DERECHO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
Una perspectiva iberoamericana

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

DERECHO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Una perspectiva iberoamericana

COORDINADORES

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ
Universidad de Jaén

ESTHER POMARES CINTAS
Universidad de Jaén

MIGUEL REVENGA
Universidad de Cádiz

DANIEL VERGARA
Abogado, Chile

FUNDACIÓN FUCID
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE COOPERACIÓN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE JAÉN

CESJ
Sur de Europa

tirant lo blanch
Valencia, 2020

Copyright ® 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-
ISBN: 978-84-1336-541-1
IMPRIME:
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

AUTORES

ALEJANDRO USÉN
CAROLINA LÓPEZ MEDINA
DANIEL VERGARA
ELOY ESPINOSA SALDAÑA
ESTHER POMARES CINTAS
EVA Mª DOMÍNGUEZ IZQUIERDO
GERARDO RUIZ-RICO RUIZ
HANAE CHAIERI
IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
MANUEL MARTIN YAÑEZ
MARÍA JOSÉ CARAZO LIÉBANA
MARÍA JOSÉ CRUZ
MATIAS BAILONE
MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ
NICOLÁS PÉREZ SOLA
RAMÓN RUIZ RUIZ
STEFANIA PARISI
VIVIANA CARUSO FONTÁN

Índice

BLOQUE I

LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL: UNA MIRADA DESDE LA ORILLA CONSTITUCIONAL 13
Miguel Revenga Sánchez

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN..... 31
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz

PROHIBICIÓN E ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS..... 59
Nicolás Pérez Sola

EL *HABEAS CORPUS* Y LOS DERECHOS DEL DETENIDO EN LA JURISPRUDENCIA..... 89
María José Carazo Liébana

El derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito penal.. 113
Carolina López Medina

¿Protección de la democracia o garantía de la libertad de expresión? La hibrida solución italiana contra la negación del holocausto (de no ser imitada) 135
Stefania Parisi

BLOQUE II

EFECTOS PENALES DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS. EL ART. 156 BIS CP TRAS LA L.O. 1/2019, DE 20 DE FEBRERO 165
Ignacio F. Benítez Ortuzar

CUESTIONES PENDIENTES DEL TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS: LAGUNAS DEL PROTOCOLO DE PALERMO DE 2000..... 187
Esther Pomares Cintas

NORMALIZACIÓN VS. PERVERSIÓN: A PROPÓSITO DEL CONCPETO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL..... 205
STANDARDIZATION VS. PERVERSION: SOME WORDS ABOUT THE CONCEPT OF CHILD PORNOGRAPHY 205
Viviana Caruso Fontán

LOS MÁRGENES DE LA "SOBERANÍA JUDICIAL" EN EL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA..... 243
María José Cruz Blanca

PENAS INFAMANTES, INDEFINIDAS E INEXORABLES: UNA LECTURA DESDE EL ART. 25 CE Y LOS FINES PREVENTIVO ESPECIALES 265
Eva Mª Domínguez Izquierdo

EJECUCIÓN PENITENCIARIA Y PRISIÓN PREVENTIVA..... 307
Manuel Martín Yañez

BLOQUE III

APUNTES SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES PARA EL EJERCICIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Reflexiones acerca de lo sucedido en el caso peruano a propósito de lo resuelto en el caso "Ollanta Humala Tasso" y "Nadine Heredia Alarcón" 349
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

LA ARMONIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE MARRUECOS CON LA CONSTITUCIÓN DE 2011: LA TUTELA DEL ORDEN PÚBLICO NACIONAL FRENTE A LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS LIBERTADES 369
Hanae Chaieri

EL MODELO ***COMMONWEALTH*** DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: UNA RESPUESTA A LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA..... 391
Ramón Ruiz Ruiz

UNA REVISIÓN DEL ***HÁBEAS CORPUS*** EN EL DERECHO CHILENO 421
Alejandro Usen Vicencio

LOS CRÍMENES DE ESTADO Y LA PENA ESTATAL. UNA DISCUSIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL CASTIGO 431
Matías Bailone

EXCLUSIÓN DEL QUERELLANTE NO VÍCTIMA 451
Daniel Vergara Galaz

¿PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA O GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN? LA HIBRIDA SOLUCIÓN ITALIANA CONTRA LA NEGACIÓN DEL HOLOCAUSTO (DE NO SER IMITADA)

STEFANIA PARISI
Universidad de Nápoles Federico II (Italia)

Sumario: I. ¿Democracia protegida o abierta? II. Una distinción entre fenómenos similares: el discurso del odio, el revisionismo, el negacionismo. III. Técnicas y estrategias de negación. IV. Las intervenciones de la Unión Europea y la respuesta jurídica en la legislación comunitaria para combatir el problema. V. Contra una protección penal de la memoria. VI. La solución italiana: una dura crítica.

I. ¿DEMOCRACIA PROTEGIDA O ABIERTA?

En 1937, Karl Lowenstein —filósofo alemán y politólogo, residente en los EE.UU. después de sufrir el exilio de Hitler— acuñó un término para aquellas democracias que predisponen a soluciones eficaces destinadas a erradicar las formas de disidencia que amenazan a la democracia; el término es "militant democracy", democracia militante[1]. La idea expresada por Lowenstein es que la democracia debe ser defendida, protegida, para evitar la proliferación del totalitarismo, al igual que había sucedido en la Alemania que lo había expulsado. Esto sucedería cuando se produjera una violación de los principios fundamentales. Pero se incurría así en la paradoja de que con el fin de proteger los valores fundamentales de una democracia era necesario, a veces, restringir el alcance de estos mismos valores: en ese orden de ideas se puede deducir entonces que, para proteger la libertad

---

1 K. Lowenstein, *Militant democracy and fundamental rights – I*, in *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3 (Jun., 1937), 417 ss., especialmente 432, donde se afirma que "State of siege means, even under democratic constitutions, concentration of powers in the hands of the government and suspension of fundamental rights. If democracy believes in the superiority of its absolute values over the opportunistic platitudes of fascism, it must live up to the demands of the hour, and every possible effort must be made to rescue it, even at the risk and cost of violating fundamental principles".

de expresión, que se define por la Corte Constitucional italiana como una "piedra angular de sistema democrático"[2], sería necesario limitar su ejercicio cuando se ejerce de forma abusiva, y si hay un peligro para esta misma libertad. Por el momento, se incluyen en el concepto de "abuso" algunos fenómenos que intentaré analizar, tales como el discurso de odio y también la conducta de aquellos que se limitan a negar o minimizar groseramente un hecho histórico comprobado.

En este sentido la prohibición del totalitarismo —modelo político en el que se ha generalizado el aplastamiento de la libertad (y libertad de expresión, en particular)— sería una caso evidente de restricción proporcionada para soportar y proteger las razones de la democracia. Este modelo de "democracia militante" ha encontrado eco en varios sistemas jurídicos europeos, especialmente entre los países que han experimentado los regímenes totalitarios; el ejemplo típico sería Alemania.

Por otro lado, existe un modelo de democracia que cree disponer dentro de sí misma de los "anticuerpos jurídicos" capaces de hacer frente a las amenazas a los derechos humanos y que defiende firmemente en el intercambio libre de ideas como fertilizante del progreso.

Las democracias "abiertas", en definitiva, son las que creen en el pluralismo como un valor diferente del simple relativismo axiológico y que admiten el conflicto como componente esencial de la democracia misma.

En este trabajo intentaré argumentar jurídicamente mi preferencia por los sistemas democráticos "abiertos", los que permiten el máximo de libertad de expresión, incluso cuando las circunstancias históricas parecen desaconsejar este tipo de enfoque. El ángulo de perspectiva desde la que observaré el problema es el de la negación del Holocausto (y, en general, de los grandes genocidios de la historia). Después de una necesaria distinción entre éste y otros abusos de la libertad de expresión voy a tratar de explicar mi aversión a la protección penal de memoria (y de la historia). Por último, me centraré en el caso italiano: una solución jurídica híbrida que descontenta tanto los apologistas como los críticos de la protección de la democracia.

II. UNA DISTINCIÓN ENTRE FENÓMENOS SIMILARES: EL DISCURSO DEL ODIO (HATE SPEECH), EL REVISIONISMO, EL NEGACIONISMO

El racismo no tiene una vestimenta favorita: tiene ropajes y colores diferentes según el tiempo, las circunstancias y la manera en la cual se manifiesta. En

---

2 Corte constitucional italiana, sentencia n. 84/1969.

algunos casos, usa la fórmula de la euforia, de la instigación y de la incitación a la acción; en otros, se oculta detrás de un uso distorsionado, ciego y partidario de la ciencia; en otros, se protege por el sonido trivial e indiferente de la palabra, ignora su propio significado, propaga rumores y llena el vacío de argumentos racionales para justificar el sentido de intolerancia. Básicamente —en mi opinión— el racismo tiene tres caras. Y la ley debe tener una actitud muy diferente hacia estos fenómenos. Por lo tanto, el fenómeno de negación, que aquí se discute, debe distinguirse del fenómeno del discurso del odio (*hate speech*) y también de lo que representa el revisionismo.

Se parte de la distinción entre el discurso del odio y la negación del Holocausto. Para diferenciar los dos casos hay que partir de las siguientes consideraciones: la presencia de "epifenómenos" sustancialmente diferentes, de un lado, y el tratamiento que el derecho reserva positiva a ellos, por otro. Desde la primera perspectiva, observamos que el discurso que incita al odio racial se caracteriza por el objetivo de "promover el odio contra ciertos individuos o grupos, usando epítetos que muestran menosprecio para ese grupo porque sus connotaciones raciales, étnicos, culturales, religiosos o de género"[3]; mientras que, en lo que respecta a la negación, no sólo el motivo puede ser distinto, sino también las formas en que se manifiesta en sí mismo pueden variar. Como se verá más adelante, este abuso de la libertad de expresión se manifiesta a través de una estrategia más sutil y, por lo tanto, más peligrosa en sí misma. Por otra parte, es cierto que la negación es, a veces, preludio a la incitación al odio racial[4], pero no a la inversa; esto es, el discurso del odio no siempre toma la forma de crítica (seudo) histórica.

Pero en lo se refiere al segundo aspecto, la diferencia de mayor peso entre el discurso del odio y la negación del Holocausto se radica en la protección que el derecho positivo otorga a estos dos casos, debido a su diversidad ontológica. En Italia, por ejemplo, negar la verdad del genocidio judío (y cualquier otro) no supone un delito en sí mismo[5], ni la Corte Constitucional italiana se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión.

Pero cuando la incitación al odio racial se traduce en una conducta injuriosa, el discurso de odio también podría tener un perfil penalmente relevante: lo que

---

3 G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, en *Politica del diritto*, 2/2008, 287 ss., espec. 293. La traducción del italiano es mía.

4 Como afirma K. Eltis, *A Constitutional "Right" to Deny and Promote Genocide? Preempting the Usurpation of Human Rights Discourse toward Incitement from a Canadian Perspective*, in *Cardozo Journal of conflict resolution*, 9, 2007-2008, 463, cuando, hablando del comportamiento de Ahmadinejad contra los israelíes, ha dicho que esto comportamiento fue precedido de la negación del Holocausto y que eso es "an example of denial as necessary prelude to incitement".

5 Como se verá más adelante, la solución italiana establece que la negación es sólo una forma de agravar los delitos de instigación.

ocurre en los delitos de instigación en la forma dibujada por la jurisprudencia constitucional italiana[6]. Algunos creen, sin embargo, que la negación, como "pensamiento que se caracteriza por una fuerte carga racista", representa un límite a la expresión del pensamiento como lo es en "el fin de perjudicar a un valor supremo, como el de la dignidad de la persona humana (…), siendo completamente irrelevante que se exprese como parte de un razonamiento histórico"[7]: pero de esta balanza en particular (negación como libertad de expresión *vs*. dignidad del pueblo judío) no hay rastro en la jurisprudencia constitucional italiana[8].

Más evanescente es la frontera que separa el revisionismo de la negación del Holocausto[9].

De acuerdo con la definición que se le dio por Vidal Naquet, "revisionismo" indicaría "la doctrina de que el genocidio perpetrado por la Alemania nazi contra los Judios y gitanos nunca existió pero pertenece al mito, a la historia de fantasía, a la estafa"[10]. Esta es una definición que enfatiza el perfil meramente

---

6 C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958; A. Pace- M. Manetti, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del pensiero*, en *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2006; P. Caretti, (2003), *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna di attualità*, en AA. VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, 116 ss.; L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione – L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009.

7 G. Braga, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, en M. Ainis, (cur.), *Informazione, potere, libertà*, Torino, Giappichelli, 2005, 101 ss., espec. 110.

8 La situación es diferente en la jurisprudencia ordinaria, sobre todo en referencia a los casos de "insulto a la dignidad de las personas de diferente raza, etnia o religión: Cass. Pen., sez. III, 10 enero 2002, n. 7421, en *Rivista penale*, 4, 2002, 325 ss. La dificultad de reconstruir la lesión de honor perpetrado por el mensaje de negación se pone de relieve en términos muy claros en M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, en M. Ainis, (cur.), *Informazione, potere, libertà*, *cit*., 41 ss., espec. 49, que señala la existencia de "dificultades para atribuir el derecho al honor a una comunidad por fronteras indeterminadas, en lugar de a un individuo o a un grupo de individuos".

9 H. Rousso, *Les racines politiques et culturelles du négationnisme en France*, en http://www.chgs.umn.edu/histories/occasional/Rousso_Roots_of_Negationism_in_ France.pdf. argumenta que el término "negación" nació en el abuso más tarde que había estado en Francia el término "revisionism": "forgé en 1987 par les historiens pour éviter l'usage abusif du mot "révisionniste", le terme désigne ceux qui nient l'existence des chambres à gaz homicides nazies et, plus généralement, la réalité de l'Holocauste". una distinción similar también se propone por E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/1999, 1034 ss. También hay quienes se oponen a tal distinción: P. Bloch, *Response to Professor Fronza's* The Punishment of Negationism, in *Vermont Law Review*, 30 (2005-2006).

10 P. Vidal Naquet, *Les assassins de la mémoire. "Un Eichmann de papier" et autres essais sur le révisionnisme*, Paris, La Découverte, trad. it., Lanciotti, V., *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma 2008.

"negatorio" del fenómeno: parece más adecuada para la negación pura y simple. "Revisionismo" indica, mejor, el método que tiene como objetivo cuestionar las teorías aparentemente consolidadas entre los historiadores[11]. Si se entiende como un *método*, el revisionismo es una de las formas de buscar la verdad histórica.

Hay quienes distinguen entre la negación del Holocausto y el revisionismo, pero al hacerlo se vacían de significado. Ambos fenómenos presentan un elemento de justificación; pero en el negacionismo esa justificación se mezcla con la negación misma, en tanto que en el revisionismo la justificación sería "uno de los resultados del razonamiento"[12].

Creo más bien que entre el revisionismo y negación existe una diferencia sustancial en el enfoque, en el método y, sobre todo, en la actitud con la historiografía dominante. Del método nos ocuparemos más adelante; pero con respecto a la actitud, el revisionista tiende a encajarla en el marco de un debate histórico, buscando un diálogo con aquellos que no aceptan sus tesis; La negación, sin embargo, busca una *claque*, un reconocimiento sin contradicción por un público incompetente, sin atender a otras posiciones[13].

Los revisionistas buscan la verdad o tratan de dar una interpretación diferente a un hecho histórico no controvertido; los negacionistas proponen dogmas, verdades incontestables, a su vez, disfrazados de la búsqueda de la verdad; rechazan por tanto la posibilidad de establecer un diálogo científico.

Después de haber planteado estas distinciones, intentaré dar una respuesta a las siguientes preguntas: ¿se puede prohibir la libertad de expresión cuando ésta resulta un riesgo para la democracia, pero sin que llegue a promover la violencia? ¿qué respuesta puede dar el derecho constitucional? es apropiado distinguir la negación del Holocausto de la revisión histórica?

Para responder a estas preguntas, es útil examinar las soluciones de los sistemas jurídicos europeos en relación con este tema. Pero primero es necesario identificar las técnicas utilizadas por los negacionistas del Holocausto, con el fin de entender cómo se puede hacer frente a ellos.

---

11 Lo que algunos llaman "fisiológico […] incluso cuando se beneficia de un cierto sensacionalismo de políticamente incorrecto": así A. Di Giovine, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2006, XIII ss.

12 D. Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano 2012. Para profundizar este punto y sobre todo la critica a esta se vea S. Parisi, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/20103, 879 ss., espec. 883.

13 V. Pisanty, *Abusi di memoria. Negare, banalizzare, sacralizzare la Shoah*, Milano 2012, 36, dice que "con Nolte se puede discutir, con los negacionistas no se puede".

III. TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS DE NEGACIÓN

No es fácil certificar la fecha de nacimiento del negacionismo. Probablemente el fenómeno ha tenido varias semillas que luego se han extendido de forma viral. En general, sin embargo, la génesis del fenómeno se ha atribuido a los argumentos expuestos por algunos académicos franceses, desde el período inmediatamente posterior al final de la Segunda Guerra Mundial. Entre los precursores se incluye, habitualmente[14], la figura de Maurice Bardèche, crítico literario fascista que, en 1948, publica *Nuremberg ou la terre promise*, folleto corrosivo en el que el autor afirma que los alemanes no tienen responsabilidades en la guerra y que ésta se habría producido de hecho por culpa de los Judíos. Aunque existe una contradicción con sus propios escritos, Bardèche es el primero en poner en duda la existencia de campos de concentración vinculados a un proyecto de destrucción del pueblo judío[15].

Sin embargo, hay quienes sostienen que el germen del negacionismo se remonta a la Primera Guerra Mundial: algunos intelectuales norteamericanos que cuestionaron las causas y la responsabilidad del conflicto habían avanzado el argumento de que el detonante de la guerra no había sido provocado por los alemanes. Un pionero de este género fue Sidney Bradshaw Fay, profesor del Smith College, que en los años Veinte desde las páginas del American Historical Review, sostuvo esta tesis.

Su postura fue seguida por Harry Elmer Barnes, que entonces comenzó una fructífera colaboración con Alemania y el *Zentralstelle zur Erforschung der Kriegsschuldfrage* (el Centro para el estudio de las causas de la guerra) desarrollando una teoría muy atrevida (difícilmente dimostraile): la base de la guerra sería una conspiración franco-rusa.

Después de 1945, Barnes fue uno de los primeros en cuestionar el exterminio de los Judios; en la primera mitad de los años 60, coincidiendo con el aumento del negacionismo francés de Rassinier, Barnes afirmó que la "invención" del exterminio judío debía conectarse con el deseo sionista para chantajear Alemania atribuyéndole "los pecados de la guerra y un genocidio que nunca había ocurrido"[16].

---

14 V. Pisanty, *I negazionismi*, en M. Cattaruzza, M. Flores, S. Levis Sullam, E. Traverso (cur.) *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, Torino 2005-2006, 423 ss.; Id., *Abusi di memoria- Negare, banalizzare, sacralizzare la Shoah*, Milano 2012, spec. 14 ss. También, D. Di Cesare, *Se Auschwitz è nulla – Contro il negazionismo*, Genova 2012, espec. 39.

15 Justo en la existencia de un proyecto de exterminio emergen las primeras contradicciones: V. Pisanty, *I negazionismi*, *cit.*, 425-426.

16 C. Vercelli, *Il negazionismo – Storia di una menzogna*, Roma - Bari 2013, 24; refiérase a este precioso libro para las informaciónes historiográficas numerosas y detalladas que aquí se pueden mencionar sólo brevemente.

El revisionismo estadounidense tuvo un rol muy influyente, incluso en las decisiones del Congreso y, después del final de la Segunda Guerra Mundial, fomentó posiciones aislacionistas y neutralistas de aquellos que, a pesar de la victoria de los aliados, no habían aceptado la intervención en la guerra de los Estados Unidos; esta última fue considerada una especie de excusa para no abordar los problemas internos.

La crítica del intervencionismo estadounidense se mezcló con un fuerte anticomunismo que, gracias al apoyo de autores pro-alemanes, propuso la idea de Alemania como el único poder capaz de hacer frente a la "agresión comunista": esta fue la posición de CC Tansill, profesor de historia de la diplomacia en la Universidad de Georgetown, que canalizó sus esfuerzos en la reducción del tamaño de los crímenes de la Alemania nazi para exaltar los matices de un profundo anticomunismo.

La literatura estadounidense de estos años, por lo tanto, revela toda su peligrosa vehemencia gracias a las teorías revisionistas, y comienza a reanudar las cuestiones básicas de la misma propaganda nazi, sin preocuparse de documentar el origen y la verdad de sus acusaciones. Por lo tanto, incluso si la génesis del revisionismo aislacionista estadounidense fue adquirida en el anticomunismo y el centro de la discusión no era el destino específico de los Judios, "sino más bien ¡la reducción del impacto emocional, y (entonces) el orden público de la responsabilidad alemana en los años del Tercer Reich", esta corriente puede ser considerada como el trampolín que permitió la difusión del paradigma revisionista.

Sin embargo, es en Francia donde tiene lugar el principal movimiento revisionista: debido a un clima cultural muy diferente del que se había desarrollado en Italia o en Alemania, Francia sigue un camino particular después de la Segunda Guerra Mundial, tal vez debido a los instintos antidemocráticoos agitados, por otra parte, por una influencia significativa del antisemitismo. El movimiento negacionista no sólo se alimenta no sólo de Bardèche sino también de las teorías del "auténtico héroe cultural de revisionismo"[17], esto es, Paul Rassinier[18].

Éste socialista que sobrevivió a los campos de concentración de Buchenwald y Dora (aunque nunca entró en contacto con un campo de exterminio), se convierte en un testigo de prestigio para los negacionistas, porque no podría ser acusa-

---

17 Así P. Vidal Nacquet, *Les assassins de la mémoire. "Un Eichmann de papier" et autres essais sur le révisionnisme*, Paris 2005, trad. it. V. Lanciotti *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma 2008, espec. 92.

18 Sobre el movimiento negacionista francés, V. Igounet, *Histoire du négationnisme en France*, Paris 2000. La historia personal de Rassinier es verdaderamente única: después de haber sido diputado socialista en la segunda Asamblea Constituyente en Francia, se embarca en el camino del pacifismo fundamentalista y el anarquismo social; después él abandona este camino y toma posiciones abiertamente negacionistas: así C. Vercelli, *Il negazionismo…, cit.*, espec. 42.

do de antisemitismo. Su actitud cambia con el tiempo: inicialmente (en los años 50), él se centra en las responsabilidades de los comunistas en la propagación de mentiras que circulan sobre los campos nazis, una exageración del número de muertos y la incapacidad para demostrar que Hitler o Himmler y Heydrich habían diseñado un proyecto de exterminio de los judíos; más tarde, en los escritos desde principios de los años 60, él se convierte en una posición más abiertamente revisionista; Rassinier en esta fase viene a decir que las cámaras de gas nunca existieron, incluso el exterminio de los Judíos.

Pero el propósito de la cual se mueve Rassinier es muy diferente a lo expresado por Bardèche: si este último pretendía principalmente a la rehabilitación de la extrema derecha en el período posterior a la guerra, Rassinier intentaba sobre todo desacreditar a los comunistas, discutiendo la idea de que los crímenes de la Alemania nazi eran absolutamente idénticos a los estalinistas.

La técnica de Rassinier para desacreditar la evidencia es bastante significativa: la distorsión discrecional de los hechos, la omisión "controlada" y el relativismo de los datos representan los instrumentos que utiliza para desacreditar a la verdad histórica. El objetivo que persigue es desacreditar los testimonios e inculcar en el lector dudas de la veracidad de los mismos[19]. Sin embargo, lo peor estaba por llegar. Hay que esperar la segunda mitad de los años '70 y la entrada en escena de Robert Faurisson para tocar el cénit, el punto más alto en una imaginaria y macabra escalera de degradación cultural. Faurisson intenta otorgar un rango de cientificidad al desvarío negacionista. Profesor de Crítica Literaria en la Universidad de Lyon, es autor de numerosos ensayos en los que se observa una tendencia a sospechar, a la duda, a intentar debilitar las interpretaciones establecidas de la realidad, hasta el punto de teorizar la necesidad de practicar el "Método Ajax" (el nombre del detergente) en la interpretación de los documentos literarios: el método se resume en el lema "siempre desconfía", para purgar de este modo el estudio de la historia de las conciencias adquiridas. Primero, Faurisson trata de demostrar la falta de autenticidad de los diarios de Anne Frank[20], para a partir de ahí desacreditar los testimonios y los documentos del exterminio.

Sin embargo, una gran visibilidad mediática para Faurisson proviene de una controversia suscitada desde las páginas de dos famosos periódicos franceses: "Le Matin" y "Le Monde" publican algunas cartas del negacionista. El decano de

---

19 En P. Rassinier, *Le Drame des juifs européens*, Parigi 1964, trad. it. *Il dramma degli ebrei europei*, Roma 1967, (se puede leer en www.aaargh.codoh.info/fran/livres/PRdje.pdf), el delirio se hace evidente: se hace la cuenta de los Judíos de Asia Central y se sugiere que la mayoría de ellos fueron capaces de escapar a América…

20 Cfr. R. Faurisson, *Le journal d'Anne Frank est-il authentique?*, en S. Thion (cur.), *Vérité historique ou vérité politique*, Parigi 1980.

la Universidad donde Faurisson enseña lo despide. Después de eso, "Le Monde" publicó una carta de queja de Faurisson y el celebre intelectual Noam Chomsky se destacó en la defensa del derecho del hombre a expresar libremente sus pensamientos[21]: no hace falta decir que la confusión está a la vuelta de la esquina y que la defensa de la libertad de expresión se transforma en un apoyo directo a las ideas expresadas por el historiador negacionista[22].

Después de Faurisson comienza una colaboración entre los negacionistas del Holocausto franceses y norteamericanos; el objetivo es desarrollar un debate público sobre el tema y permitir "a los negacionistas del Holocausto apropiarse del rol (inmerecido) de heréticos oprimidos por una ortodoxia historiográfica celosa de sus axiomas"[23].

La atención de los medios de comunicación y de la opinión pública se unió la de los estudiantes de la Universidad en la que los negacionistas enseñan, en varios sectores científicos: historiadores que se preocupan de refutar el testimonio del exterminio; ingenieros y / o químicos que intentan demostrar la imposibilidad práctica del genocidio, dando vida al fenómeno conocido como "negación técnica". En esta tendencia se inscribe en Italia —con retraso respecto al resto de Europa— la figura de Carlo Mattogno, hombre de claras simpatías fascistas, muy estimado por los negacionistas del Holocausto franceses.

Esta tendencia es particularmente peligrosa: cualquier sistema jurídico tiene un problema con este abuso de la libertad de expresión. Sin embargo, hay que entender lo que es el método utilizado por quienes niegan el Holocausto para comprender cómo se puede responder con los instrumentos jurídicos apropiados.

El análisis ya se ha hecho[24] y aquí se resumen los puntos clave. La premisa de cada discurso negacionista es desacreditar un texto, sin trabajar "positivamente" una tesis basada en material histórico fiable.

Después de eso, el negacionista tiene que:

1) seleccionar las fuentes: él elige sólo objetivos conocidos, porque sólo ese modo se asegurará amplia repercusión mediática al caso;

2) "falsificar" los testimonios; esta etapa se divide en varias sub-fases:

   a) aislar las pruebas del contexto en el que se insertan;
   b) desacreditar al testigo, mostrando pequeñas inconsistencias en su historia (*falsus in uno, falsus in ómnibus*);

---

21 L'*affaire* Faurisson-Chomsky es muy conocido. Para su reconstrucción, se vea P. Vidal Nacquet, *Faurisson et Chomsky*, texto publicado en el apéndice de *Un Eichmannn de papier* y ahora traducido al italiano en *Gli assassini della memoria*, *cit*., espec. 129 ss.

22 V. Pisanty, *Abusi di memoria*…, *cit*., 23.

23 V. Pisanty, *Abusi di memoria*…, *cit*., espec. 24 (la traducción es mía).

24 Me refiero al excelente trabajo de V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas: logica del negazionismo*, Milano 1998.

3) sorprender al lector que, careciendo de los medios para responder a estas objeciones tan diminuto, estará desorientado; las semillas de la duda, inculcados en el lector más impresionable, podrían germinar.

El filón del negacionismo "técnico" ya añade a estos inquietantes expedientes retóricos una variable, (seudo-) científica para demostrar la material imposibilidad del genocidio. El arquetipo de este filón es representado por el informe Leuchter, redactado por un supuesto ingeniero (tampoco licenciado…) por cuenta de Faurisson e Irving[25] en los que se prueba a demostrar que el Zyklon B usado por las cámaras de gas sólo fue empleado para destruir parásitos y no también por los seres humanos. Leuchter cree haberlo demostrado cuando señala que la concentración de los restos de Zyklon B de las cámaras de gas es inferior a la que está presente en los locales destinados a la desinfestación: el problema es que los insectos son mucho más resistentes de los seres humanos a este gas y, por consiguiente, para matar a un hombre basta mucho menos[26]!

Esta rápida visión general sobre el fenómeno, las técnicas empleadas y sus proporciones nos hace entender que, a partir de los años '80, los sistemas jurídicos europeos intentan dar respuesta a la pregunta de "anticuerpos jurídicos" avanzada por todos los que se sienten ofendidos por la prepotencia de esta mistificación histórica. Desde ahora, y especialmente en los años '90, se desarrolla una legislación que se vuelve, de un lado, a "recordar por ley" (no se sabe si para tutelar la *memoria* o la *verdad*); del otro, a procesar penalmente a los que desconocen la existencia del genocidio de los judíos.

IV. LAS INTERVENCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA RESPUESTA JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA PARA COMBATIR EL PROBLEMA

Una de las preguntas a ser respondidas (véase el final del par. 3) se refería a la posibilidad de limitar la negación del Holocausto incluso cuando no se convierte en acción. Muchos son, en este sentido, las legislaciones en Europa para dar protección penal a la dignidad del pueblo judío. Otra finalidad tienen las leyes a tutela de la memoria histórica que no incriminan el negacionismo, limitándose a celebrar un evento porque particularmente relevante para la memoria colectiva

---

25 Sobre este punto, F. Rotondi, *Luna di miele ad Auschwitz. Riflessioni sul negazionismo della Shoah*, Napoli 2005.

26 La confutación de la relación Leuchter ocurre a obra de J. C. Pressac, ex negacionista convertido justo a causa del análisis de este informe!

de una Nación[27]. Por ejemplo, Italia tiene una ley, n. 211/2000, para proteger la memoria histórica pero no tiene alguna norma penal que incrimine exclusivamente las conductas de negación: como se verá mejor, el legislador italiano ha introducido una solución intermedia (el negacionismo como agravante de los crímenes de propaganda racista y instigación) sobre cuya eficacia expresaré numerosas dudas.

Los sistemas jurídicos europeos han puestos leyes y sanciones muy diferentes por el delito de negacionismo, debidas a la diferente política criminal adoptada y a la concepción abierta o protegida de su democracia. Pero sobre todos los jueces han desarrollado un papel fundamental: han suplido a las insuficiencias de las leyes o bien han limado los excesos de un legislador hiperactivo, solucionando, también con el empleo de una interpretación equilibrada, complicadas cuestiones de colisión entre derechos fundamentales[28].

No es posible aquí bajar a los detalles de las diversas legislaciones europeas; es más útil analizarlas como modelos paradigmáticos. En este sentido, resultan relevante los casos francés, alemán y español, además de algunas decisiones de la Corte europea de los Derechos Humanos. Se pueden reconocer dos fases en las legislaciones contra la negación del Holocausto: la primera comienza a principios de los años '90 y se localiza en Francia y otros nueve Países, entre los que se encuentran Austria, Alemania, Bélgica, España; la otra fase se inicia después de 2008, año en que se adopta la decisión marco del Consejo el 28 de noviembre de 2008, n. 2008/913/GAI "Relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal", que ha inspirado e influido en las legislaciones de otros diez Países, como Grecia, Luxemburgo, Eslovenia, Malta y Chipre. La decisión marco es un intento de imponer a los Estados miembros una amplia penalización del fenómeno de la negación del Holocausto; por otra parte, la Decisión marco tiende a considerar a la negación como

---

27 Sobre el "recordar por medio de la ley", v. A. Pugiotto, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, en *Quad. cost.*, 2009, 7 ss.
La distinción entre leyes que instituyen los días de la memoria y leyes que incriminan el negacionismo es bien delineada por E. Fronza, *Diritto e memoria – Un dialogo difficile*, in *Novecento*, 2004, 47 ss., donde afirma que "en el caso del 'día de la memoria' el Estado se limita a afirmar que tal día está dedicado al recuerdo, lanzando la invitación civil: 'hace falta recordar'. En el caso de las legislaciones para reprimir conductas de negación el Estado tutela una determinada reconstrucción del pasado y el imperativo va a ser muy diferente: 'hace falta recordar de un cierto modo'".

28 Sobre esa perspectiva favorable al equilibrio, véase al menos R. Alexy, *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, en M. La Torre, A. Spadaro (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002.

un delito fuera de las fronteras de Europa y vinculado con la estructura misma de los derechos humanos. Sin embargo, con un análisis profundo se llega a observar que la decisión revela muchas fragilidades interpretativas. En particular, deja un margen de apreciación a los Estados que crea un efecto exactamente opuesto a lo que se quiere perseguir: en vez de hacer homogeneizar la punibilidad del crimen, de hecho transforma a éste en un "crimen a geografía variable"[29]. No sólo está en duda el concepto de orden público (dejado a la discreción de los Estados miembros), sino también el bien jurídico protegido[30].

Sin embargo, como se ha dicho, la variabilidad de las soluciones normativas ya existía antes de la adopción de la decisión marco. Vamos a echar una mirada a los sistemas europeos más interesantes en tal sentido y al papel jugado en ellos dentro de la legislación y la jurisprudencia.

Francia aprueba la famosa ley Gayssot el 13 de julio de 1990[31], añadiendo una enmienda a la ley anteriormente vigente sobre la prensa para castigar "ceux qui auront contesté (…) l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité" (tal como definidos por el art. 6 del Tribunal de Nuremberg). Postulando la idea de que la conducta de negación es una expresión de odio racial, la ley francesa impone las mismas sanciones previstas por el crimen de instigación al odio racial (multa o detención de un mes a un año). Ya en 1996, Faurisson se quejó ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del límite que la ley Gayssot puso a su libertad de expresión y de enseñanza (hasta el punto de llamarla con sarcasmo "lex Faurissonia"), penalizando la investigación histórica: el Comité, en su exposición no. 550/1993[32], rechazó el recurso por que los argumentos expuestos de Faurisson provocaban sentimientos antisemitas.

Pero más interesante que el caso Faurisson es, quizás, el caso de Garaudy, ya que implica nociones tales como la de la "libertad de investigación" y la existencia de un "hecho histórico conocido". Después de sufrir numerosas condenas por los tribunales franceses bajo la Ley Gayssot (el último, debido a una decisión del Tribunal Supremo en 2000), Garaudy recurre a la Corte europea de los Derechos humanos, considerado que la ley misma violaba su libertad de expresión. Pero la Corte declara la inadmisibilidad del recurso y responde que, a pesar de que la libertad de expresión es la esencia de la sociedad democrática, aquélla tiene que tener unos límites. Hay hechos históricos que "are not the subject of debate

---

29 E. Fronza, *Negazionismo [diritto penale]*, en *Enc. dir.*, Ann. VIII, 2015, 633 ss.

30 Eso bien jurídico puede ser el orden publico, la dignidad del pueblo judío, la dignidad umana, la verdad, la historia, la memoria…

31 M. Troper, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion pratica*, 1997, 189 ss.

32 Se puede leer en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS55058.htm

between historians, but —on the contrary— are clearly established"[33]. Y aumenta la dosis afirmando "there can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, (…) does not constitute historical research akin to quest for the truth". El proposito real de Garaudy en su libro es rehabilitar el régimen nacionalsocialista, acusando implícitamente a las víctimas de falsificar la historia: se trata de un abuso de la libertad de expresión garantizado por la Convención porque persigue objectivos contrarios al texto y al espíritu de la misma. Además, Garaudy ha practicado, de este modo, una de las formas más graves de incitación al odio y de antisemitismo: ésta puede representar una amenaza al orden público, más allá de que a los valores de la Convención. Es cierto que la preocupación de la Corte es "no ya (…) afirmar, en sede judicial, verdades históricas cuanto preservar las víctimas de acusaciones, sea incluso indirectas, de falsificación de la verdad histórica misma"[34]; sin embargo, hay que notar que la Corte no toma en consideración la libertad de la investigación histórica y la relación entre revisionismo y literatura meramente negacionista. En su visión equilibrada sólo entran dos elementos: la libertad de expresar ideas negando "hechos históricos claramente establecidos" contra la protección de la acusación de propagar falsedad. La verdad procesal salida por el proceso de Nuremberg no puede formar objeto de debate histórico: la memoria de los sobrevivientes no puede ser ofendida por estos presuntos historiadores[35]. Persisten dudas acerca de cómo, de acuerdo con esta jurisprudencia, el historiador puede buscar la verdad sin incurrir en censuras preventivas[36].

---

33 Corte europea de derechos humanos, decisión del 7 julio 2003 en el caso *Garaudy* vs. *France*. La decisión se ha comentado por A. Buratti, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei miti fondatori del regime democratico*, en *Giur. it.*, 2005, 2243 ss.
Para un extenso examen del jurisprudencia de la CEDH, véase M. Castellaneta, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 65 ss, en donde a nota no sólo cómo la Corte utiliza el art. 17 de la Convención europea para excluir la aplicación del art. 10 de la misma en los casos de negacionismo (como en el caso Garaudy), sino también, paralelamente, reforza el derecho a la libertad de expresión de los que rechazan las opiniones negacionistas (y se cita emblemáticamente el caso *Karsai c. Hungría* del 1 de diciembre 2009).

34 En este sentido, D. Bifulco, *Negare l'evidenza…*, *cit.*, espec. 96.

35 Sobre el caso Garaudy y la relación entre la libertad de expresión y sus límites en las modernas democracias, v. M. Ripoli, *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, en *Ragion practica*, 2008, 71 ss.

36 Aquí desafortunadamente no hay suficiente espacio para analizar un caso opuesto el caso Garaudy, en el que la misma Corte Europea de Derechos Humanos decidió de una manera completamente diferente: es el *caso Perinçek c. Suiza* (Corte Europea de Derechos Humanos, 17 de Diciembre, 2013, Appl. Nº 27510/08). Mientras que en el caso *Garaudy c. France* (Corte Europea de Derechos Humanos, 24 de junio, 2003, ric. n. 65831/01), se incluye el Holocausto

Análogo problema se ha planteado por la jurisprudencia alemana en la célebre decisión sobre la "mentira de Auschwitz" del 1994[37], que ha adelantado en pocos meses la revisión del art. 130 del código penal alemán, con la que se ha introducido el crimen de negacionismo. La sentencia se adoptó tras el recurso constitucional concerniente la posibilidad que una autoridad administrativa imponga condiciones al desarrollo de una reunión en el que sea previsible que se negará la persecución de los judíos en el Tercer Reich. Teniendo en cuenta la supuesta violación de la libertad de manifestar su opinión, de conformidad con el art. 5 párr. 1, para. 1, LF, el juez declara el recurso manifiestamente infundado, basándose en la distinción entre las declaraciones de hechos y los acontecimientos de opiniones: estas últimas serían sustraídas al juicio sobre la verdad/falsedad, mientras la aserción de un hecho engendra "una relación objetiva entre la afirmación y la realidad" y sólo es tutelada como presupuesto por la formación de las opiniones. Esta relación funcional implica que "la afirmación de un hecho no forma parte de la libertad de opinión, si esta es conscientemente o manifiestamente falsa" (par. B, II, 1. b de la sentencia). El juez admite que a veces es difícil la delimitación del confín entre manifestación de una opinión y aserción de un hecho y, en la duda, inscribe la segunda en la órbita de la primera, pero no profundiza esta afirmación. Sin embargo, en este caso, la negación del genocidio judío como una declaración de un hecho es falsa y "no disfruta de la protección de la libertad de opinión"; por lo tanto, la medida administrativa se basa en un resultado altamente probable (la negación) y no va en detrimento de la libertad de expresión. El tribunal alemán también habla del equilibrio de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, afirmando que "la protección de la personalidad prevalece sobre la libertad de opinión" y que la protección de las *opiniones* sobre los hechos depende de la verdad de las afirmaciones sobre los mismos hechos.

El camino tomado es muy difícil. El punto crítico de la decisión es claramente la distinción entre "aserción de hechos" y "manifestación de una opinión": la tutela constitucional es concedida en función de la "verdad objetiva del hecho

---

entre los "hechos históricos claramente establecidos", con respecto de los que no valdría la tutela predispuesta por el art. 10 CEDU, en el caso *Perinçek c. Suiza*, la Corte (página 51)distingue entre la "negación de un hecho histórico" y la "negación de la cualificación jurídica de un hecho histórico" como crimen de genocidio para acoger el recurso de Perinçek, condenado por el Tribunal Fédéral suizo no ya por haber negado el realizarse del genocidio armenio sino para haber negado que ello fuera calificable como crimen de genocidio, habiendo cumplido por exigencias bélicas (Cambiar la expresión para que se entienda mejor). Entonces, también en Europa, a diez años de distancia, las posiciones sobre la punibilidad del negacionismo parecen muy diferentes.

37 La decisión del *BundesVerfassungsGericht* 90 es del 13 abril 1994: se puede leer su traducción al italiano de M.C. Vitucci en *Giur. cost.*, 1994, 3379 ss.

que se quiere afirmar"[38]. Pero, aparte la vaguedad de la distinción, hay también problemas con este tipo de juicio de equilibrio abstracto (¿un *definitional balancing*?) según el cual la tutela de la dignidad tiene que considerarse siempre predominante sobre todo. Además, no hay espacio residual para la libertad de la ciencia y de la investigación histórica: estas mismas libertades que el tribunal alemán parecía garantizar en una otra decisión (algo anterior)[39]. Estos ejemplos nos muestran, por lo tanto, una jurisprudencia propensa a considerar legítimas las medidas que restringen la libertad de expresión para salvaguardar la dignidad del pueblo judío, presuponiendo de alguna manera un concepto de verdad histórica, o por lo menos de verdad procesal, sin tener en cuenta, en paralelo, la posibilidad de que el trabajo de un historiador pueda desarrollarse más allá de los limites ya establecidos.

Pero no faltan ejemplos de decisiones que, en el balance entre intereses opuestos, privilegian la libertad de expresión: me parece este el caso de la histórica decisión del Tribunal Constitucional español del 2007 n. 235[40]. En España, la negación (y justificación) del Holocausto era un crimen previsto en el articulo 607 del Código Penal; antes de ser modificada, la disposición preveía: "La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen* o *justifiquen* los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, 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"[41]. En una cuestión de cons-

---

38 Así, críticamente, el comentario de la sentencia M. C. Vitucci, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, en *Giur. Cost.*, 1994, 3390 ss., espec. 3398.

39 Sentencia del *BVerG* 11 enero 1994 señalada por M. C. Vitucci, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso…*, *cit.*, espec. 3398. En esta decisión se afirma que deben ser protegidas también las teorías que no son mayoritarias y las que crean resultados científicamente cuestionables.

40 Comentada por J.M. Bilbao Ubillos, *La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)*, en *Revista española de derecho constitucional*, 85/2009, 299 ss.; M. L. Suárez Espino, *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* 2/2008; A. Gascón Cuenca, *Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*, en *Cuadernos Electr*ónicos de Filosof*ía del Derecho*, 26/2012, 310 ss.

41 Sobre este punto hay que señalar que la ley orgánica 1 1/2015, de 30 de marzo, (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) ha cambiado tanto la colocación como las conductas punibles: los crímenes de opinión, primero sancionados por el art. 607, están ahora previstos en el artículo 510 del Código Penal. Este cambio de ubicación, como se puede leer en el preámbulo de la ley misma, "El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación

titucionalidad planteada sobre el artículo 607, párrafo 2, C.P. en relación con la libertad de expresión (art. 20 Const. Esp.), el TC se pronuncia con la sentencia 235/2007 y declara ilegítima la norma, en lo que respecta al inciso referido a la mera negación del genocidio, dejando intacta la parte referida a la justificación del mismo. Siguiendo su propia jurisprudencia (sentencias n. 214/1991 y 176/1995), el TC garantiza "cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadano". La dignidad es el límite intransitable de la libertad de expresión: ésta queda afectada por el *hate speech*, el discurso de odio. Pero —y aquí está la novedad — la simple negación no entra en esta categoría: la negación no tiende a crear un clima de hostilidad contra los Judíos. Por lo tanto, esta conducta está plenamente integrada en las fronteras de la libertad de expresión (así como la investigación científica) y no justifica la intervención del derecho penal.

La decisión tiene algunos puntos débiles, (evidenciado por los cuatro *dissent*) y, cierto, el intento de distinguir la *justificación* (punible) de la mera *negación* (no punible) parece imposible. Se debe destacar, sin embargo, la diversidad radical de enfoque con respecto a los jueces de Karlsruhe y la idea fundamental según la cual la libertad de expresión no puede someterse a un límite tan intenso de parte de una ley penal, en ausencia de un riesgo sólo abstracto y potencial: podría ser un problema para la integridad de la democracia.

En esta línea también nos podemos referir a una decisión del Consejo Constitucional francés, no. 2012-647 DC, aunque con algunas particularidades del caso. Con esta decisión, los tribunales franceses, en un control previo de constitu-

---

al odio contra minorías". En el mismo preámbulo, se dice que el actual articulo 510 del Código Penal "tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia. Asimismo, se prevé una agravación de la pena para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados".

cionalidad, declaran la inconstitucionalidad de la ley que se suponía iba a castigar "a los desafíos de la existencia de genocidios reconocidos por la legislación francesa", a saber, el genocidio armenio: el único reconocido oficialmente.

La sentencia, seca y concisa, declara inconstitucional la norma por violación de la libertad de expresión, cuyas restricciones deberían ser "nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi": pero de esta evaluación de necesidad, idoneidad y proporcionalidad no hay señales en la decisión. Sin embargo la decisión se señala porque, en el equilibrio entre libertad de expresión y dignidad de la etnia afectada, la primera se considera preponderante: para penalizar el negacionismo no basta postular la matriz racista. La peculiaridad del caso se refleja sin duda sobre la decisión. Aparte de su origen (el texto, fuertemente impulsado por el presidente Sarkozy, fue aprobado en diciembre de 2011, modificado en enero de 2012 y rechazado por Turquía) es tan especial por que se refiere al reconocimiento que hace la ley francesa del genocidio armenio pero sobre el que, a diferencia de la conducta incriminada por el loi Gayssot (que se refirió a la comprobación en el proceso de Nuremberg), no se ha formado una verdad *procesal*. ¿Se puede deducir que ésta es la razón por la cual, en presencia de una verdad "sólo" legislativa y no cubierta también por una sentencia definitiva, el Conseil ha favorecido la libertad de expresión? No se puede saber con seguridad. Pero el resultado de la decisión es bastante evidente.

En fin, no se puede decir que los tribunales hayan asumido decisiones unívocas. Esta rápida análisis sugiere la existencia de una grieta de los jueces constitucionales en practicar el balance *ad hoc* en fuerza del valor, del interés, caso por caso creído preeminente: a veces, ha sido considerada predominante una abstracta concepción de la "dignidad del pueblo judío"; otras veces, la libertad de expresión se ha encontrado con un límite en la verdad de los hechos establecidos (pero esto ha desvalorizado la libertad de investigación y la distinción entre la negación y el revisionismo); otras veces, la libertad de expresión ha guiado el juicio de equilibrio/ponderación. La enorme oscilación jurisprudencial es la señal más clara de la dificultad que tiene el derecho para solucionar esta delicada cuestión.

Sin embargo, hay razones que militan contra la acogida de una protección penal de la memoria y a favor de una mayor valorización de las normas constitucionales, especialmente de la distinción entre libertad de expresión, libertad de búsqueda histórica y libertad de enseñanza. Es verdad que, probablemente, no existe una solución válida en todas las latitudes. Cada sistema jurídico encontrará la solución que mejor se adapte a su propia concepción de la democracia o a la concepción de democracia a la que se tiende. Sin embargo, creo que, en el caso italiano, el enfoque que se basa sobre el derecho penal no es la respuesta más adecuada al problema.

V. CONTRA UNA PROTECCIÓN PENAL DE LA MEMORIA

Hay varias razones en contra una protección penal en lo referido a las conductas de negación.

Estas razones se apoyan en voces autorizadas de la doctrina del derecho penal contemporáneo. Aunque no está en duda la peligrosidad innata en el discurso negacionista, muchos creen que el recurso al instrumento penal incurre en ciertas paradojas, que aquí se pueden resumir en algunos puntos[42].

En primer lugar, la libertad de expresión protegida en la Constitución también permite contenidos desagradables o impopulares. Por otra parte, si hubiera una ley que penaliza la conducta de negación, se podría pensar que, de esta manera, el Parlamento impone "una reconstrucción de los hechos históricos"[43] acabando para "propagar una verdad oficial del Estado en detrimento de la libertad de expresión"[44].

Otra razón está vinculada a la relación entre el derecho y la moral. Es cierto que a veces se asigna a la ley penal "una función de orientación socio-pedagógica" para crear en las personas la adhesión a una cierta escala de valores y para fortalecer su conciencia ética. Pero la misma estructura que un Estado laico impide al derecho penal de abrazar una y sólo una concepción moral para imponerla a todos los ciudadanos.

Se podría añadir que el negacionismo sería un crimen complejo de perseguir, sobre todo porque sería difícil identificar la línea distintiva con respecto de la libre búsqueda de la verdad practicada por los historiadores revisionistas.

Sin callar el hecho de que la incriminación podría revelarse inútil a la luz de la finalidad de prevención especial que la pena tiene que perseguir según la Constitución: ¿cuál reeducación, en efecto, se espera de la previsión de una pena por un

---

42 Se vea la posición de A. Merli, *Democrazia e diritto penale – Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli 2009, espec. 27 ss.

43 Así A. Merli, *Democrazia e diritto penale…*, *cit.* spec. 27. Pero al igual E. Fronza, *Diritto e memoria…*, *cit.*, espec. 55, donde afirma que "no parece aceptable la individuación del bien jurídico protegido en una interpretación histórica entre las infinitas posibles"; de la misma Autora, se vea también *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, en *Ragion pratica*, 2008, 27 ss.

44 V. J. Lüther, *Non negare la storia dell'antinegazionismo giuridico*, relación en el debate *Storia, verità, diritto*, en la revista *Contemporanea*, 2009, 117 ss., espec. 120. El Autor subraya en varios puntos que la verdad histórica no está a la disposición de una mayoría; hay, además, muchas dudas para configurar la posibilidad de una sanción a causa de la falta de carácter ofensivo real de la conducta. Pero luego abre un resquicio a la configuración de un crimen si la conducta negacionista implica "una lesión *post mortem* de la personalidad de las víctimas" pero sólo "a pacto (¿?) que los hechos negados hayan sido verificados en todo caso no sólo por un legislador sino también por la sentencia de un juez independiente".

crimen de opinión? ¿Y cómo debería medirse el arrepentimiento del culpable? Es difícil decirlo. Estructurado en la forma de un crimen de peligro abstracto, el negacionismo funcionaría como una *censura* preventiva: el contraste con la libertad de expresión sería inevitable[45].En este sentido, fue, entonces, apreciable la posición de la Corte Constitucional italiana cuando trató de interpretar los crímines de apología y incitación de conformidad con la Constitución[46]: estos delitos eran compatibles con la libertad de expresión sólo porque tenían una relación directa con una acción consecuente, evitando de considerarlos como delictos de peligro abstracto[47].

Por supuesto, también ha habido muchas afirmaciones en la dirección opuesta, a veces para reafirmar que no es suficiente establecer días de la memoria y argumentar que "punishment of negationism or revisionism as survival or revival of racism and discrimination is a tribute to a better future"[48]. Pero el tema es delicado y se conecta de doble vertiente con la concepción de la democracia de cada sistema jurídico: en este sentido reaparece la distinción entre las democracias "militantes" y "protegidas" de un lado, y aquellas tolerantes, del otro.

Para reelaborar su propio pasado y, quizás, exorcizar los aspectos más aberrantes, algunos sistemas jurídicos han establecido una clara ruptura con los sistemas totalitarios, imponiendo límites a la libertad de expresión y corriendo ellos mismos el riesgo de aparecer autoritarios. Una democracia protegida no se adhiere a la lógica de la incorporación del disenso y, como en el caso de Alemania, limita la libertad de expresión prefiriendo salvaguardar, en la ponderación de los intereses contrapuestos, la dignidad del pueblo ofendida por cualquiera aserción que la ley supone ser falsa[49]. Pero este método excluyente, que no acepta las des-

---

45 También sería imposible abrir la investigación histórica a interpretaciones "desalineadas" con respecto de aquella oficial, implícita en la norma penal.

46 Sent. Corte constitucional italiana n. 65/1970 (crimen de apología); sent. n. 108/1974 (instigación al odio entre las clases sociales). Sobre este punto, V. P. Caretti, *Manifestazione del pensiero*…, *cit*.

47 Esta jurisprudencia ha transformado intensamente el sentido de los crímenes de opinión. Sin embargo, parece en fase recesiva entre los jueces ordinarios: M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, *cit*., espec. 43, donde habla de la dirección de la jurisprudencia ordinaria siguiente a los años '80 según la cual los jueces ya no verifican la peligrosidad concreta de los crímenes de opinión pero construyen la apología de genocidio como crimen de pura conducta: v. Corte italiana de casación penal, sección I, 23 julio 1985 n. 507.

48 Así P. Bloch, *Response to*…, *cit*., espec. 643. Este Autor critica duramente el ensayo de E. Fronza en el cual se habla de la no punibilidad del negacionismo, alegando que sería necesaria una tutela penal para esta conducta (que se asimila al revisionismo).
En este sentido, también S. Garibian, *Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the French law*, in *Cardozo Journal of conflict resolution*, 2008, 479 ss.

49 F. Lisena, *Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3959 ss. El A. hace notar que en Alemania, típico ejemplo de democracia protegida, se

viaciones de la versión oficial de los hechos, cae inevitablemente en el chantaje de la verdad única. Una democracia madura, o que al menos aspira a convertirse en tal, prefiere confiar a la libre circulación de ideas el enraizamiento de los valores democráticos.

A estas consideraciones sobre la inoportunidad *jurídica* de incriminar una conducta negacionista se suman consideraciones de oportunidad de *política* criminal: la previsión de este crimen podría, como incluso ha ocurrido, favorecer una paradójica heterogénesis de los objetivos. De un lado, proteger una verdad por ley podría plantear dudas sobre la "debilidad" de la verdad misma. ¡Por otro lado, los negacionistas podrían considerarse como discriminados injustificadamente por las leyes; sería un boomerang tremendo.

Parece entonces necesario apoyar la libertad de la investigación histórica formulada por un nutrido grupo de historiadores ilustres al día siguiente de la presentación del proyecto de ley Mastella para reprimir penalmente el negacionismo y reafirmar que "es la sociedad civil, por una constante batalla cultural, ética y política, la que puede crear los únicos anticuerpos capaces de extirpar o al menos reorganizar y marginar las posiciones negacionistas"[50].

Esto se traduce en la imposibilidad de cristalizar en una disposición normativa una "verdad de Estado" y menos que nunca en perseguir penalmente un pensamiento que la rechaza.

VI. LA SOLUCIÓN ITALIANA: UNA DURA CRÍTICA

Algunos ordenamientos jurídicos han optado por una protección de la democracia, también por una restricción de la libertad de expresión con respecto de las conductas negacionistas; otros, por una democracia abierta, favoreciendo el libre mercado de las ideas y el crecimiento de un sistema abierto y pluralista. La solución italiana en relación al fenómeno negacionista no se coloca cómodamente entre estas dos alternativas.

En lo que respecta la legislación actualmente en vigor, la ley de 16 de junio de 2016, n. 115 ha introducido, como una hipótesis de *accidentale delicti*, la circunstancia agravante de negación con respecto a los delitos de propaganda racista, instigación y incitación a actos de discriminación cometidos por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. La ley consta de un solo artículo, que establece

---

teme que "el pasado se convierta en suerte" y que "es significativo que, precisamente, las palabras alemanas *Geschichte* (historia) y *Geschick* (destino) tienen una raíz común". Sobre esta distinción, véase también I. Spigno, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2008, 1921 ss. espec. 1923.

50 La petición se puede leer en http://www.sissco.it/index.php?id=28.

que al articulo art. 3 de la Ley 13 de octubre de 1975 n. 654, en su versión modificada, debe añadirse el párrafo 3 *bis*, que establece "la pena de prisión de dos a seis años si la propaganda o la instigación y la incitación, por lo que resulta un peligro real de difusión, se basan en su totalidad o en parte, de la negación del Holocausto o los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificado en virtud la ley del 12 de julio de 1999, no. 232".

Se trata de una modificación legislativa aparentemente no perjudicial, en la medida en que no afecta significativamente (o eso parece) a la concepción de nuestra democracia como una democracia libre o protegida. Sin embargo, modificación "no perjudicial" no significa necesariamente "inofensiva": hay trampas ocultas tanto en el texto de la disposición tanto, de manera más general, en la opción de política legislativa que se basa.

El procedimiento de la ley no ha sido fácil. La propuesta, presentada por el Parlamento, se aprobó en el Senado el 11 de febrero de 2015 (AS 54) y se modificó por la Cámara (AC 2874 en el texto) el siguiente día (13 de octubre); a su regreso en el Senado, fue modificada de nuevo el 3 de mayo de 2016.

Además de algunos cambios no particularmente incisivos, el texto final ha eliminado la referencia a la naturaleza pública de la instigación o de la incitación, pero, al mismo tiempo, prescribe que las conductas de propaganda, instigación o incitación deben ser realizadas "de modo que resulta un peligro real de difusión"; también se hace explícita la sanción aplicada (prisión de 2 a 6 años). El texto aprobado en el Senado, a continuación, ha eliminado la última parte de la disposición, que limitaba su aplicabilidad a la "negación del Holocausto o los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, como definidos por los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte penal internacional, ratificada en virtud de la ley 12 julio de 1999, n. 232, teniendo en cuenta los hechos establecidos por sentencia judicial definitiva, pronunciada por un órgano de justicia internacional, o por actos de las organizaciones internacionales y supranacionales de las que Italia es un miembro".

Originalmente, quizás se introdujo esta parte de la disposición para poner en práctica el artículo 1, párrafo 4, de la ya mencionada decisión marco 2008/913/GAI del Consejo que establece que "Tras la adopción de la presente Decisión o en una fecha posterior, un Estado miembro podrá hacer una declaración que va a hacer punibles la negación o la trivialización flagrante de los crímenes mencionados en el párrafo 1, c) y / o d), únicamente si estos delitos se han establecido por una decisión definitiva de un tribunal nacional de dicho Estado miembro y / o corte internacional, o por una decisión definitiva de un tribunal internacional".

Sin embargo, probablemente otras razones prevalecieron en el Senado para llevar a la eliminación de esta parte del texto: por un lado, el carácter facultativo

de la norma europea ("un Estado miembro podrá…"); por otro lado, probablemente, la preocupación de transformar al juez en el "*dominus* de la semántica y de la narración […], tanto cuando se trata de definir la realidad, como de definir la calificación jurídica de hecho histórico", ya que constituye un "superposición de la actividad judicial con una reconstrucción histórica irrevocablemente merecedora de protección penal". De ello resulta no sólo "una fabricación formal de la memoria", sino también la idea de que "la memoria compartida coincide con la del poder judicial"[51]. Así, se crearía una asimetría de protección entre los Estados miembros y la construcción de memorias "fuertes" y "débiles", ya que sólo los hechos relacionados con las primeras serían objeto de un procedimiento de calificación judicial.

Sin embargo, la versión final de la norma es la siguiente: "la pena de prisión de dos a seis años si la propaganda o la instigación y la incitación, por lo que resulta un peligro real de difusión, se basan en su totalidad o en parte, de la negación del Holocausto o los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte penal Internacional, ratificado en virtud la ley del 12 de julio de 1999, no. 232". Por supuesto, algunos problemas de interpretación permanecen en la redacción actual de la disposición. Ya en el Dossier 292/2 del Departamento de Estudios la Cámara de Diputados se señaló que no está claro a qué se refiere el concepto de "peligro real": es decir, si se refiere a las ideas basadas en la superioridad o el odio racial o étnico indicadas en el párrafo 1, letra a), ley n. 654/1975 (en la que, pero, se hace referencia solo a la propaganda) o la propaganda, la instigación y la incitación que están indicadas en el mismo párrafo 3 bis. En este último caso, la incitación al asesinato sería diferente de la hipótesis del articulo 414 Código Penal ya que no se caracterizaría por su naturaleza pública, sino por un modo de comisión que puede dar lugar, de hecho, a un peligro real de propagación; ¡por lo tanto, serian excluidas la instigación, la incitación y la propaganda que no presentan este peligro!

Resulta desproporcionado y altamente asimétrico, por otra parte, el régimen sancionador; se observó que "la mera propaganda discriminatoria, de hecho, o la incitación, si se basan en la negación de un crimen internacional (nuevo párrafo 3 bis), serán castigados con mayor severidad (de 2 a 6 años de prisión) de la comisión real de una violencia que es racista ([…] reprimido con prisión de 6 meses a 4 años)"[52].

---

51 Así E. Fronza, *Negazionismo [diritto penale]*, *cit.*, esp. 641.

52 Como comentó L. Daniele, *Commento* en *www.sidiblog.org*.

Por lo tanto, esta disposición no sólo no logra el pleno cumplimiento con los requisitos de la decisión europea[53], sino que no logra siquiera ser una eficaz herramienta penal, ya que sólo se promete "una más severa (un poco más severa) sanción penal *retributiva*" agravando el trabajo del juez penal que tendrá que proceder "en unas evaluaciones más formales"[54].

El riesgo radica en censurar opiniones indeseables, mientras que en una sociedad democrática el discurso público también debe ser inclusivo de las "ideas políticamente incorrectas de la disidencia" y "la moral, trivial y odiosa, de los intolerantes"[55] La libertad de expresión no puede, entonces, estar enjaulada en él sólo porque se cree, así, de preservar los valores democráticos[56]: por el contrario, corremos el riesgo de una difusión incontrolada de ideas intolerantes y la victimización de los que las transmiten[57].

Sin embargo, aunque hay una tendencia a una visión antitética (para la protección penal de la negación) la disposición en cuestión no es convincente porque, como he dicho, da más problemas que soluciones[58].

Parece, pues, que se trata de una norma de compromiso, que intenta el equilibrio entre tratar de satisfacer de alguna manera la decisión marco de 2008, la función simbólica[59] o retributiva de la pena y el esfuerzo por salvar la libertad de expresión, evitando la penalización de la negación del Holocausto *tout court*.

En resumen, a pesar de que la disposición es tímida, esto no significa que deje de provocar cierta incomodidad "coral" expresada por los estudiosos de diversas ramas del conocimiento. Además, induce a pensar que el problema del tratamiento de los comportamientos negacionistas sólo es una bandera izada por las mayorías políticas contingentes para conseguir consensos sociales: esto parece también una traición a la naturaleza ideológica de la protección penal de la memoria.

---

53 G. Della Morte, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, en *www.sidiblog.org*.

54 D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso di odio*, en *Diritto penale contemporaneo,* 4/2015, 325 ss., espec. 329, énfasis añadido).

55 C. Caruso, *Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione*, en *DPCE on line*, 1/2016, espec. 14.

56 Sobre este perfil, M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato,* en AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara,* II, Torino, 2005, 536 ss.; G.E. Vigevani, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, en *RivistaAIC*, 4/2014.

57 A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?,* en *Diritto penale contemporaneo*, 3/2013, 71 ss.

58 Porque va a agravar, como se ha mencionado, el trabajo de los jueces que tienen que hacer muchas "investigaciones y evaluaciones formales": D. Pulitanò, *Di fronte al negacionismo…, cit*.

59 F. Puglisi, *A margine della c.d."aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 julio 2016.

Una democracia adulta debe buscar en sí misma los anticuerpos jurídicos necesarios para defenderse contra el discurso negacionista. También una democracia más joven no puede caer en la trampa del discurso negacionista: así convierte al verdugo en la víctima de la libertad de expresión.

VII. MÁS ALLÁ DEL NEGACIONISMO: UNA RECIENTE DISCIPLINA "DE ABAJO" DEL DISCURSO DE ODIO

La ley 115/2016 demuestra claramente que falta una idea común en Europa sobre el discurso de odio, a pesar de los deseos expresados por la Decisión cuadro 2008/913/GAI del 28 de noviembre 2008.

Además del negacionismo, recientemente, en Italia se ha intentado enfrentar el problema del discurso de odio en el medios de comunicación por un instrumento normativo peculiar. De hecho, la Autoridad Reguladora de Comunicaciones aprobó un *Reglamento que contiene disposiciones relativas al respeto de la dignidad, de los derechos humanos, del principio de no discriminación y de lucha contra el discurso de odio*, con la resolución no. 157/19 / CONS del 15 de mayo de 2019. En la relación de acompañamiento al reglamento (de cuyo también se desprende el empeño que la autoridad ha prodigado para contrastar el *hate speech*), se lee que la narración mediática sobre el extranjero favorece "generalizaciones y estereotipos que minan la cohesión social" comportando la ofensa de la "dignidad de los migrantes o en todo caso de categorías de personas objeto de discursos de odio y discriminación sobre base étnica o religiosa". Esta narración es también fomentada "por estrategias de desinformación" combinadas con "noticias inexactas, tendenciosas o no verdaderas". El discurso de odio difundido a través de los servicios de medios audiovisuales refuerza los prejuicios y contribuye a "exacerbar la hostilidad de ciertos grupos de personas hacia otros, especialmente si están en una posición de minoría o debilidad objetiva" y debe ser combatido por cualquier medio. Hay dos direcciones por recorrer: por un lado, preparar "acciones destinadas a respetar la dignidad de la persona"; por otro, permitir "una información correcta, completa y veraz sobre hechos, datos y fenómenos, para construir una cultura de contexto adecuada para separar a la persona soltera de la "categoría" de pertenencia". Esto va acompañado de la necesidad de "proteger a los usuarios del contenido nocivo", incluidos los proveedores de servicios de video entre los destinatarios de la disposición, a fin de "proteger al público en general de los contenidos que provocan violencia u odio contra un grupo o miembro de un grupo".

Específicamente, el reglamento se dirige (artículo 2) a "proveedores de servicios de medios audiovisuales y de radio sujetos a la jurisdicción italiana en pro-

gramas de información y entretenimiento para garantizar el respeto a la dignidad humana y el principio de no discriminación y contraste con las expresiones de odio". Ellos tienen que observar "una serie de precauciones, prestando especial atención a la identificación del contexto específico de referencia con respecto a posibles representaciones estereotipadas y generalizaciones que, mediante el uso de expresiones de odio, pueden generar prejuicios contra las personas que están asociadas a una categoría específica o grupo sujeto a discriminación, lo que ofende la dignidad humana y genera un daño a los derechos de la persona" (art. 4).

La incertidumbre de definir el discurso de odio no se soluciona. Sin embargo, la regulación opta por una noción bastante amplia de la misma, que incluye "cualquier elemento gráfico presente en el programa, capaz de generar efectos "discriminatorios" (títulos, subtítulos, declaraciones citadas) ya que tienen como objetivo generalizar o dar una naturaleza sistemática a hechos específicos y episodios particulares" (Artículo 4, párrafo 2).

Las violaciones son reportadas al AgCom por "asociaciones u otras organizaciones que representan los intereses de los usuarios y por asociaciones y organismos que luchan contra la discriminación"; pueden ser de dos tipos y, por lo tanto, activar dos canales de sanción diferentes. En caso de violaciones episódicas "la Autoridad, después de un contradictorio, envía una comunicación a la Compañía indicando el caso detectado y notificándolo en su sitio web" (Artículo 6, párrafo 1); mientras que, cuando se identifica la existencia de violaciones sistemáticas o graves, se inicia un procedimiento sancionador real, en contradictorio con el proveedor de servicios de medios y audiovisuales. Si no se respetan las medidas, la Autoridad procede "de conformidad con el art. 1, párrafo 31, de la ley de 31 de julio de 1997, n. 249", imponiendo una sanción administrativa pecuniaria. Además, si la violación concierne a periodistas, la Autoridad informará a la asociación profesional "para evaluaciones de su competencia" (artículos 7, párrafo 2 y 10, párrafo 2).

La idea subyacente al reglamento es que las "palabras correctas"[60] son el preludio de las "acciones correctas" y que el discurso de odio puede convertirse en instigación a la acción: la degradación del lenguaje revela la barbarie de una sociedad democrática. Ya no es un símbolo de una democracia abierta, sino un emblema de una sociedad intolerante. El reglamento tiene una cualidad indiscutible: es una invitación a la mansedumbre verbal con respecto a un lenguaje excesivamente agresivo de los medios de comunicación. Además, se trata de un acto decidido según los módulos participados típicos de los reglamentos de las Autoridades independientes: esto es sintomático de la exigencia advertida por los

---

60 Se vea https://www.huffingtonpost.it/entry/agcom-combatte-lodio-con-uno-spot-in-cui-i-bambini-sono-migliori-degli-adulti_it_5ce7e1c7e4b0cce67c89603e.

mismos operadores del sector de imponerse una autodisciplina para contrastar el deterioro del léxico que contamina la seriedad de los proveedores de los servicios y de los periodistas.

El reglamento, en cambio, presenta una serie de puntos críticos.

El primer orden de criticidad está estrictamente relacionado con la naturaleza de las regulaciones de las Autoridades independientes[61]. Su naturaleza de *soft law*[62], tan evasiva y controvertida, está en equilibrio permanente entre la fuente normativa y el acto administrativo general: por esta razón, los reglamentos son inadecuados para manejar las libertades fundamentales sin ser asistidos por las garantías adecuadas de legitimidad democrática, responsabilidad política y justicia garantizadas por la ley. Entonces, la sanción aplicable debe garantizar la efectividad de la protección: pero, por un lado, no es seguro que la Autoridad decida la existencia, en casos individuales, de "violaciones sistemáticas o graves"; por otro lado, el intento de crear una "cultura" de mansedumbre verbal a través de sanciones económicas es al menos cuestionable.

Específicamente, el reglamento crea problemas en relación con el perfil de contenido y del contexto subjetivo afectado por las sanciones. Bajo el primer perfil, haría falta entender cuando una opinión se expresa con las "palabras correctas". Es cierto que una expresión molesta se percibe generalmente como tal, pero también es cierto que la evaluación de esta "exactitud" tiene amplios márgenes de cuestionamiento. Es bastante fácil identificar y castigar un discurso de odio explícito y directo[63]. Pero "la mayor parte de la retórica hostil hacia categorías específicas ocurre (…) en forma de lenguajes discriminatorios "disfrazados" por frases irónicas o alusivas, que "irritan" algunas sensibilidades, pero que ningún tribunal juzgaría de manera incontrovertible como expresiones de odio"[64]: paradójicamente, se deduce que el lenguaje *de odio* es menos peligroso que el lenguaje *odioso*, que no es punible porque se encuentra dentro de la libertad de expresión.

Otro problema se encuentra en el campo de aplicación del reglamento. Los proveedores de servicios audiovisuales y también los periodistas deben prestar

---

61 Se lea al menos M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, 1996; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999; G. De Minico, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Valerio Onida,* Milano, 2012, 721 ss.

62 R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009.

63 T.A. Van Dijk, *Elite Discourse and the Reproduction of Racism*, in R.K. Whillock e D. Slayden [a cura di] *Hate Speech*, Newbury Park, Sage, 1995.

64 Así, textualmente M. Belluati, *Hate or Hateful? L'uso del linguaggio d'offesa nelle discussioni politiche*, in *Comunicazione politica*, 3/2018, spec. 375.

especial atención al lenguaje empleado. Pero en el caso, muy frecuente, en el que un periodista se limita a referirse a discursos de odio a los exponentes políticos y, que disfrutan de la inviolabilidad, ¿sería igualmente punible? Estrictamente hablando, no: las *noticias* en sí mismas deben distinguirse de la *forma* en que se difunden, con respecto a las cuales no sería aceptable ningún comentario del periodista. Pero esto inevitablemente exacerba el derecho a difundir las noticias y el derecho de crítica periodística, creando en su lugar una zona libre para "los exponentes de una determinada cultura política" que "utilizan discursos de odio para obtener el consentimiento popular"[65]. ¿A quién castigar, entonces?

Otro problema es el discurso de odio transmitido a través de las redes sociales. Ya en la consulta de los sujetos interesados, muchos participantes habían señalado que "las expresiones o discursos de odio (…) generalmente se difunden no en los medios tradicionales (…), sino a través de la web (…)" pero que "no se establecen disposiciones obligatorias para plataformas o redes sociales y, en general, para lo que se publica en la web" (del. n. 157/19 / CONS); estos contenidos, por lo tanto, permanecen sin límites y no están sujetos al poder sancionador de la Autoridad.

A veces son las mismas plataformas sociales las que establecen formas de control —a través de *deciders*— sobre qué difundir en el contexto de los códigos lingüísticos impuestos por los gerentes y aceptados por los usuarios. Pero estas son iniciativas cuestionables, que bordean la censura: como tal, no aseguran el objetivo. En resumen, los usuarios privados de Facebook o Twitter disfrutarían de una mayor libertad de expresión que aquellos que, por profesión, ejercen su derecho a criticar.

Entonces, esto límite "del interior" del discurso de odio no satisface quizás porque la pregunta de fondo es insoluble. Haría falta preliminarmente decidir otras cuestiones que tocan el balance entre la libertad de expresión y la dignidad de los sujetos ofendidos o la estructura misma de nuestra democracia. Y probablemente el enfoque jurídico no es suficiente: sería preferible dedicarse a la construcción de un aproche multicultural que refuerzas la acogida, disolviendo los estereotipos.

Sin embargo, no es posible dar una solución única al problema. Cada ordenamiento jurídico, confrontando su propia historia y su idea de democracia, debe elegir si y cómo regular el fenómeno: de lo contrario, el riesgo es que las normas caigan en el vacío de la ineficacia.

---

65 Estas son a menudo "formaciones de extrema derecha" y "movimientos populistas y etnocéntricos" según M. Belluati, S. Genetti, *Odiare a parole: Gli hate speech nella discussione parlamentare*, in *www.academia.edu*, spec. 2.