o en el calendario internacional las llamadas “Jornadas de la Memoria”, a través de las cuales se exhorta a la comunidad: “*es necesario recordar*”. A título ejemplificativo, mediante la ley número 211, del 20 de julio de 2000, en Italia se destina el día 27 de enero como Jornada de Conmemoración de la Shoah. En idéntico sentido, Francia adoptó la ley número 2000-644 del 10 de julio de 2000, que exhorta a recordar el 16 de julio de cada año como Jornada Nacional destinada a la Memoria de las Víctimas de los Crímenes

faz más represiva de todo estado de derecho para dar respuesta a la preocupante expansión de los fenómenos negacionistas, con el objeto de procurar y garantizar un ejercicio responsable de la memoria como modo de evitar que un acontecimiento límite⁴ como fue el aniquilamiento y exterminio del pueblo judío se produzca en el futuro.

Conciencia y responsabilidad que resultan intrínsecas al desarrollo de sociedades respetuosas de derechos humanos básicos y que, en alguna medida, dieron la impronta a los catálogos internacionales de derechos humanos en la época de posguerra y la creación y surgimiento de organismos internacionales para la protección de estos derechos. Luego de Auschwitz como hito histórico de las atrocidades a las que la humanidad puede llegar, se abre la etapa de la mundialización de los derechos humanos.⁵

Las “leyes contra el olvido” de crímenes de lesa humanidad *en sentido amplio*, tienen repercusión e incidencia en categorías de la filosofía política, en la historia⁶ y, finalmente, pero no únicamente, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Racistas y Antisemitas. A nivel supranacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció la Jornada Internacional de la Memoria. Con la Resolución 60/7, titulada “Memoria del Holocausto”, adoptada el 1° de noviembre de 2005, la Asamblea General decidió que las Naciones Unidas proclaman el 27 de enero (fecha del aniversario de la liberación del campo de Auschwitz) como la Jornada Internacional dedicada a las Víctimas del Holocausto.

4. Aquí uso acontecimiento límite en el sentido dado por LA CAPRA como acontecimiento radicalmente trasgresor de la vida social, por ejemplo el crimen contra la humanidad. Ver: LA CAPRA, Dominick, *Historia y memoria después de Auschwitz*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2009.

5. Ver especialmente RAFFIN, Marcelo, Capítulo Primero: “Del otro lado del espejo: la invención de los derechos humanos”, en *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 3/65.

6. Cabe señalar que reconocidos historiadores han puesto en tela de juicio el antinegacionismo jurídico a partir de mostrarse contrarios a la punición de aquellas prácticas. Resultan ilustrativas las palabras de Noam Chomsky, en el ensayo “Comentarios elementales sobre el derecho a la libertad de expresión”, donde discute el derecho a realizar y publicar investigaciones impopulares, relacionado con el notorio “Escándalo Faurisson”, nombre con el que se conocen los eventos en los que estuvo envuelto el historiador negacionista del Holocausto francés Robert Faurisson, quien a principios de 1979 escribió un libro donde se concluye que los nazis no habrían utilizado cámaras de gas, ni intentaron realizar un genocidio de los judíos

El punto de partida del presente trabajo es el análisis de estas políticas estatales en materia de antinegacionismo jurídico como acciones afirmativas

(ni de ningún otro grupo), y que el mito de las cámaras de gas fue montado por grupos sionistas para beneficiar la creación del estado de Israel en detrimento de Alemania y fundamentalmente de Palestina. En razón del escándalo suscitado con la publicación, 500 intelectuales de renombre, incluido Chomsky, firmaron una petición solicitando a las autoridades *garantizar la seguridad y el ejercicio libre de sus derechos legales* de Faurisson. En la referida petición, Chomsky expresó: “Las conclusiones de Faurisson son diametralmente opuestas a mis puntos de vista y que he expresado en publicaciones (por ejemplo, en mi libro Paz en el Oriente Medio, donde describo el holocausto como la peor muestra de locura colectiva en la historia de la humanidad). Pero es elemental que la libertad de expresión (incluyendo la libertad académica) no sea restringida a los puntos de vista que uno aprueba, y es precisamente en el caso de puntos de vista que son casi universalmente descartados o condenados que este derecho debe ser defendido con mayor fuerza. Resulta sencillo defender aquellos que no necesitan defensa o unirse a una condena unánime (y frecuentemente justificada) de la violación de los derechos civiles cometida por un oficial enemigo.” Adviértase que en el mismo tenor los críticos más prominentes de las prácticas negacionistas –reconocidos historiadores como Deborah Lipstadt, Pierre Vidal Naquet y Michel Smermen– *han declarado públicamente que se oponen a las leyes que criminalizan el negacionismo*. Vidal Naquet publicó un artículo en el diario *Le monde*, titulado “Del lado de los perseguidos”, de fecha 15 de abril de 1981, donde manifestó: “Hablemos un poco en serio de este asunto. Yo no soy de los que minimizan su importancia. Ver semejantes absurdos impresos hasta en periódicos serios es cosa que hace daño. Pero, ¿cómo reaccionar de una manera que “sea buena para los judíos”? Frente a un Eichmann real, era necesario luchar por la fuerza de las armas y, en caso de necesidad, por la fuerza de la astucia. *Frente a un Eichmann de papel, hay que responder por el papel*. Algunos lo hemos hecho y seguiremos haciéndolo. Al hacerlo, no nos situamos en el terreno en el que se ubica nuestro enemigo. No lo ‘discutamos’, desmontemos los mecanismos de sus mentiras y falsedades, lo cual puede resultar metodológicamente útil para las jóvenes generaciones. *Precisamente es por eso que no hay que encomendar a un tribunal que pronuncie la verdad histórica*. Precisamente porque la veracidad de la gran matanza surge de la historia y no de la religiosidad es que no debe tomarse demasiado en serio a la secta revisionista” (la bastardilla me pertenece). Ver: VIDAL NAQUET, Pierre, *Los Asesinos de la memoria*, Siglo XXI Editores, México, 1994, pág. 104. Vidal Naquet no sólo se pronuncia en contra de la punición de las prácticas negacionistas, sino que resalta la importancia de la palabra y del deber moral de seguir escribiendo y hablando de Auschwitz. Señala, asimismo, la importancia de no utilizar métodos propios de los nazis, porque en definitiva lo peor que le puede pasar al pueblo judío es que los negacionistas se coloquen en lugar de mártires. Por su parte, Deborah Lipstadt ha manifestado en numerosas entrevistas periodísticas que la justicia austriaca debía liberar a David Irving (ver: “Irving? Let the guy go home”, **Brendan O’Neill**, *BBC News*, 4 de enero de 2006, en página web http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4578534.stm y “Irving held in Austria over Holocaust comments”, Tony Paterson, *New Zealand Herald*, 18 de noviembre de 2005, en <http://www.nzherald.co.nz>).

en el sentido que le otorga Owen Fiss⁷ (no meramente conmemorativas sino represivas) y las posibles resistencias de aquellos estados donde la aplicación de estas acciones puede traer aparejado la puesta en crisis de su sistema constitucional.⁸

Se procura, entonces, abordar la relación, no siempre armoniosa por cierto, entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos constitucionales de los estados con el objeto de ahondar en el estado actual del debate respecto del uso autoritativo de la legislación internacional de los derechos humanos frente a las legislaciones nacionales europeas frente al “discurso del odio”.

En la referida inteligencia, luego de delinear el concepto y alcance del negacionismo y su distinción con el revisionismo histórico y de analizar sucintamente la legislación internacional, regional y nacional europea a favor de la punición del fenómeno negacionista en el marco de las políticas de la memoria, se hará especial hincapié en la sentencia del Tribunal constitucional de España del 7 de noviembre de 2007 (STC 235/2007), quien, desoyendo los lineamientos fijados desde el derecho internacional de los derechos humanos, ha declarado la inconstitucionalidad del tipo penal de negación y minimización de la Shoah (art. 607 inciso 2 CP), poniendo en crisis el uso autoritativo del derecho internacional en la materia.

7. Porque lo que, en definitiva, está en juego es el desmantelamiento de aquellas condiciones que los constituyeron –como un grupo sistemáticamente excluido, sin oportunidad de que sus integrantes realicen su autonomía– ni más ni menos que la adopción de una política de acciones estatales afirmativas, fundado en la teoría de la igualdad como no sometimiento. La concepción de la igualdad como no sometimiento –o el concepto sociológico de igualdad, ha sido abordado como respuesta crítica a la concepción individualista de la igualdad por autores como Owen FISS, Robert POST, Catherine MACKINNON, entre otros. Ver especialmente: SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en Roberto GARGARELLA y Marcelo ALEGRE (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis nexis, Buenos Aires, 2007.

8. Estados Unidos parte del criterio de que la libertad de expresión propicia un debate social completo y abierto. Respecto de las expresiones de odio, se ha mostrado contrario a su penalización por repudiables que puedan ser. El Estado ha de tolerar al intolerante quedando así asegurada su neutralidad frente a las opiniones. Salvo que la actitud del intolerante sea directa o implícitamente violenta, no hay impedimento jurídico para que la sociedad conozca lo que dice y adopte libremente posición al respecto. Ver en este sentido: BOYLE, Kevin, “Hate Speech- The United States versus the rest of the World?”, en *53 Me. L. Rev.* 487 (2001).

Finalmente se formularán algunas reflexiones, a modo conclusivo, respecto del alcance real y efectivo que puede conferírsele al derecho internacional de los derechos humanos –contemplando los cambios “de timón” que suelen suscitarse en temáticas sustanciales como rasgo de inestabilidad del sistema– y de los márgenes de discrecionalidad permitidos a los estados frente a los lineamientos fijados desde el derecho internacional.

II. Hacia un concepto del Negacionismo

El fenómeno de la “revisión del Holocausto” comenzó poco después del año 1945 como un movimiento de propaganda activo en los Estados Unidos, Canadá y Europa Occidental. Su objetivo inmediato consistió en refutar la existencia de la masacre de cerca de seis millones de judíos en Europa por el régimen nazi. Las raíces de este grupo pueden ser halladas en el propio lenguaje burocrático de la política nazi, que intentó encubrir el genocidio bajo la denominación de “Solución Final al problema judío”.

Paul Rassinier es considerado el primer negador del Holocausto, por cuanto en 1948 sostuvo por primera vez que:

- 1.- nunca hubo un plan para la aniquilación sistemática de la judeidad europea;
- 2.- el número de las víctimas judías fue de un millón;
- 3.- fueron los judíos los que declararon la guerra a Alemania; y
- 4.- los testimonios de los sobrevivientes se encuentran exagerados y son poco fieles.

Inicialmente, se les adjudicó a aquél el nombre de “revisionistas”, en el afán de procurar identificarlos con la tradición revisionista histórica de Estados Unidos de 1920 y 1930 y, con ello, adquirir legitimidad en el ámbito académico.

En este sentido, fue la historiadora estadounidense Deborah Lipstadt una de las primeras personas en denominar a este grupo como “negadores del Holocausto” y sostener que, en su opinión, éstos no estaban “revisando” la Historia, sino más bien negando lo innegable.⁹

9. En este sentido, ver LIPSTADT, Deborah: *Denying the Holocaust*, New York, 1993.

Posteriormente a ello, a partir de la década del 70, reconocidos historiadores lograron darle un tinte academicista a este grupo antisemita (Mark Weber, Bradley Smith, Freud Leuchter, Ernst Zundel, David Irving, Robert Faurisson, Roger Garaudy, Carlo Mattogno y Ahmed Rami del Institute for Historical Review).¹⁰

Más recientemente, el negacionismo se expresó también en algunos regímenes islamitas (como Irán), que dieron cobertura política al negacionismo academicista, tal como lo ilustra la celebración de una conferencia mundial organizada por el propio gobierno iraní en diciembre de 2006.¹¹

En este contexto, para los negacionistas el genocidio llevado a cabo en la Alemania nazi en perjuicio de los judíos, los gitanos y las otras categorías “subhumanas” no sólo no existió, sino que representó un mito, una mentira y un fraude.¹² En efecto, su discurso se alza en negar la existencia de las cámaras de gas, cuestionar el número de las víctimas y, entre otras cuestiones, sostener que “la Solución Final”¹³ no fue un exterminio sino una emigración.

Así las cosas, los negacionistas buscan ser reconocidos y legitimados como exponentes de una escuela historiográfica que lucha contra la “mentira de Auschwitz” (*Auschwitzlüge*) y se opone a la “verdad” oficial acerca del genocidio judío. Procuran, pues, reescribir la historia minimizando, negando o simplemente haciendo caso omiso de hechos pasados esenciales.

10. Se creó como centro educativo, de investigación y publicación, de interés público, sin fines de lucro y dedicado a la promoción de una mayor conciencia de la historia, especialmente aspectos sociopolíticos del siglo XX (cfr. www.ihr.org).

11. El 11 de diciembre de 2006, la *Conferencia Internacional para la Revisión de la Visión Global del Holocausto* fue inaugurada en Teherán en un marco de condenas mundiales contra su realización. La conferencia, promovida y organizada por Ahmadineyad, contó con la presencia de varios líderes del Ku Klux Klan, diversas organizaciones neonazis europeas, los principales rabinos estadounidenses de la agrupación antisionista Neturei Karta. En esa oportunidad, el ministro iraní de relaciones exteriores sostuvo que “el objetivo de la conferencia no es negar o probar el Holocausto, sino ofrecer la oportunidad a investigadores europeos de dar su punto de vista sobre este fenómeno histórico”.

12. VIDAL NAQUET, Pierre, *Los asesinos de la memoria*, ob. cit., pág. 106.

13. Sobre esta temática ver especialmente: ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Ed. Lumen, Barcelona, 2001; BANKIER David y GUTMAN Israel (comps.) *La Europa nazi y la solución final*, Ed. Losada, Madrid, 2005 y TRAVERSO, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

Resulta importante señalar que, partiendo de la carencia de la historiografía oficial y después de haber suministrado una interpretación desvirtuada de las pruebas documentales, tales autores no se preocupan por brindar argumentaciones que puedan fundar sus afirmaciones. Por consiguiente, a quienes deseen adherir a estas orientaciones se les requiere un acto de fe basado, principalmente, en teorías tales como la de la conspiración judía más que en tesis documentadas.¹⁴ Precisamente por ello es que los historiadores académicos no suelen aceptar la expresión *revisiónismo del Holocausto* aplicado al negacionismo, con el objeto de diferenciarlo del legítimo revisionismo histórico que, a contraposición de aquél, se adecua a los estándares académicos, a las pruebas disponibles y adoptan un método científico.

Si bien la revisión histórica de los hechos, explicaciones e interpretaciones son parte de la corriente actividad de los historiadores, los negacionistas se valen de inexactitudes y omisiones respecto de los hechos que no son admitidos por la comunidad científica.¹⁵

III.- No hay negaciones inocentes

No debe olvidarse que, tal como sugiere Daniel Feierstein, todo proceso genocida requiere de una serie de momentos que lo integran: 1) la construcción de una otredad negativa, 2) el hostigamiento, 3) el aislamiento, 4) las políticas del debilitamiento sistemático, 5) el aniquilamiento material y 6) la realización simbólica de las prácticas sociales genocidas.

En esta perspectiva se señala que el fenómeno negacionista integra el sexto momento del proceso genocida, aquel que se conoce como la “realización simbólica de las prácticas sociales genocidas”, que se refiere a los modos en que las sociedades posgenocidas representan y narran la experiencia traumática.

Se afirma desde la más calificada doctrina, Sevane Garibian en Francia es un ejemplo, que la negación no es un acto “aparte”, sino que es

14. VIDAL NAQUET, Pierre, ob. cit., págs. 207/208.

15. Ver especialmente: BLOCH, Pascal: “Response to professor Fronzas the punishment of negationism”, 30 *Vermont. L.Rev.* 627. (2006) en el marco del Simposio “Accommodating differences: the present and future of the law of diversity”, págs. 627/643.

considerada generalmente como la etapa última del proceso genocida. Perpetúa el crimen, manteniendo a los sobrevivientes y a sus descendientes en la vergüenza, sin real acceso al duelo. Los ahoga, los tritura en una *nada*, en un *no-acontecimiento*, en un *inexistentes* sosteniendo que “eso” no existió.¹⁶ Esta posición es compartida por los profesores Israel Charny y Helene Piralian respecto de lo que denominan análisis psicológico del negacionismo.¹⁷

Para Charny, la lucha contra el negacionismo deviene imperiosa. Lo considera una herramienta utilizada por los genocidas, configurando a las prácticas negacionistas como una celebración de la destrucción que renueva las humillaciones de los sobrevivientes y de todos aquellos que se preocupan por la destrucción de la vida, simboliza un ataque contra la identidad de las víctimas y fundamentalmente los considera asesinos de la verdad histórica y la memoria colectiva.¹⁸

Por ello, no sólo debe limitarse a resaltar las pruebas evidentes del genocidio, desde la construcción de la verdad histórica, sino que un efectivo combate al negacionismo debe basarse también en adoptar un modelo que comprenda sus diferentes tipos, interpretando sus propósitos políticos, las estructuras cognitivas y las estrategias de comunicación de varios tipos de negación. De allí, que se interesa en la elaboración de una clasificación de las modalidades de negacionismo (del holocausto y los otros genocidios) .

Charny desmenuza los distintos modos de negacionismo en un catálogo profuso de clasificaciones porque incluye no solamente a los perpetradores de los genocidios con sus modalidades de silenciamiento durante

16. Cfr. “Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law”, en *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 9, número 2, págs. 479/488.

17. Ver especialmente: PIRALIAN, Helene, *Genocidio y transmisión*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000 y CHARNY, Israel, “A contribution to the psychology of Denial of Genocide”, en *Journal of Armenian Studies*, publicación del National Association for Armenian Studies and Research, Belmont, USA, **Volume IV, Numbers 1 & 2: 1992, Special Issue: Genocide and Human Rights: Lessons from the Armenian Experience**, págs. 289/306.

18. CHARNY, Israel “A classification of Denials of the Holocaust and other genocides”, Chapter 15, Denial of genocide, en *The genocide Studies Reader*, Edited by Samuel Totten and Paul R. Bartrop, Ed, Routledge, Taylor and Francis Group, New, York, 2009, pág. 519.

y con posterioridad al genocidio, a los que los incorpora a la categoría de Fanatismo malvado (*Malevolent Bigotry*); sino que incluye toda posibilidad de negación, incluso la desarrollada por quienes caracteriza como “inocentes”.

En la categoría de Malevolent Bigotry reseñada incluye a los perpetradores de los genocidios así como también los gobiernos que niegan los genocidios cometidos por ese estado en el pasado; pero también a los “no perpetradores” pero con tradiciones ideológicas de fascismo, neo nazis, antisemitas, fanáticos, “skin heads”, entre otros.

No es mi intención detallar las diversas modalidades de clasificación y subclasificación (que el autor reúne en seis grupos mayoritarios que incluyen, a su vez, más de 8 o 10 supuestos en cada grupo),¹⁹ sino profundizar en el rasgo más interesante de esta clasificación, que consiste en la incorporación no sólo de las categorías tradicionales de negación de la Shoah, que corresponden a grupos con una posición ideológica antisemita manifiesta, sino también de los diversos modos de negación implícitos, que, en su opinión, configuran la más expandida forma de negacionismo.

Negacionista no es solo aquel que niega la existencia de las cámaras de gas en la Segunda Guerra Mundial, ni los gobiernos que niegan los genocidios cometidos por ese Estado en el pasado, a los que se los puede enrolar en la clasificación de Malevolent Bigotry; sino que también lo es el llamado “innocent denier”.

En esta categoría se enrolan varias modalidades: la negación entendida como un proceso psicológico de defensa frente a experiencias traumáticas, pero también se incluyen como negacionistas a aquellos que rescatan el derecho a las opiniones impopulares en las sociedades democráticas y plurales actuales, en resguardo de la libertad de expresión y académica.

Así las cosas, Charny entiende que la posición del intelectual Noam Chomsky respecto a lo que se denomina el escándalo Faurisson²⁰ configura también una modalidad de negacionismo.

En su opinión, una comprensión más profunda de las diferentes caras de las negaciones del holocausto y los genocidios en general es una base necesaria para formular campañas más efectivas para dar respuesta a los

19. En este sentido ver la Tabla 8 de clasificaciones, págs. 520/522.

20. Ver nota al pie número 6.

revisionistas. Ello porque estos grupos se amparan en las estructuras de las sociedades democráticas, como es la institución de la libertad de expresión y los principios de diversidad y tolerancia, pero, en los hechos no realizan una exploración o investigación genuina de la Historia, porque su único objeto es suprimir la verdad y reescribir aquélla.

Por su parte, Adam Jones incorpora a las tradicionales categorías de negacionismo, como la referida a la cantidad de víctimas bajo la fórmula “Hardly anybody died”, otras subjetivas en términos de intencionalidad, tales como la defensa propia (it was self defense), la existencia de violencia mutua (en alusión al genocidio de Ruanda de 1994 entre hutus y tutsis), que las muertes no fueron intencionales y que no había una directiva centralizada. Asimismo, incorpora a la mencionada categorización aquellas posiciones jurídicas que descartan la posibilidad de tipificación del genocidio (por ejemplo por no integrar las víctimas la categoría de grupo conforme los criterios de la Convención).

Sin embargo, es importante aclarar que independientemente de la clasificación en las diversas modalidades de negacionismo, el autor no es partidario de la punición en ningún caso. Entiende que la libertad de expresión sólo adquiere significancia “en los márgenes” y se pregunta si los puntos de vista de Irving y Faurisson, entre otros, tendrían remotamente la prominencia que tienen si las persecuciones penales no se hubieran llevado adelante.²¹

La criminología denominada “del daño social” (social harm approach) se ha interesado por lo que da en llamar los “estados de negación”, formulando una fuerte crítica al rol de la criminología luego de la Segunda Guerra Mundial, que paradójicamente no se abocó al estudio de estos aberrantes crímenes, remarcando su llamativo silencio: o lo que da en llamar su negacionismo omisivo.

En esta línea de pensamiento, especial atención merece la obra de Stanley Cohen *Estados de negación*.²² Debe aclararse que cuando se habla de estos estados de negación el autor no se refiere a los “simples negadores

21. JONES Adam, *Genocide. A Comprehensive Introduction.*, Ed. Routledge, USA, 2010, pág. 354.

22. COHEN, Stanley, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Depto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.

de la Shoah”, sino que, tal como explica Zaffaroni, “penetra la intrincada fenomenología que abarca la negación misma del presente, aunque el límite entre ambos momentos lo atribuye con acierto a la comunicación masiva: una masacre comienza a entrar en el pasado cuando deja de ocupar el centro de la comunicación. La investigación se adentra en los vericuetos de la psicología para arrojar bastante luz acerca de las diferentes tipologías de la negación de atrocidades, demostrando la altísima complejidad social y psicológica del negacionismo”.²³

Cohen trabaja sobre los diversos modos de negación, que exceden a las simples prácticas negacionistas –es decir aquellas que aquí se investigan–, para abordar otros modos: a) cuando son las propias víctimas las que niegan la realidad; b) los testigos que saben pero que *ignoran*, en una ambivalencia con errores cognitivos fuertes; algo así como una suerte de decisión de *no saber más*; c) los espectadores individuales y estatales que *ignoran o no saben* porque prefieren una vida tranquila.

Es decir que teoriza sobre las limitaciones al conocimiento de las atrocidades cometidas por nuestra civilización con una alarmante indiferencia moral en el siglo de las relaciones comunicacionales. Su objetivo central es reorientar la criminología hacia la superación de esta indiferencia a la que se refiere. Para lograr este objetivo se desenvuelve en la interfase entre lo personal (de allí el abordaje de las diversas teorías psicológicas de la negación) y lo político. En su opinión, la negación personal puede ser tolerada, pero en el plano político no podemos tolerar estados de negación. Sin perjuicio de lo cual, se permite preguntar acerca del efecto disuasorio o preventivo de las leyes que criminalizan el negacionismo.²⁴

En su reciente obra *Memoria y representaciones*, Feierstein echa mano a dos conceptos que resultan de interés en el tema que nos ocupa: “pacto denegativo” e “ideología del sinsentido”.

Para el autor existe un pacto denegativo cuando se establece un acuerdo inconsciente a nivel social en la exclusión de toda referencia al suceso traumático. De este modo, se producen mecanismos colectivos de

23. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Décimo segunda conferencia: Las últimas palabras o el desbande (I), *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pág. 283.

24. COHEN, Stanley, ob. cit., página 285.

ajenización y distanciamiento a través de un proceso narrativo que excluye deliberadamente a la primera persona y se estructura como la narración de algo ocurrido a otros.

Por su parte, la “ideología del sinsentido” constituye un momento superior del proceso de represión, que lejos de desafiar el pacto denegativo busca instalarlo en el plano de la conciencia, otorgarle una solidez narrativa y restablecer algún tipo de coherencia identitaria al anular la propia existencia del yo previamente arrasado.²⁵

Las ideologías del sinsentido, en las que perfectamente pueden incluirse las prácticas negacionistas aquí analizadas, intentan construir un tipo de narratividad. A través de la insensibilización y el pacto denegativo, constituyen una legitimación y justificación del arrasamiento, clausurando su visibilización al sostener que no hay nada que elaborar porque en verdad nunca hubo nada ahí.

Para el autor, una de las respuestas posibles frente a la propagación de estas ideologías la configura el derecho, cuya sola emisión produce consecuencias materiales inmediatas en su capacidad de afectar de un modo diferencial estas estructuras narrativas.

Sostiene que: “el derecho constituye un ámbito privilegiado para la elaboración de las experiencias de violencia sistemática y masiva gracias a su capacidad performativa, como gestor de verdades sancionadas colectivamente y de narraciones que alcanzan una fuerza muy superior a la construida en cualquier otro ámbito disciplinario. A dicha capacidad simbólica de sancionar una verdad aceptada colectivamente se suman las consecuencias concretas de su acción para los cuerpos y las subjetividades involucradas (su carácter performativo) pues cada sentencia tiene también entre sus características la capacidad de generar una pena, una acción que repercute de un modo directo e inmediato sobre los cuerpos”.²⁶

25. FEIERSTEIN, Daniel, *Memoria y representaciones*, Ed. Fondo de Cultura, Buenos Aires, 2012, páginas 79 y ss.

26. FEIERSTEIN, Daniel, *Memoria y representaciones*, ob. cit., página 126.

IV. Marco normativo²⁷

Los instrumentos jurídicos relevantes en esta materia son tanto internacionales, regionales europeos y nacionales europeos.

27. La República Argentina no ha receptado aún en su normativa penal el delito de negacionismo. Sin embargo, existe un borrador de proyecto de ley del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo denominado “Prohibición de la negación de la existencia histórica del delito de genocidio”, que en su artículo 1 solicita la incorporación a la Ley Nacional N° 23.592 como artículo 3 *bis* el siguiente texto: “Será reprimida con prisión de un (1) mes a dos (2) años la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o trivialicen flagrantemente la existencia histórica de conductas enmarcables en el delito de genocidio –en particular la Shoá (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– de un modo que afecte la dignidad o el derecho a la no discriminación de alguna persona o grupos de personas por cualquier pretexto, ya sea en forma directa o indirecta. En aquellos casos en los que la referida conducta se ejecute de modo tal que pueda implicar una incitación a la violencia, la persecución o el odio será aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3”. En el mencionado proyecto de ley se sostiene que la libertad de expresión encuentra su límite en las manifestaciones denigrantes, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. La negación, justificación o minimización de los genocidios –en particular la Shoah (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina– como hechos históricos contrarios a los derechos humanos, constituye una práctica discriminatoria de las personas y grupos perseguidos y/o exterminados por el sólo hecho de pertenecer a esos grupos nacionales, religiosos, étnicos, de ideas políticas, etc. Se entiende que resulta jurídicamente válido perseguir penalmente aquellas manifestaciones que con la pretensión de enmascararse detrás de la protección amplia que posee la libertad de expresión afectan la dignidad y el derecho a la no discriminación, más aún cuando las mismas resultan capaces de incitar en forma directa a la comisión de delitos de violencia, persecución u odio; siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que si resultarían plenamente amparadas por el reconocimiento constitucional de tal libertad. Se afirma que el proyecto propuesto constituye una limitación constitucional a la libertad de expresión por parte de la ley penal, toda vez que no se está sancionando la mera difusión de ideas, sino que se intenta proteger el valor constitucional de la dignidad, como sustento del reconocimiento del derecho a la igualdad, a la no discriminación y de los derechos humanos en general. (cfr. www.inadi.gov.ar).

A) Ámbito internacional

El derecho internacional general contiene numerosas disposiciones que, por un lado, afirman el derecho fundamental a la libre manifestación del pensamiento y, por otro lado, prohíben en general la discriminación racial y, en particular, la propaganda racista, permitiendo en estos casos restricciones del derecho de manifestar libremente el propio pensamiento.

Los instrumentos internacionales que receptan estos derechos humanos fundamentales más relevantes son, entre otros:

a.- Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 19 establece la libertad de opinión y expresión;

b.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 19, párrafos 1° y 2°, prevé el derecho a la libertad de expresión, regulando, asimismo, las limitaciones al mencionado derecho, como es el respeto de los derechos o la reputación de los otros, o bien la salvaguardia de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública (art. 19, 3° párrafo), artículo 20 párrafo 2, que penaliza la incitación al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia;

c.- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, que, además del principio de no discriminación, prevé, como en todos los textos mencionados hasta ahora, la prohibición de propaganda racista en sus diversas formas de incitación y difusión de ideas (art. 4).²⁸

En lo específicamente atinente a las prácticas negacionistas, además del establecimiento de la Jornada Internacional de la Memoria, se destaca la resolución A/61/L.53, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por unanimidad –salvo el disenso de la República islámica de Irán– del 26 de enero de 2007 que condena “todo intento de negar o minimizar el Holocausto”.

28. También pueden señalarse: Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen de Genocidio de 1948 y aquella contra el Apartheid de 1973, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su carácter de órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en *decisiones individuales* sobre cuestiones que directamente se relacionaban con el negacionismo y la eventual colisión con el derecho a la libertad de expresión, en los términos de los artículos 19 y 20 del mencionado instrumento internacional. (Robert Faurisson c. Francia; Malcolm Ross c. Canadá; Ernst Zündel c. Canadá).²⁹

Más recientemente, en el mes de julio de 2011, el Comité de Derechos Humanos dictó la Observación General N° 34, que, reemplazando y complementando a la Observación general N° 10, se pronuncia expresamente sobre el alcance de la libertad de expresión y, en lo que aquí nos interesa, sobre el negacionismo.

El Comité puntualizó con rigor categórico que “las leyes que penalizan la expresión u opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en relación con el respeto a la libertad de opinión y expresión” (párrafo 49).³⁰

Seguidamente, subrayó que el Pacto no permite prohibiciones generales de aquellas expresiones que contengan una opinión errónea o conlleven una incorrecta interpretación de eventos pasados. En este sentido, no deben imponerse restricciones al derecho a la libertad de opinión y, respecto a la libertad de expresión, ellas no pueden ir más allá de lo estrictamente permitido en el artículo 19.3 del Pacto o requerido bajo el artículo 20.³¹

Un análisis pormenorizado de esta observación general conduce a sostener que, a partir de ella, el Comité efectuó un cambio de criterio respecto de las prácticas negacionistas. En efecto, ya no puede aseverarse que la punición del negacionismo es compatible con las disposiciones del Pacto y, específicamente, con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Aún

29. Comité de Derechos Humanos, Caso N° 550/1993, *Faurisson v. France*, 8 de noviembre de 1996; Caso N° 736/1997, *Malcolm Ross v. Canadá*, 26 de octubre de 2000; Caso N° 1341/2005, *Ernst Zundel v. Canadá*, 4 de enero de 2005.

30. Comité de Derechos Humanos, *Observación General n° 34, Artículo 19: Libertad de opinión y de expresión*, 102 período de sesiones, 2011, párr. 1, Original en inglés, la traducción es propia.

31. Comité de Derechos Humanos, *Observación General n° 34*, cit, párr. 49.

menos compatible lo es el establecimiento por parte de los estados de prohibiciones genéricas de expresiones que contengan una visión u opinión, por más erróneas o reprochables que fueran, de lo sucedido en el Holocausto.

Lo que tampoco ha dejado lugar a dudas esta observación impartida por el Comité coincide en que, acaecida una restricción a la libertad de expresión por haberse negado el Holocausto, lo que corresponde es realizar un riguroso análisis del cumplimiento de los tres requisitos exigidos por el artículo 19. 3 del Pacto.

B) Ámbito regional

En el ámbito regional europeo, el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales consagra el derecho a la libertad de expresión y, simultáneamente, encuadra sus límites posibles. Paralelamente a ello, su artículo 17 impide genéricamente un ejercicio abusivo de los derechos protegidos por el Convenio.

Por su parte, el Consejo de Europa definió al delito de negacionismo como la negación, trivialización, justificación o aprobación de crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad. Un protocolo adicional a la Convención sobre Cibercrimen del Consejo de Europa contempló, específicamente, la negación del holocausto y de otros genocidios reconocidos como tales desde 1945 por tribunales internacionales.³²

En el ámbito de la Unión Europea merece destacarse la Acción Común adoptada el 15 de julio de 1996 por el Consejo de Europa, la que requirió a los Estados miembros aplicar las medidas necesarias para perseguir penalmente las diversas formas de manifestación racista. En relación con las prácticas negacionistas, se invitó a los Estados a reprimir la negación pública de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg, cuando dicha negación incluya un comportamiento despreciativo o degradante respecto de un grupo de personas definido en base a su color, raza, religión, origen nacional o étnico.

32. Cf. Artículo 6, Sección 1º. El mencionado Protocolo fue firmado el 28 de enero de 2003, entró en vigor en 2006 y no ha sido firmado aún por Italia, Reino Unido, Irlanda, República Checa, Bulgaria y Rusia.

Más recientemente, el 19 de abril de 2007, los ministros de Justicia de la Unión Europea lograron arribar a un Acuerdo Marco por medio del cual todos los Estados miembros se comprometieron a tipificar como delito el negacionismo en un plazo de dos años.³³

Finalmente, debe observarse que desde Organismos Internacionales se han emitido recomendaciones a los estados para que controlen este tipo de posturas negacionistas.³⁴

C) Ámbito nacional europeo

Frente a este marco normativo internacional, algunos estados europeos optaron por la incorporación del delito de negacionismo en sus códigos penales (Alemania, España, Portugal y Suiza), mientras que otros lo incorporaron en una ley *extra codicem* aprobada exclusivamente para ello (Bélgica) o en la ya existente (Francia y Austria).³⁵

33. LUTHER, Jorg, “*El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada*”, ponencia presentada en el Congreso “Historia, verdad, derecho”, 4 de abril de 2008, Roma, publicado en *REDCE*, Número 9, enero-junio de 2008, pág. 249.

34. En este sentido, ver la Recomendación nº 9 de Política General de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, 25 de junio de 2004. En ésta, de forma directa, se recomienda a los Estados miembros que “aseguren que el Derecho Penal en el ámbito de la lucha contra el racismo abarque el antisemitismo y penalice los siguientes actos antisemitas cuando se cometan intencionadamente”. Entre estos actos se encuentra la negación, trivialización, justificación o aprobación en público del Holocausto, de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra cometidos contra personas por motivo de su identidad u origen judíos.

35. La ley Gayssot aprobada en Francia el 13 julio de 1990 prohíbe en su artículo 24 toda expresión “racista, antisemita o xenófoba” y prevé prisión de tres años a los negacionistas o personas que expresan dudas sobre el exterminio judío. El 26 de febrero de 1992, Austria promulgó una ley similar que contempla pena de diez años de prisión (artículo 3g y 3h Verbotsgesetz 1947). De hecho, la ley austriaca, dotada de las sanciones más rigurosas de Europa, le fue aplicada a David Irving, condenado el 20 de febrero de 2006 a una pena de prisión de tres años. Por su parte, Bélgica había adoptado ya en 1981 una primera ley contra la instigación al odio racial y xenófobo. El 23 de marzo de 1995 fue aprobada la Ley para reprimir la negación, minimización, justificación o apología del genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la Segunda Guerra Mundial que prohíbe el apoyo, justificación o negación pública del Holocausto. En Alemania está contemplado en el parágrafo 130 párrafo 3 (STgb § 130 Abs. 3), en España en el artículo

Otros países que tipifican esta conducta como delito en su ordenamiento jurídico, son: Luxemburgo, República Checa, Lituania, Polonia, Canadá, Nueva Zelanda, Rumania, Sudáfrica y bajo la Ley 5710-1950 el negacionismo es un delito también en Israel.

1. El caso francés: especial atención merece el caso de Francia, que da cuenta de las controversias suscitadas en torno a la sanción de la ley Gaysot del año 1990 y el derrotero legislativo a partir de ella en materia de represión penal de prácticas negacionistas.

Cabe referir que la sanción de la ley Gaysot, y las leyes memoriales posteriores a la misma, generó un profundo debate en la sociedad francesa, que básicamente se refirió a dos cuestiones centrales: a) por un lado, el debate respecto del rol de los legisladores/ jueces y los historiadores, y b) por el otro, la cuestión de la individualización de los crímenes cometidos.

a) Con relación al primer aspecto, cabe señalar, tal como explica Garibian,³⁶ que un importante debate dividió fuertemente a la sociedad francesa tras la promulgación de la ley 158 del 23 de febrero de 2005 que sólo retenía, en su artículo 4, el “rol positivo de la presencia francesa en ultramar”.

Este episodio tuvo un doble mérito: por un lado, *puso en acto* el profundo malestar contemporáneo ligado al pasado colonial de Francia; por otro lado, dio nacimiento a una reflexión sobre las relaciones entre el derecho, la Historia y la memoria, a través de la denuncia más general de las “leyes memoriales”, que los historiadores consideran restrictivas de su libertad.

El 12 de diciembre de 2005, diecinueve historiadores franceses hicieron pública una declaración contra las intervenciones políticas en su trabajo, y publicaron una petición llamada “Libertad para la Historia” en los diarios *Liberati*, *Le Monde* y *Le Figaro*, reclamando no solamente la derogación de la ley del 23 de febrero de 2005, sino también de la ley número 90

607, inciso 2 del Código Penal de 1995 y en Suiza en el artículo 261 bis. Para una lectura exhaustiva de la normativa penal en los diversos estados nacionales ver: FRONZA, Emanuela, “La protección penal de la memoria. Sobre el Delito de Negacionismo”, en *Memoria y Derecho Penal*, Colección ¿Más Derecho?, compiladores Pablo D. Eiroa y Juan M. Otero, Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2008.

36. Ver especialmente: “Derecho, Historia, Memoria. El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho?”, inédito, en el marco del Seminario del Núcleo Memoria- IDES en la República Argentina del 13 de noviembre de 2009.

del 13 de julio de 1990, que reprime la negación del Genocidio del Pueblo Judío (ley Gayssot) aquí analizada; de la ley 70 del 29 de noviembre de 2001 que reconoce el Genocidio Armenio de 1915; y de la ley 434 del 21 de mayo de 2001 que reconoce el carácter de Crimen contra la Humanidad a la esclavitud (ley Taubira).

El planteo de estos historiadores sirvió de modelo para que, tres días más tarde, veinticinco intelectuales de izquierda expresaran la misma demanda en nombre de la “libertad para debatir” en el diario *Le Monde*.

Se enfrentaron así dos campos a través de prensa interpósita: por un lado, los detractores de las denominadas leyes “memoriales”, a las que se apunta con el dedo como impidiendo a los investigadores “trabajar en el respeto de la separación del Estado y el conocimiento”, puesto que en un Estado libre “no corresponde ni al Parlamento ni a la autoridad judicial definir la verdad histórica”; por otro lado, los opositores a esta ola de derogaciones, quienes a través del llamamiento “No mezclemos todo” (difundido el 20 de diciembre de 2005 y suscripto por 32 personalidades, entre escritores, juristas e historiadores), afirmaban por su parte que es “pernicioso hacer la amalgama entre un artículo discutible de una ley con otras tres leyes de naturaleza radicalmente diferentes”.

Después de numerosas idas y vueltas, el artículo 4 de la ley del 23 de febrero de 2005 fue objeto de una derogación definitiva por el Decreto Número 160 del 15 de febrero de 2006, aplacando así un poco la polémica. Cabe precisar que el mencionado artículo había sido previamente deslegalizado por decisión del Consejo Constitucional (decisión número 2006-203 del 31 de enero de 2006).

Sin embargo, el 12 de octubre de 2006 la Asamblea Nacional francesa adopta una propuesta de ley que tiene por objeto penalizar la negación del Genocidio de los Armenios sobre el modelo de la ley Gayssot de 1990, la cual sanciona penalmente el negacionismo respecto de la Shoah.

Al mismo tiempo, Alemania lanza un programa de lucha contra el negacionismo en el seno de la Unión Europea, proyectando la creación de nuevos instrumentos jurídicos en la materia.

Las reacciones en Francia no se hicieron esperar: el debate se reaviva.³⁷

37. Ver en particular, sobre la penalización de la negación del Genocidio de los Armenios, las críticas de: F. TERRE, “Négation du génocide arménien : une loi au mépris du droit”,

Afirma Garibian que si la expresión “leyes memoriales” designa textos jurídicos que hacen referencia a un hecho de la Historia, esos textos tienen, sin embargo, funciones diferentes. De todas las leyes en tela de juicio, al día de hoy la ley Gayssot de 1990 es la única que contiene una *norma penal*, aplicable por los jueces: es la única en plantear una prohibición, por otro lado exclusiva (la negación del Genocidio de los Judíos), modificando la ley sobre la libertad de prensa del 29 de julio de 1881 por la inserción de un artículo 24 bis.

b) Ya adentrados en la cuestión del elemento objetivo del tipo penal de los crímenes cometidos, luego de la Ley Gayssot de 1990 que sanciona penalmente el negacionismo respecto de la Shoah, y luego de numerosas idas y vueltas, el 12 de octubre de 2006 la Asamblea Nacional Francesa adopta una propuesta de ley que tiene por objeto penalizar la negación del Genocidio de los Armenios sobre el modelo de la Ley Gayssot de 1990.

Corresponde señalar, con relación a esta propuesta de ley, que transcurrieron cinco años desde que fuera aprobado por la Asamblea Nacional y su tratamiento por parte del Senado, el 4 de mayo de 2011, que finalmente lo rechazó.

Así las cosas, no es delito en la actualidad en Francia la negación del genocidio armenio.

En este contexto, numerosas voces se alzaron contra esta decisión: el cantante franco-armenio Charles Aznavour enfáticamente había pedido a los legisladores franceses que votaran a favor del proyecto de ley tipificando la negación del genocidio armenio en el Diario *Libération*.

Sostuvo el cantante: “Así, la ley que sanciona la negación del genocidio armenio, por último, se discutirá en el Senado, este 4 de mayo. Pasaron casi cinco años antes de este texto, que fue aprobado 12 de octubre 2006 por la Asamblea Nacional, y está sujeta a ratificación. Un largo período de tiempo

Le Figaro, 13 de octubre de 2006; M. WIEVIORKA, “Les députés contre l’histoire”, *Le Monde*, 17 de octubre de 2006; J.-P. FELDMAN, “Il faut abolir la loi Gayssot!”, *Le Monde*, 18 de octubre de 2006; J. DE HEMPTINNE, “Génocide : l’engrenage”, *Libération*, 25 de octubre de 2006. Para una opinión discrepante: A. POLICAR, “Histoire: trois bonnes lois et une mauvaise”, *Le Monde*, 18 de octubre de 2006; B.-H. LEVY, “Arménie: loi contre génocide”, *Le Monde*, 2 de febrero de 2007; S. GARIBIAN, “Du négationnisme considéré comme atteinte à l’ordre public”, *Le Monde*, 13 de mayo de 2006 y “La négation, objet légitime du droit”, *Libération*, 3 de noviembre de 2006. Todos ellos citados por Garibian en la nota 14 del mencionado artículo.

ha permitido este estado de propagación de la negación en nuestro territorio a través de diversos eventos, sitios web, la profanación, el vandalismo y la provocación. Tengo la lista a disposición de quien quiera. Estos ataques son parte de la línea lógica del odio que había presidido el genocidio de 1915. Comparten la misma discriminación racial y la arrogancia, incluso penal, que había apoyado la actividad de exterminio. ¿Es posible que en Francia, el mismo lugar donde nuestros padres se refugiaron para escapar de la ignominia, sus nietos sean procesados casi un siglo después por la malicia misma, la misma ideología asesina, el flagelo mismo, todo promovido por el mismo Estado turco? Muchas de las interferencias han contaminado el debate sobre esta legislación que algunos viven como una limitación de su libertad de expresión. Pero, ¿qué libertad? La negación del Holocausto es un insulto a la verdad de los hechos, atacando a la memoria de las víctimas, una afrenta a la dignidad humana. Es un llamado a la violencia y la reincidencia. La negación del Estado es un elemento de delito. Como casi todos los armenios en Francia, mis padres estaban entre los sobrevivientes de 1915. Yo realmente recuerdo las caras de esta generación de milagros, algunos de las cuales cubrían las paredes en Francia en 1943, cuando el ‘cartel rojo’ significaba la resistencia de mano de obra inmigrante. La familia que yo construí es cosmopolita. Cubre toda la gama de las religiones. Siempre he hablado en contra de todas las formas de racismo, y extendí la mano al pueblo turco, que yo no confundo con sus gobernantes. Sin embargo, estos valores humanistas que no dejaré de defender por todo el mundo, hoy quiero que se respeten plenamente por los míos. Señores Senadores, por eso les pido reparar esta injusticia y que voten la ley que penaliza la negación del Genocidio Armenio. Nadie podía detener el proceso de aniquilación de la civilización de la llamada ‘Armenia turca’. Era la Primera Guerra Mundial. Por lo menos impidamos la negación hoy, que todavía estamos en paz”.³⁸

A esta altura del análisis, y ya por fuera del caso puntual de la legislación francesa, cabe precisar que existen distinguos de importancia en las legislaciones europeas referidas, resultando al respecto esclarecedor recurrir al cuadro comparativo ensayado por el profesor Jorg Luther.³⁹

38. <http://www.liberation.fr/monde/01012335258-il-faut-punir-le-negationnisme>.

39. El referido autor distingue las legislaciones según: a) la individualización de los crímenes negados; b) formas de concreción de los crímenes negados; c) definición de la

De esta clasificación, resulta relevante aquella referida a la *individua- lización de los crímenes negados*, por cuanto en algunos países se optó por limitar la protección solamente a la negación de la Shoah (Alemania, Francia y Bélgica), en tanto que otros la extienden a todos los *genocidios* (como en España, Suiza y Portugal).

En clave comparada, se aprecia inmediatamente que la disciplina francesa es más amplia que la alemana porque no se limita a los genocidios nazis, pero es también más restrictiva en cuanto que no contempla la alternativa de la minimización y presupone en cualquier caso una sentencia nacional e internacional.

La regulación suiza es más restrictiva que la alemana en cuanto exige el intento de desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión.

Por su parte, tal como afirma Luther, “la ley belga, aun siendo inspirada por la alemana, es incluso más amplia porque castiga también hechos en lugares no abiertos al público como por ejemplo el negacionismo en la escuela. En virtud del art. 150 de la Constitución belga, el conocimiento de los delitos de imprenta se reserva a un Tribunal de primera instancia. En 1999 la ley se flexibilizó por una disposición que permite impedir a los autores de delitos el ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos. En 2005 se discutieron propuestas para anudar a las sentencias de condena la inelegibilidad política y para extender la prohibición también al genocidio armenio”.⁴⁰

Por otro lado, en las diversas legislaciones europeas también se observan diferencias de relevancia con relación a la *determinación del bien jurídico lesionado*.

Así, no existe un criterio unívoco en las legislaciones europeas de cuál es el bien que se decide proteger jurídicamente mediante la punición del negacionismo.

A título ejemplificativo: en Alemania se protege la “paz pública”, en tanto que en Francia el “orden público” o la “dignidad humana”.

conducta; d) definición de las modalidades; e) eventuales perfiles subjetivos; f) vulneración de bienes jurídicos específicos y g) elección de la fuente o de la denominación.

40. LUTHER, Jorg, ob. cit, pág. 265.

A la multiplicidad y heterogeneidad de bienes jurídicos posiblemente protegidos por la norma penal, se le suma que en los precedentes jurisprudenciales más relevantes *se incluyen otros no previstos expresamente por la normativa*. De la lectura pormenorizada de los fallos más reconocidos en la materia se incorpora al catálogo de los bienes jurídicos ya mencionados, “la correcta interpretación de la Historia”. Emanuela Fronza resalta que: “la calificación del delito de negacionismo varía de un Estado a otro. Dependiendo de los ordenamientos, el bien jurídico protegido se identifica con el orden público, la paz pública, la seguridad nacional o la protección de la reputación o de los derechos ajenos al honor. En las sentencias se hace referencia también a la dignidad humana o a la necesidad de las víctimas del Holocausto de ser protegidas.”⁴¹

V. Negacionismo y libertad de expresión: Jurisprudencia reciente

Desde el punto de vista del derecho constitucional, negacionismo y antinegacionismo plantean no pocos problemas.

Es necesario valorar su impacto sobre las garantías constitucionales de la dignidad humana, de la libertad de conciencia y de expresión, el principio de lesividad penal, entre otras.

Los principios fundamentales del constitucionalismo moderno quedan afectados, desde el estado de derecho hasta la democracia, especialmente para quien busca instrumentos jurídicos idóneos para preservar el pluralismo democrático y la paz social.⁴² De allí la trascendencia y complejidad de estas políticas estatales afirmativas.

En los últimos años la jurisprudencia internacional ya referida y europea⁴³ se ha consolidado a favor del antinegacionismo jurídico. Sin embargo,

41. FRONZA, Emanuela, ob. et loc. cit., pág. 171.

42. LUTHER Jorg, ob. cit., página 248.

43. TEDH, *Case of Roger Garaudy v. France*, Judgment of 24 March, 2003. En este caso, el Tribunal Europeo señaló, entre otras cuestiones, que la libertad de investigación protege más las preguntas que buscan la verdad que aquellas afirmaciones que proponen falsedades. La libertad de pensamiento en este caso se habría usado para finalidades contrarias al texto y al espíritu del Convenio, en particular a sus valores fundamentales de justicia y paz.

esta tendencia parece haberse revertido por el Tribunal Superior Constitucional de España, quien, en sentido contrario a la tendencia mayoritaria, dictó un fallo en la materia, en fecha 7 de noviembre de 2007- STC 235/2007, donde se declaró la inconstitucionalidad del artículo 607 inciso 2) del Código Penal Español que tipifica el negacionismo como delito.⁴⁴

La norma en cuestión reza: “Art. 607- 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo⁴⁵, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

En el precedente jurisprudencial citado se formularon una serie de precisiones del tipo penal de negacionismo y, fundamentalmente, su relación con el derecho constitucional a la libertad de expresión.

En tal sentido, con voto mayoritario el TSC declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el mencionado tipo penal, pero mantuvo incólume la punición de la difusión de ideas o doctrinas tendientes a justificar un delito de genocidio (ver fundamento jurídico 9 de la sentencia).

En el fallo se entendió:

1.- Que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu

44. Cf. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 235/2007.

45. En referencia al inciso 1 del artículo 607 CP que reza: “Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado. 2º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149. 3º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150. 4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. 5º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los núms. 2º y 3º de este apartado”.

de apertura, sin lo cuales no existe “sociedad democrática”. Es decir, 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 (citando el precedente STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49).⁴⁶

2.- Que el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Ello sin perjuicio que las ideas que difundiera el acusado Varela Geiss resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada por cuanto para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto.

3.- Que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y en realidad lo son al negar la evidencia de la Historia– quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos (citando como precedente STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8 y antecedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57)

4.- Que a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que el ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el

46. Ibidem.

fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, del sistema político.⁴⁷

5.- Ni siquiera tendencialmente puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (citando precedente STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12).⁴⁸

Cabe referir que distinto temperamento se adopta respecto de la difusión de ideas *que justifiquen el genocidio*. En esos supuestos, el Tribunal Constitucional español considera que tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio por cuanto la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. (Ver punto 2 del veredicto.)

Las críticas doctrinarias no tardaron en llegar:⁴⁹

1.- La negación de una barbarie como es el genocidio choca frontalmente con la *dignidad y el derecho fundamental al honor de las víctimas*

47. Cfr. acápite 6 del punto II.- Fundamento Jurídico.

48. Cfr. acápite 8 del punto II.- Fundamento Jurídico.

49. Se destacan las posiciones contrarias de: Roberto GARCIA-CALVO, quien defiende la constitucionalidad del delito de negacionismo como de peligro abstracto, Ramón RODRIGUEZ ARRIBAS, quien formula una fuerte crítica a las democracias “naive” donde el supremo valor de la coexistencia termina protegiendo a quienes quieren demolarla. (Ver especialmente: Pablo Salvador CODERCH y Antoni RUBI PUIG, “Genocide Denial and freedom of speech”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2008, INdret 4/2008, páginas 1-30).

supervivientes de estos delitos o de sus descendientes. Son unos hechos lo suficientemente graves como para estimar que estas tesis negacionistas suponen una violación de la dignidad y el honor de los colectivos que lo sufrieron, siendo que el honor de las personas supone un límite o restricción al ejercicio de la libertad de expresión. Así lo ha entendido el constituyente español al nombrar expresamente el *derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites externos a las libertades de comunicación.*

En palabras de María Lidia Suárez Espino: “La negación de la existencia del genocidio cometido por el régimen nazi hecha de forma que hace sospechar su utilización abusiva, deformando unos hechos históricos probados para apoyar regímenes totalitarios, choca frontalmente con el honor y la dignidad de las víctimas, límites ambos del derecho a la libertad de expresión. En este punto, merece la pena traer a colación la especial posición que ocupa dentro del texto constitucional español la dignidad humana, a la que el artículo 10 CE considera ‘fundamento del orden político y de la paz social’”.⁵⁰

2.- Detrás de las tesis negacionistas, lo que subyace es un fuerte antisemitismo y creencia en la superioridad de una raza sobre las demás, lo que puede suponer un importante desafío para las democracias actuales, donde hoy más que nunca, debido a fenómenos crecientes como la inmigración, estas posturas en el fondo intolerantes y racistas suponen un grave peligro para la convivencia pacífica e incluso para el orden público, además de suponer en sí misma un atentado contra la memoria de aquellos que sufrieron más directamente estos deleznable crímenes.⁵¹

Las críticas pivotaron entonces en la importancia del reconocimiento de la dignidad y el honor de las víctimas, que se traduce en entender a la libertad de expresión como derecho limitado precisamente por los mencionados principios, además del peligro potencial que suponen para la normalidad democrática. Se entendió que el fallo contrariaba, la integración y convivencia pacífica de nacionales e inmigrantes, constituyendo un paso hacia atrás, y una puerta abierta a movimientos antidemocráticos que podrían valerse de la destipificación del delito de negación de genocidio para

50. SUAREZ ESPINO, María Lidia, *ibidem*, página 6.

51. SUAREZ ESPINO, María Lidia, *ibidem*, página 8.

hacer propaganda de determinadas ideologías peligrosamente intolerantes y conflictivas.

VI. ¿El derecho internacional de los derechos humanos en jaque?

La sentencia del tribunal constitucional español al desconocer los lineamientos estipulados por el derecho internacional de derechos humanos frente a lo que se suele denominar el tratamiento de las “leyes memoriales” reabre el debate respecto del alcance y la eficacia del sistema internacional de derechos humanos frente a los ordenamientos jurídicos locales.

A poco que reflexionamos sobre el tema se observa que esta relación aparece controversial por cuanto en la actualidad el uso autoritativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de los estados nacionales europeos no se halla consolidado. O aun más, la Corte Europea de Derechos Humanos permite ciertos “márgenes de discrecionalidad”, tal como se verá.

En definitiva, la pregunta que trasunta este texto es si una sentencia como la aquí analizada resulta una práctica aceptada en atención al margen de discrecionalidad que gozan los estados europeos frente a la normativa internacional. ¿Cuál es el alcance real y efectivo del derecho internacional de los derechos humanos?

Dicho en otros términos: ¿estos precedentes jurisprudenciales “ponen en jaque” el uso autoritativo del derecho internacional de los derechos humanos?

La respuesta no es unívoca y su abordaje no resulta sencillo.

Ahora bien, entiendo necesario aclarar que una visión crítica respecto de la actuación efectiva del DIDH no implica descalificar la importancia que el mismo ha tenido en la protección de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Sólo se trata de procurar formular un diagnóstico sincero para vislumbrar los posibles modos de armonización de los derechos locales e internacionales.

Estoy convencida de que al “no hablar de ciertos temas”, lejos de reducir su peligrosidad, se colabora de un modo involuntario a la concreción del mito del eterno retorno, porque sin animarnos a ensayar nuevos intentos de explicación –incluso asumiendo el riesgo de equivocarnos– seguiremos

construyendo discursos políticamente correctos a favor de la internacionalización de los derechos humanos, pero carentes de sentido e irrelevantes en cualquier intento real de confrontación con el discurso del odio.

Para poder dar una respuesta lo más abarcativa posible a este debate derecho local vs. derecho internacional, resulta necesario entender al derecho internacional de los derechos humanos como parte de un sistema de prácticas interrelacionadas de procesos de protección de derechos.

Así entendido, y teniendo en consideración el todavía temprano estado de desarrollo histórico, el DIDH se ha mostrado como una útil herramienta para la protección de derechos.

Desde esta perspectiva, al sistema de protección internacional de derechos humanos se le reconocen efectos directos e indirectos.

Douglass Cassel rescata la importancia de los denominados efectos indirectos por cuanto la articulación entre el derecho internacional y el derecho local ha permitido que a nivel de los estados se pueda generar un diálogo entre la política, la academia, el derecho, la sociedad civil, el consenso público y la prensa.⁵²

En lo que nos interesa aquí, señala como efectos directos la posibilidad de reformas legislativas locales a instancias de los lineamientos del derecho internacional. Un ejemplo concreto de este efecto directo lo constituye la legislación nacional europea que tipifica el delito de negacionismo que reconoce su existencia en las directivas del derecho internacional.

El DIDH ocupa diversos roles en esta dinámica de interrelación con los derechos nacionales: provee un lenguaje común, refuerza la noción de universalidad de los derechos humanos, legitima los reclamos de protección de derechos, otorga precisión conceptual jurídica, entre otros beneficios de la aplicación del sistema.

Sin embargo, tal como advierte Cassel, todavía las intervenciones internacionales tienen impacto limitado. El DIDH como herramienta útil de protección de derechos depende principalmente en su contribución a procesos transnacionales que afecten el modo de pensar de las personas y el comportamiento de las instituciones.

52. CASSEL, Douglass, "Does international human rights make a difference?", *Westlaw 2 Chi. J. int '11. 121*, Chicago Journal of International Law, spring 2001, pág122.

Son numerosos los casos en los cuales se produce una divergencia, incluso un conflicto, entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de los estados.

Cuando esta divergencia ocurre existen diversas alternativas para procurar lograr “reducir esta disonancia”, que va desde la imposibilidad de aplicación del derecho constitucional local (uso autoritativo del derecho internacional) hasta la negación expresa del derecho internacional de los derechos humanos (por caso, la posición tradicional de Estados Unidos en materia de libertad de expresión, entre otros ejemplos).

Entre uno y otro extremo, Europa ha optado por un sistema que procura la confluencia de la aplicación de los dos sistemas, no siempre con éxito.

La sentencia española da cuenta de esta tensión manifiesta.

Se vislumbran entonces una serie de mecanismos institucionales que tienen como objeto disminuir la disonancia que pueda suscitarse entre el DIDH y los sistemas constitucionales. Entre ellos: la doctrina del margen de apreciación nacional, las *saving clauses*, las reservas, y en sentido contrario a las anteriores el uso mandatorio del DIDH, etc.

En la materia que nos ocupa, la aplicación del criterio del margen de apreciación nacional es moneda corriente para resolver las disonancias entre el DIDH y el derecho local.

Ahora bien, la mencionada doctrina no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo ni tampoco fue debatida en los trabajos preparatorios.⁵³ Se trata de un criterio fijado por el TEDH, que resulta inmanente a la lógica de la subsidiariedad del derecho internacional (Casos Handyside, 7/12/76 y Sunday Times, 26/4/79 ambos contra el Reino Unido). A su favor se ha sostenido que el legislador dispone de un gran espacio para establecer y mantener direcciones políticas propias a través de sus leyes y que una Corte supranacional debe respetar estas orientaciones “salvo si el juicio se revela manifiestamente desprovisto de bases racionales”.

La doctrina del margen de apreciación nacional implica la deferencia de la evaluación por parte de los estados del modo en que un derecho convencional es utilizado en las circunstancias particulares de ese estado

53. YOUROV, Howard Charles: *The margin of appreciation doctrine in dynamics of European court of Human Rights jurisprudence*, Kluwer Law International, Boston, 1996, p. 14.

(tomando en consideración las diferencias culturales, políticas, religiosas y sus tradiciones legales).

La idea básica es pues que los estados tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y la ponderación de intereses complejos. Ello en base al principio de subsidiariedad e internacionalidad e incluso se entiende que la justificación racional de esta doctrina radica en la disparidad cultural de las diversas comunidades políticas nacionales, un pluralismo de base territorial sobre el que se asienta una cultura europea aún de mínimos.⁵⁴

Este es la base del dilema que intenta conjugar un intenso pluralismo de base territorial con la integración europea: ¿debe avanzar en la integración o respetar las diferencias nacionales?

En todo caso, si lo que se toma como objetivo primordial es la consolidación de un sistema internacional de derechos humanos, debe procurarse entonces la armonización de manera plural, respetuosa de las diferencias y previsiblemente más lenta.

Es importante aclarar que la utilización de este mecanismo no implica un “bill de indemnidad” para que los estados adopten su propia interpretación de un derecho convencional en sentido contradictorio a la interpretación autónoma del TEDH, sino que implica la posibilidad que esa interpretación se adapte a las circunstancias locales particulares.⁵⁵

Lo antes dicho no implica aceptar acríticamente mecanismos como el “margen de apreciación nacional”, que suele ser considerado como una construcción teórica con contornos altamente discrecionales e imprecisos. Si bien desde la doctrina mayoritaria hay consenso en que se trata de un instrumento inevitable, sus críticos exigen una depuración teórica que permita una aplicación más precisa, porque en la actualidad se trata de un criterio

54. GARCIA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”, *La europea de los derechos: el convenio europeo de derechos humanos*, J. GARCIA TOCA Y P. SANTOLAYA (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005., página 130.

55. NEUMAN. Gerald, “ Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance”, *Stanford Law Review*, Vol 55:1863, 6/1/2003, pág. 1884.

de decisión no reglado y de aplicación irregular no se puede ocultar su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasionan.

En este contexto, no debe ser soslayado que la mirada exclusiva de las interpretaciones constitucionales es considerada inapropiada por el TEDH.

La doctrina del margen de apreciación por los estados no puede ir reñido con el sentido común: existe una compartida opinión que una razonable interpretación de la libertad de expresión garantiza las prohibiciones en materia de odio racial o propaganda deshumanizante.

En el caso del Tribunal Constitucional español se ha hecho uso del mencionado recurso de armonización o disminución de las disonancias, no sin críticas doctrinarias como se detallara precedentemente.

A esta situación de por sí controversial se la suma que en materia de punición de las prácticas negacionistas, las directivas estipuladas desde el derecho internacional no han sido lo suficientemente claras y unívocas.

De hecho, luego de exhortar a los estados a legislar el delito de negacionismo, de haber formulado condenas en sus decisiones individuales, el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU, recientemente, en su Observación General Número 34, ha vuelto sobre sus pasos en la materia al declarar con firmeza que este tipo de leyes son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Más allá del análisis de cuál es la posición más acertada en materia de antinegacionismo jurídico, lo cierto es que este tipo de contradicciones por parte de uno de los organismos más relevantes de la comunidad internacional como es la ONU –sea a través de la Asamblea en un primer momento o posteriormente por su comité de expertos– va en desmedro de la posibilidad de reducción de las disonancias que suelen suscitarse en el debate derecho local vs. derecho internacional.

Resulta esencial que los órganos de derechos humanos, como lo es el Comité de Derechos Humanos, establezcan pautas y criterios orientadores claros y unívocos sobre esta temática, de modo tal que los estados puedan comprender a qué atenerse y en qué sentido deben adecuar su ordenamiento jurídico interno para encontrarse en sintonía con el máximo respeto y garantía a la libertad de expresión.

La coherencia es un instrumento necesario para generar cohesión por parte de los estados nacionales a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

VII. Conclusión

La coexistencia de dos sistemas positivos para la protección de los derechos fundamentales (el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional local) puede generar disonancias e incluso conflictos, como en el caso aquí analizado, pero en esta etapa de mundialización de los derechos humanos que estamos viviendo, se constituye como una herramienta sin lugar a dudas de oportunidades y desafíos.

Ninguna decisión aislada en el marco de los derechos locales que contrarie los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos, aunque la misma se lleve adelante en el propio marco de la discrecionalidad permitida a los estados por el mismo derecho internacional, puede poner en jaque un sistema al que se lo considera en proceso de consolidación.

Cuando estas disonancias se presentan, en todo caso, la aspiración debe ser a la armonización de los sistemas porque como suele referirse el derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Los órganos jurisdiccionales de los sistemas nacionales e internacionales forman parte de una misma comunidad de intérpretes.⁵⁶

Ello nos obliga a buscar interpretaciones armonizadoras y esforzarnos por aceptar los lineamientos normativos y jurisprudenciales de la comunidad internacional.

En esta etapa de transición en la consolidación de un sistema relativamente joven como es el DIDH, el “margen de discrecionalidad” (aun con las diversas críticas doctrinarias) puede seguir siendo una herramienta útil para la resolución de situaciones de conflictos directos cuando se advierte una suerte de incoherencia como la aquí descrita por parte de la comunidad internacional que, por un lado, exhorta a la punición del negacionismo y, por otro lado, señala que tales legislaciones son incompatibles con el Pacto.

56. Ver: FILIPINI, Leonardo, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídicas de la Universidad de Palermo*, Año 8, Número 1, (2007), págs. 191-202 y ROSENKRANTZ, Carlos, “En contra de los “préstamos” y de otros usos autoritativos del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Número 1, (2005), págs. 71-95; SABA, Roberto, *A community of interpreters*, Yale Law School, New Haven, 2011.

Se trata en todo caso, de la búsqueda de soluciones intermedias que acomoden mejor un obrar más receptivo del derecho internacional sin comprometer en absoluto los posibles intereses nacionales en juego.

Las marchas y contramarchas que pueden suscitarse a nivel nacional e internacional son prácticas esperables, que no debieran causar sorpresa o aun peor desazón. Porque, como es sabido, el valor instrumental del derecho internacional de los derechos humanos, sea en su modalidad de efectos directos o indirectos, no aparece como algo evidente, sino que requiere de su consolidación en el tiempo. Que no es otra cosa que la invocación al poder nominador del derecho (en el sentido de conferirle una potestad performativa), en este caso al derecho internacional de los derechos humanos, de modo que con su aplicación se apele a un lenguaje común y se refuerce la protección y universalidad de los mismos.

Bibliografía

- ACKERLY, Brooke, *Universal Human Rights in a World of difference*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008
- AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer I- El poder soberano y la nuda vida*, Ed. Pre-textos, Valencia, 1998.
- AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Ed. PRE-TEXTOS, Valencia, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Colección Derecho y Justicia, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Ed. Lumen, Barcelona, 2001.
- BALIBAR, Etienne y WALLERSTEIN, Immanuel, *Race, Nation, Class Ambiguous Identities*, Ed. Verso, London- New York, 1991, y “Un nuevo antisemitismo?” en *Antisemitismo. El intolerable chantaje. Israel-Palestina ¿una cuestión francesa?*, BALIBAR Etienne; WARSCHAWSKI Michel; BUTLER Judith, Ed. Canaan, Buenos Aires, 2009.
- BANKIER David- GUTMAN Israel (comps) *La Europa nazi y la solución final*, Ed. Losada, Madrid, 2005
- BARRERA ORTEGA, Abraham, “Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio” en *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, CRUZ DIAZ, José

- y RODRIGUEZ PRIETO, Rafael, coordinadores Ed. Anthropos, Barcelona, 2009.
- BENHABIB, Seyla, SHAPIRO, Ian, PETRANOVIC, Danilo, *Identities, Affiliations and Allegiances*, Ed. University Press Cambridge, United Kingdom, 2007.
- BLOCH, Pascal, "Response to Professor Fronza's the Punishment of Negationism", en *30 Vermont. L.Rev.* 627. (2006)
- BOYLE, Kevin, "Hate Speech- The United States versus the rest of the World?", en *53 Me. L. Rev.* 487 (2001).
- CASSEL, Douglass, "Does international human rights make a difference?", *Westlaw 2 Chi. J. int'l l.* 121, Chicago Journal of International Law, spring 2001.
- CODERCH, Pablo Salvador y RUBI PUIG, Antoni, "Genocide Denial and freedom of speech", en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2008, *INDret* 4/2008, páginas 1-30).
- COHEN STANLEY, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Depto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.
- COTLER, Irwin y GROSSMAN David, "State Sanctioned Incitement to genocide: the responsibility to prevent" en *Hate Speech and incitement to Violence*, Workshop Series, Columbia University School of La., en www.columbia.edu
- CHARNY, Israel, "A contribution to the psychology of Denial of Genocide", en *Journal of Armenian Studies*, Volume IV, Numbers 1 & 2: 1992, páginas 289-306 en. <http://www.naasr.org>
- CHARNY, Israel "A classification of Denials of the Holocaust and other genocides", Chapter 15, Denial of genocide, en *The genocide Studies Reader*, Edited by Samuel Totten and Paul R. Bartrop, Ed, Routledge, Taylor and Francis Group, New, York, 2009.
- CRUZ DIAZ, José, "Mas allá del consecuencialismo: la tutela penal contra el discurso negacionista en Francia" en *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, CRUZ DIAZ, José y RODRIGUEZ PRIETO, Rafael, coordinadores, Ed. Anthropos, Barcelona, 2009.
- FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina.*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.

- FEIERSTEIN, Daniel, *Memoria y representaciones*, Ed. Fondo de Cultura, Buenos Aires, 2012.
- FILIPINI, Leonardo, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídicas de la Universidad de Palermo*, Año 8, Número 1, (2007), págs. 191-202.
- FRONZA, Emanuela, “La protección penal de la memoria. Sobre el Delito de Negacionismo” en *Memoria y Derecho Penal*, Colección ¿Más Derecho?, compiladores Pablo D. Eiroa y Juan M. Otero, Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2008.
- GARCIA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europea de derechos humanos: soberanía e integración”, *La europea de los derechos: el convenio europeo de derechos humanos*, J. GARCIA TOCA Y P. SANTOLAYA (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- GARIVIAN, Sevane, “Derecho, Historia, Memoria. El negacionismo: ejercicio de una libertad o violación de un derecho?”, Inédito, en el marco del Seminario del Núcleo Memoria- IDES en la República Argentina del 13 de noviembre de 2009.
- GARIVIAN, Sevane, “Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law”, en *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol.9, número 2, páginas 479-488.
- HILBERG, Raul, *Perpetrators, Victims Bystanders. The jewish catastrophe 1933-1945*, Nueva York, Harper Perennial, 1993.
- JONES Adam, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, Ed. Routledge, USA, 2010.
- KUBLER, Friedrich, “How much freedom for racist speech? Transnational aspects of a conflict of human rights”, en *27 Hofstra L. Rev.* 335 (1998).
- LA CAPRA, Dominick, *Historia y memoria después de Auschwitz*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2009.
- LIPSTADT, Deborah: *Denying the Holocaust: the Growing Assault on Truth and Memory*, Free Press, New York, 1993.
- LUTHER, Jorg, “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, ponencia presentada en el Congreso “Historia, verdad, derecho” del 4 de abril de 2008 en Roma, publicado en *REDCE, Número 9, Enero-junio de 2008*.

- NEUMAN, Gerald, "Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance", *STANFORD LAW REVIEW*, Vol 55:1863, 6/1/2003,
- PALERMO, Francesco, "Accommodating Differences: the present and future of the law of Diversity", en *30 Vermont L. Rev.* 441(2006)
- PASTOR, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006
- PIRALIAN, Helene, *Genocidio y transmisión*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ed. Paidós, Colección Surcos, Barcelona, 20006.
- RAFECAS, Daniel, "La perversa estrategia de negar el holocausto", en *Diario Clarín*, del 12 de febrero de 2009, página 23.
- RAFECAS, Daniel "El derecho penal frente a la Shoah", *Nuestra memoria*, Fundación Memoria del Holocausto, Buenos Aires, Año XIII, Número 23, -enero 2005, páginas 9-17
- RAFFIN, Marcelo, "Metaphysics, Politics, Truth: Genocide practices as a way of deploying de mothern paradigm", en *Rutgers Law Review*, Volumen 61:1, 2008, páginas 111-129.
- REYES MATE, Manuel *Memoria de Occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados*. Ed. Antrophos, Barcelona, 1997.
- REYES MATE, Manuel, *Memoria de Auschwitz- actualidad moral y política*, Ed Trotta, Madrid, 2003.
- REYES MATE, Manuel, *La herencia del olvido*, Errata naturae editores, Madrid, 2008.
- RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
- ROSENKRANTZ, Carlos, "En contra de los "préstamos" y de otros usos autoritativos del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Número 1, (2005), págs. 71-95
- SABA, Roberto, *A community of interpreters*, Yale Law School, New Haven, 2011.
- SABA, Roberto, "Desigualdad estructural", en Roberto GARGARELLA y Marcelo ALEGRE, (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexisnexus, Buenos Aires, 2007.
- SEMELIN, Jacques, *Purify and destroy. The political uses of massacre and genocide*, Columbia University Press, New York, 2007.

- SLIWINSKI, Sharon, "The Aesthetics of Human Rights", *Culture, Theory and Critique*, Routledge, New York, 2009, 50(1), 23-39
- SMIDDY; Linda, "An Essay on professor Fronza's paper: Should holocaust denial be criminalized?", en *30 Vermont L. Rev.* 645 (2006)
- SUAREZ ESPINO, María Lidia, "Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio" en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Abril de 2008.
- TERNON, YVES, *El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX*, Ed, Península, Barcelona, 1995.
- TRAVERSO, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.
- TODOROV ,Tzvetan, *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Ed. Paidós, 2000. TOTTEN, Samuel y BARTROP, Paul, *The genocide Studies Reader*, Ed, Routledge, Taylor and Francis Group, New, York, 2009.
- UMANSKY, Laura y ASSANDRI Adriana, "La negación del Holocausto. Un problema de metodología histórica", en *Nuestra Memoria*, Fundación Memoria del Holocausto, Buenos Aires, Año XIII, número 28, abril de 2007.
- VIDAL NAQUET, Pierre,*Los asesinos de la memoria*, Siglo XXI Editores, México, 1994.
- YOUROV, Howard Charles: *The margin of appreciation doctrine in dynamics of European court of Human Rights jurisprudence*, Kluwer Law International, Boston, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011..