
Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios

Valeria Thus^{*}

Resumen

La criminalización del negacionismo genera controversias que incluyen denunciar los déficits en la construcción de la lesividad penal en estos delitos (no se verifica que atenten contra un interés o derecho ajeno y no resulta claro delinear el bien jurídico que se procura tutelar). Este trabajo aborda la lesividad desde *la interrelación entre criminología y derecho penal* para legitimar la intervención penal frente al negacionismo, adoptando el punto de vista *autónomo y externo* de la criminología, en tanto emancipación de la subalternidad como disciplina auxiliar al derecho penal. El texto parte de las criminologías del siglo XXI que intentan dar respuesta a estas prácticas, con el resorte de los Estudios de genocidio que entienden al genocidio como un complejo proceso social con una serie de momentos que lo integran que no culminan con el aniquilamiento material, sino que continúan en los modos de representar y narrar esa experiencia de aniquilamiento e integrando al negacionismo como la última etapa. Asimismo se rescata la posición de Ferrajoli, quien propone una drástica revisión epistemológica de la criminología, haciendo hincapié en la resignificación de la ofensividad y la apuesta a un constitucionalismo internacional. Desde esta indagación se profundiza la construcción robusta del daño negacionista como afectación a la *dignidad* en una doble perspectiva: individual (como ofensa a los sobrevivientes y familiares) y colectiva (como necesidad de reconocimiento social del respeto a su dignidad). Y en esta segunda modalidad (dimensión social de la dignidad) se inserta el *derecho a la memoria* (como categoría del derecho internacional que integra la reparación simbólica a las víctimas en su modalidad de satisfacción).

Palabras clave: Negacionismo – Lesividad – Dignidad – Derecho/deber a la memoria.

^{*} Profesora Adjunta interina Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires, valethus@hotmail.com

I. Introducción

Luego de Auschwitz (pero también de los genocidios anteriores y posteriores, como los que se produjeron en Armenia, Camboya, Ruanda, Bosnia, Argentina y las restantes dictaduras del Cono Sur de América o Bangladesh, entre otros) que marcó el inicio paradigmático de los procesos de reproche penal para este tipo de crímenes y la etapa de mundialización de los derechos humanos, resulta difícil poner en tela de juicio el deber de memoria y de castigo frente a los responsables de los procesos genocidas.

Ahora bien, la punición de las prácticas negacionistas se presenta más controversial: ¿debería (y puede) un Estado exigir que las personas reconozcan un pasado particular?, ¿es el derecho penal el instrumento idóneo para prevenir las prácticas sociales genocidas?¹

La criminalización del negacionismo plantea una serie de aspectos problemáticos que incluyen, -además de los aspectos relacionados con: a) los alcances de la libertad de expresión y la determinación de cómo cada uno quiere relacionarse con el pasado reciente; b) la armonización del sistema interamericano de derechos humanos en materia de libertad de expresión con las disposiciones convencionales en la lucha contra la discriminación y las formas de intolerancia; c) el cuestionamiento de la utilización de las reglas de enjuiciamiento criminal para realizar las exigencias del derecho a la verdad (cuestionamiento del rol que le cabe al derecho procesal penal en la construcción de la verdad histórica y la construcción de una única verdad oficial/izada), la de denunciar los *déficits en la construcción de la lesividad* en estos delitos.

Desde una perspectiva crítica a la punición se considera que no se puede verificar que estas expresiones atenten contra un interés o derecho ajeno, resaltando la diversidad de bienes jurídicos receptados en las legislaciones que tipifican el negacionismo.

El punto de partida de este trabajo es afirmar que la criminalización del negacionismo no es incompatible con la garantía penal (lesividad). La hipótesis general consiste en reconocer que las expresiones negacionistas chocan frontalmente con la dignidad de las víctimas y el derecho a la memoria y que el derecho puede configurarse en una estrategia *posible* en términos de validez (legitimación

¹ Entiendo la práctica social genocida en el sentido que le confiere Feierstein como aquella tecnología de poder cuyo objetivo radica en la destrucción de las relaciones sociales de autonomía y cooperación y de la identidad de una sociedad, por medio del aniquilamiento de una fracción relevante (sea por su número o por los efectos de sus prácticas) de dicha sociedad y del uso del terror, producto del aniquilamiento para el establecimiento de nuevas relaciones sociales y modelos identitarios. (Feierstein, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina. Hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 83).

interna) y justificación (legitimación externa) para prevenir estas prácticas. Para ello el camino elegido es analizar la lesividad penal desde *la interrelación entre criminología y derecho penal*; teniendo en cuenta que este pasaje no siempre es sencillo, por sus diferentes epistemologías,² pero inexorablemente ligadas como integrantes de las ciencias penales.

En el esquema “criminología-derecho penal” (o mejor dicho en el camino que va desde la criminología al derecho penal y no a la inversa como tradicionalmente se ha considerado en tanto ciencia subalterna del derecho penal), abordaré, en primer lugar, la cuestión criminológica tomando en consideración las modernas criminologías del siglo XXI que explican el fenómeno negacionista con el resorte que le brindan los Estudios de Genocidio. Es decir, formularé un *diagnóstico* del negacionismo como última etapa del proceso genocida para luego abordar la lesividad de estas prácticas desde un derecho penal que no ha de verse como un fenómeno del ámbito estatal contrapuesto a las corrientes internacionales. Del mismo modo que las constituciones estatales proceden del movimiento internacional de la Ilustración del siglo XVIII, también las diferentes legislaciones penales con posterioridad a Auschwitz responden a principios no exclusivamente nacionales sino de alcance internacional.

Esta apuesta exige liberar a los valores liberales penales de su “estratificación”, al ser entendidos como esquemas presentes de distribución racional de derechos que se centran en la función límite, para pasar a tomar en consideración las sucesivas modificaciones de los estados de derecho que el paradigma de los derechos humanos instaura, principalmente luego de la experiencia del nazismo, al incorporar obligaciones positivas estatales de protección a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos. En lo que aquí interesa, el reconocimiento al Estado de poder actuar, regular, intervenir a fin de transformar las condiciones estructurales que silencian sistemáticamente a ciertos sectores de la población, sobre todo aquellos que han padecido su capacidad intrínsecamente genocida.

33

II. “Más allá” de la criminología: daño social vs. delito

Un análisis acabado de la lesividad en las prácticas negacionistas exige, antes bien, aclarar una perspectiva epistemológica central, la cual es señalar desde qué enfoque se aborda el daño. Es decir, si se postula desde el derecho penal o desde la criminología, porque, como sabemos y bien alerta Ferrajoli, existe una cierta *tensión* en la relación criminología y construcción del delito.

Para Ferrajoli todas las atrocidades -los genocidios, las guerras, los ataques a los derechos sociales y los derechos de los trabajadores por parte de las políticas

² Rivera Beiras, Iñaki, “Elementos para una aproximación epistemológica” en *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2005, p. 16/44.

neoliberales impuestas a los gobiernos por los mercados financieros- cuyo daño es incomparablemente más grave que el de todos los delitos castigados por la justicia penal ponen en cuestión la naturaleza y el propio rol de la criminología. Se pregunta entonces, frente a esta nueva criminología, ¿qué papel debe exigirsele al derecho penal y al derecho en general? ¿cómo se podrá conciliar esta ampliación del objeto de la criminología con la exigencia del respeto a las garantías y con la minimización de la intervención punitiva planteada por el paradigma del derecho penal mínimo?

Dirá Ferrajoli que, sólo adoptando el punto de vista *autónomo* y *externo* de la criminología crítica, es decir aquél que hace referencia al daño social, se puede indagar y aun antes ver la existencia incluso de crímenes que no están previstos como delitos por ningún ordenamiento penal y, en sentido contrario, la existencia de delitos que no son crímenes sino solo fruto de filtros selectivos adoptados por los diversos ordenamientos. La única respuesta posible es que la criminología se emancipe de la subalternidad como disciplina auxiliar a la ciencia penal y al derecho penal, ya que solo así se puede investigar la criminalidad estructural del poder.

El autor propone una drástica revisión epistemológica para que puedan abarcarse los crímenes de Estado. Esta revisión conlleva su configuración y tipología (cognitivo), pero también la resignificación de la ofensividad (lesividad) y reformas procesales que garanticen el juzgamiento de los poderes supranacionales y la configuración de una opinión pública en esa dirección (prescriptivo).³

34

Esta nueva mirada de la ofensividad es la que particularmente quiero destacar en este trabajo. Pensar la criminología autónoma del derecho penal es una idea atractiva porque permite entonces abordar la problemática negacionista desde la criminología con independencia de las tipificaciones como delito que los Estados formulen.⁴ Esta

³ Ferrajoli, Luigi, "Criminología crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea", en Rivera Beiras, Iñaki, *Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico Penal*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2014, pp. 81/96.

⁴ El delito de negacionismo surgió en un primera etapa, principalmente durante la década del 90' en el plano de los ordenamientos internos -entre otros, Alemania, Francia, Bélgica, España- y con posterioridad, a partir de la Decisión Marco del Consejo de Europa de 2008, el delito adquiere reconocimiento a nivel regional lo que motivó que otros países optan por la incorporación del mencionado delito en sus ordenamientos jurídicos internos. Actualmente la mayoría de los Estados europeos prevén el delito de negacionismo, (aunque existen algunas excepciones como Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Suecia), entre otros: Alemania, España (con nueva redacción: incorporado ahora en la letra c) del apartado 1º del artículo 510), Portugal, Suiza, Bélgica, Francia, Austria, Holanda, Luxemburgo, República Checa, Ucrania, Lituania, Polonia, Rumania, Liechtenstein, Malta, Eslovenia, Andorra, Hungría, Letonia, Croacia, Bulgaria, Chipre, Italia, Grecia. Fuera de Europa, además de Israel, lo prevén: Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica, Ruanda, Camboya. Para una lectura exhaustiva de la normativa penal en los diversos estados nacionales ver: Fronza, Emanuela, "¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria", UNED, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 Época, Número 5, 2011, pp. 97/144. Para el caso puntual

renovada mirada, que autoriza un camino que va *desde la criminología al derecho penal* y no a la inversa, permite trabajar también sobre los casos no legislados penalmente (por ejemplo: el negacionismo en Argentina, negacionismo del genocidio armenio en Francia, etc.), ampliando no solo el universo de casos, sino también abandonando la perspectiva de análisis legalista (siempre acotada) de un fenómeno con múltiples aristas. Entonces, la propuesta es recurrir a la criminología para analizar de modo más integral el negacionismo y desde allí intentar una construcción robusta del daño que nos permita plantear la legitimidad de la intervención penal.

Entonces vale recordar que en el último siglo la criminología sufrió innumerables revisiones y transformaciones en su objeto de estudio, sin que sea posible afirmar un consenso entre los diferentes enfoques que la integran, sino más bien su amplia fragmentación. Convirtiendo a la criminología del siglo XXI en una suerte de torre de Babel, por donde circulan toda clase de teorías contradictorias y multidimensionales, siempre bajo el paraguas de una disciplina aparentemente común, por la cual resulta más apropiada hablar de criminologías en plural. Pero, si algo han tenido en común las distintas corrientes criminológicas, desde Lombroso hasta finales del siglo XX, es su completa omisión frente a la perpetración de genocidios, crímenes contra la humanidad y violaciones a los derechos humanos en el último siglo. La ciencia que estaba destinada al estudio del delito y el delincuente nada dijo respecto de los procesos genocidas que sufrió la humanidad en los últimos cien años.

Recién en las últimas décadas la toma de conciencia de que la criminalidad de los Estados y las violaciones de los derechos humanos tienen mayor capacidad para producir daño social que los delitos comunes, hizo que académicos de Europa (principalmente de habla inglesa) y América latina consagraran sus esfuerzos al estudio de estas preocupaciones dentro de la cuestión criminal.

Esta nueva criminología o “criminologías” surgen como tendencia contestaria a la criminología liberal abocada a los daños causados por los delitos individuales. Fue recién entrados en el siglo XXI cuando la criminología se interesó por los “estados de negación”,⁵ formulando una fuerte crítica al rol de la criminología luego de la

de Italia, ver: Fronza, Emanuela, *El delito de negacionismo en Europa. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2018, pp. 61/94.

⁵ Uso el concepto estados de negación en el sentido que le había conferido tempranamente Cohen, cuya obra puede considerarse una de las pioneras en la materia. Trabaja sobre los diversos modos de negación que exceden a las simples prácticas negacionistas 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*) y 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 en una interfase entre lo personal (de allí el abordaje de las diversas teorías psicológicas

segunda guerra mundial que no se abocó al estudio de estos aberrantes crímenes y remarcando su llamativo silencio (negacionismo omisivo).

Se destacan especialmente los aportes de Morrison, Álvarez, Woolford, entre otros, quienes reclaman que la criminología debe *ocuparse de los discursos que fomentan los genocidios- entre otros el negacionismo-* mediante el refinamiento de técnicas de neutralización y por ende deben ser objeto de estudio los teorizadores que fabrican esos discursos y quienes los difunden por los medios masivos de comunicación; así como también consideran que el genocidio es un *proceso* y no un resultado o un conjunto de rasgos claramente definibles.⁶ Sostienen que no existen explicaciones monocausales, sino que el genocidio debe ser entendido como un complejo proceso social y no como un fenómeno estático, aconsejando abandonar la perspectiva de análisis legalista por una mirada que permita abarcarlo como un *proceso dinámico* con una serie de momentos que lo integran que no culminan con el aniquilamiento material, sino que continúan en los modos de representar y narrar esa experiencia de aniquilamiento. Desde esta perspectiva, y nutriéndose de los aportes y avances que brindan los Estudios de Genocidio,⁷ existe un consenso bastante extendido que el negacionismo integra la última etapa del genocidio.⁸ Luego del aniquilamiento,

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. (Cohen, Stanley, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Buenos Aires, Depto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005). También puede considerarse como antecedente, las tesis de SYKES y MATZA en la década del 50' cuando intentaban dar respuesta a las teorías de las subculturas criminales norteamericanas introduciendo el concepto de técnicas de neutralización, estaban analizando en realidad las masacres estatales. Con una mirada crítica respecto de la posibilidad de formular esta analogía entre las teorías acerca de las técnicas de neutralización de SYKES y MATZA a los procesos genocidas se destaca la opinión de Woolford. (Woolford, Andrew, "La nueva generación: criminología estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos", en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, Número 5, número especial: Setiembre, pp. 138/162).

⁶ En la misma línea, se suman otros académicos de habla inglesa: FRIEDRICH, GARLAND, RUGGIERO, YACOUBIAN, LAUFER, HAGAN y europeos de habla hispana como RIVERA BEIRAS y su equipo del Observatorio de Sistema Penal y Derechos Humanos en Barcelona. En América Latina se destacan los aportes de BERGALLI, ANIYAR DE CASTRO, ZAFFARONI, ANITUA, entre otros.

⁷ El aporte de estos estudios es fundamental para identificar los problemas de la definición del delito de genocidio, el nexo entre el Estado y las políticas genocidas, conocer el rol de las ideologías en la comisión de actos genocidas, las técnicas de neutralización, así como también en la necesidad de abordar el análisis de las consecuencias de aquellas prácticas en las sociedades posgenocidas. Muy especialmente debe prestarse interés a la segunda generación que señalan que un enfoque más comprensivo de aquellos debería centrarse en las secuelas –lo que claramente concierne a la negación y la reparación (legal)- y a un tercer abordaje proviene de los académicos estadounidenses y de América Latina (principalmente FEIRSTEIN) que están cuestionando los límites de la disciplina con una perspectiva regional, que logran cuestionar las posibles asunciones etnocéntricas (europeas) y descubren nuevas maneras de visualizar el campo.

⁸ Para STANTON el genocidio puede ser explicado en 10 etapas: clasificación, simbolización,

los perpetradores buscan eludir su responsabilidad cubriendo lo que hicieron. La negación funciona entonces para destruir el grupo que ha sido víctima de los crímenes, limpiando incluso la memoria de que ellos han existido (se niega la preexistencia).⁹

Y ello se correlaciona con el alcance que Lemkin le otorgara *tempranamente* al genocidio. Al acuñar el concepto, entendió que dos etapas: una, la destrucción de la identidad nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición de la identidad nacional del opresor.¹⁰ Recurriendo a dos conceptos muy potentes y dislocadores para explicar el verdadero rostro del genocidio, el antagonismo oprimido-opresor, algo poco común sobre todo para un jurista. Esa es la riqueza de la visión de Lemkin, aquella que avizora que el genocidio no tiene como único objetivo el aniquilamiento, sino también la reformulación de las relaciones sociales imponiendo la del opresor. Es decir, la existencia de dos momentos en su configuración: aquel que se refiere al aniquilamiento (dimensión material) y aquel que se refiere a la reconfiguración de las relaciones sociales posgenocidas (dimensión simbólica).

En esta línea, Feierstein introduce la categoría medular de realización simbólica-como última etapa -que se refiere a los modos de representar y narrar la experiencia de aniquilamiento. El genocidio no culmina con el aniquilamiento, sino que se “realiza” con posterioridad a aquél, en los modos de contarnos eso que nos pasó. La realización simbólica tiene siempre en miras la reorganización de las relaciones sociales con posterioridad al aniquilamiento, pero de un modo particular: se pregunta ¿cómo lograr que el conjunto social construya una representación del genocidio en el cual el lazo social aniquilado no pueda tener presencia? Como vemos se trata de una exclusión, de un segundo proceso de destrucción, pero

37

discriminación, deshumanización, organización, polarización, identificación, persecución, exterminio y *negación*. FEIN, por su parte, categoriza 5 etapas: definición (proceso de identificación de las víctimas discriminadas), pérdida (de derechos, roles, reclamos, etc.), segregación, aislamiento y *concentración*. Feierstein, por su parte, entiende que el proceso genocida requiere de una serie de momentos que lo integran: 1) construcción de una otredad negativa, 2) hostigamiento, 3) aislamiento, 4) políticas del debilitamiento sistemático, 5) aniquilamiento material y 6) *realización simbólica*.

⁹ Para THERIAULT, la negación es una característica de, al menos, tres etapas del genocidio: el aniquilamiento, el momento inmediatamente posterior y el legado o secuela a largo plazo. En su opinión, la categorización de la negación como constitutivo de la última etapa del proceso genocida no solo obtura análisis más profundos de la secuela a largo plazo, sino que oscurece el importante rol que tiene la negación en las primeras etapas del genocidio. Considera que la negación ocurre no solo después del genocidio sino “durante” aquel. La negación es entonces una característica típica del momento inmediato posterior al aniquilamiento: y configura un modo de ayudar a los genocidas y cómplices para evadir la responsabilidad de sus actos. Cuando se habla de las consecuencias o secuelas del genocidio a largo plazo, el término que mejor captura este proceso es el de “consolidación”. (Therriault, Henry, “Denial of ongoing Atrocities as a Rationale for Not Attempting to Prevent or Intervene”, *Impediments to the Prevention and Intervention of Genocide: a critical Bibliographic Review, Volume 9*, Samuel Totten Editor, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2014, pp. 47/75).

¹⁰ Lemkin, Raphael, *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Buenos Aires, Ed. Prometeo, Untref, 2008.

ahora en el ámbito de lo simbólico, en el plano de la memoria. Se busca destruir: a) las relaciones sociales que encarnaban esos cuerpos (sujetos) aniquilados; b) pero también el contenido simbólico de la lucha por la memoria del genocidio que encarnan siempre de modo activo los sobrevivientes y los familiares y c) finalmente las políticas públicas estatales de reconocimiento. Eso es lo que ocurre con el negacionismo: a través de la insensibilización y el pacto denegativo¹¹ se intenta construir una narratividad que constituya una legitimación y justificación del arrasamiento, clausurando su visibilización.

Ahora bien, si se piensa que el camino a recorrer para fundamentar la intervención penal frente al negacionismo es *desde* la/s criminología/s, resta explicar ¿cómo es que esas conductas que son definidas desde esta nueva criminología como socialmente dañosas puedan ser objeto de tutela o reproche penal?

Quizás la respuesta podamos encontrarla en el último Ferrajoli, aquél que logra incorporar a su teoría garantista el dato de la realidad social del último siglo, es decir las graves violaciones a los derechos humanos. Considera que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario que, puede y debe, ser ampliado en una triple dirección: 1) como garantía de todos los derechos, no solamente los derechos de libertad, sino también de los derechos sociales; 2) respecto a todos los poderes, no solamente los poderes públicos, sino también los poderes privados y 3) a todos los niveles, no solamente del derecho estatal, sino también del derecho internacional. El futuro del constitucionalismo jurídico y de la democracia es encomendado a esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social como añadidura al liberal, hacia un constitucionalismo de derecho privado como añadidura de aquél de derecho público y, en lo que nos interesa, hacia *un constitucionalismo internacional* como añadidura del estatal.

Volviendo a la relación criminología-derecho penal, se puede concluir que una relectura de sus últimos trabajos permite sostener que, en realidad, prioriza a la criminología por sobre la ciencia o derecho penal, *pero no descarta la aplicación de este último, sino que simplemente señala las exigencias o condiciones desde donde éste debe actuar en un estado liberal y democrático*. En su opinión, el ensanchamiento de la criminología no debe extenderse al derecho penal sin más, sino que es necesario un afanoso trabajo en la reconfiguración de los bienes jurídicos sujetos a tutela penal

¹¹ 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 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. (Feierstein, Daniel, *Memoria y representaciones*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura, 2012, p. 79).

en base a la ofensividad. Desde su perspectiva, *es necesario construir fuertemente la noción de daño social que legitime la intervención punitiva.*

En el siguiente acápite abordaré, precisamente la construcción de ese robusto daño negacionista, resignificando su ofensividad e incorporando el derecho internacional de los derechos humanos en su configuración.

III. El daño negacionista

La configuración del daño negacionista, que demanda la definición robusta de sus contornos y particularidades de cara a la legitimación de la actuación penal, pero a la vez resguardando los principios y garantías de todo estado de derecho, exige adentrarnos en el principio de lesividad -bastión conjuntamente con la legalidad y la culpabilidad del liberalismo penal- y más precisamente preguntarnos por su función de límite y fundamento de la intervención punitiva.

1. La materialidad de la acción. ¿Negacionismo como delitos de expresión?

Un presupuesto de elemental racionalidad para requerir la imposición de un castigo es la existencia de un hecho o acción previa de parte de aquel que pueda recibirlo. De acuerdo con este principio limitador ningún daño, por grave que sea, puede estar previsto con la imposición de un castigo en la ley penal, si no es el efecto de una acción.¹² Este principio reconoce su origen en la Ilustración, pues fue entonces cuando se intentaron limitar las persecuciones de delitos contra la religión, o de opinión en general, así como la punición de rasgos de personalidad. Desde entonces el principio de materialidad de la acción es el corazón del garantismo penal.

Por ello es importante constatar la existencia de lesividad, ahora bajo el prisma del derecho internacional de los derechos humanos, de cara a la legitimidad de la criminalización del negacionismo si no queremos caer en una suerte de sustancialismo penal.

Un buen punto de partida lo configura la distinción entre delitos de opinión y de expresión según qué tipo de prácticas negacionistas estamos hablando. Pueden pensarse dos respuestas diferenciadas para los casos de negacionismo academicista o de los funcionarios públicos, por un lado, y, por el otro, frente a las expresiones negacionistas individuales (sea como negación de los hechos históricos o las distintas formas de banalización).

En este trabajo no voy a abordar el negacionismo academicista, en el que se puede pensar en la restricción de la libertad de expresión en tanto concreción del derecho

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 480.

a recibir información veraz que el mencionado principio encierra.¹³ Tampoco me voy a referir al negacionismo de funcionarios estatales, que puede ser analizado explorando como criterio orientador la cláusula del abuso de derecho (artículo 17 Convenio Europeo de Derechos Humanos -en adelante, CEDH- y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en adelante, TEDH-).¹⁴

¹³ El sentido clásico de la libertad de expresión fue superado por los modelos surgidos tras la segunda guerra mundial y el concepto de libertad de información viene a sustituir el concepto de libertad de prensa. El contenido de la libertad se amplía: del individuo predominantemente emisor (derecho de expresión del pensamiento) se pasa a considerar al individuo en la sociedad como predominantemente receptor (derecho a ser informado). La libertad de información tiene un nuevo destinatario -la colectividad- y cumple una función distinta -la formación de la opinión pública-. Borja Giménez se refiere precisamente al derecho a la información veraz, que “impone al autor, más bien, cierta seriedad en la elaboración de la información, cierta diligencia en el método a desarrollar y, sobre todo, una pretensión y no mero pretexto de expresar pensamientos o ideas, de comunicar información, de elaborar teorías o doctrinas”. (Borja Giménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista en Europa: La respuesta del Derecho Penal*, Granada, Ed. Comares, 1994, p. 364). Si bien esta doctrina ha sido pensada y aplicada al marco de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a comunicar información especialmente en el ámbito periodístico, para Borja Giménez, esas conclusiones pueden ser trasladadas perfectamente al campo de la expresión de ideologías de carácter racista o incluso, en palabras del autor, a ciertos supuestos muy polémicos de investigación antropológica o histórica. Tal es sin duda el caso del discurso negacionista que se distingue del revisionismo histórico en tanto actores que elaboran estrategias para ocultar pruebas y rastros impidiendo así recuperaciones de memorias en el futuro con el fin de promover olvidos selectivos a partir del enmascaramiento pseudo científico. Se puede afirmar entonces que la libertad de producción científica, como una concreción de la libertad de expresión, puede acoger en su seno todo tipo de investigación, siempre y cuando, se persiga, a través del método de la correspondiente disciplina, contribuir al aumento del conocimiento humano, aun cuando las conclusiones a las que llegue puedan ser calificadas de atropelladas, absurdas o falsas (Borja Giménez, Emiliano, *supra* nota 11, p. 366). En cambio, si la pretensión es otra diferente, encubierta bajo el ropaje de la retórica teórica, ni siquiera existe conflicto de bienes jurídicos entre libertad científica y otros derechos atacados, porque el negacionista no busca ejercer derecho de expresión alguno, sino aprovecharse del ropaje que representa el discurso científico para disfrazar una pretensión ilegítima y prohibida normativamente. Esta fue la posición adoptada por el Tribunal constitucional de Alemania. El BVerfG declaró que no existía incompatibilidad entre declarar punible la negación de la Shoá y el derecho a la manifestación de pensamiento (cf. BVerfG, 13 de abril de 1994 [BVG 90, 241]). Al seguir el análisis del fallo, Fronza considera que la aseveración de un hecho que no constituya una opinión en sentido estricto, recibe una tutela diversa y solo en la medida que constituya el presupuesto para la formación de una opinión. Si es imprecisa, deliberada o claramente *falsa* no se halla amparada constitucionalmente. (Fronza, Emanuela, *El delito de negacionismo en Europa, op. cit.*, p. 108).

¹⁴ En Europa, se opta por un modelo de *democracia militante*, material o valorativa, en la que la militancia contra quienes pretenden destruirla legitima privarlos de los derechos de participación política. Una plasmación clara de dicho modelo es la cláusula de abuso de derecho establecida en el mencionado art. 17 CEDH. (Valero Heredia, Ana, “Los discursos de odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 37, n° 110, 2017, p. 319). REVENGA SANCHEZ considera que “no parece exagerado afirmar que el artículo 17 ha quedado como punta de lanza para la defensa jurídica de los valores de Convenio frente a los discursos de un determinado carácter: el que lleva la impronta del componente más racista o xenófobo, propio de las ideologías filo-nazis, a las que les es consustancial”. (REVENGA SANCHEZ, *La Europa de los derechos, entre tolerancia*

Puntualmente me interesa el negacionismo individual y como pensar su restricción penal. Como sabemos, la libertad de expresión como libertad ideológica no necesita en principio cumplir ningún requisito de veracidad para que alcance la protección constitucional.¹⁵ El negacionismo individual puede verse enmarcado en los supuestos de “libertad de opinión” y por ello la construcción robusta del *daño a terceros* para garantizar la legitimidad interna (validez) de la criminalización resulta esencial.

Desde nuestra perspectiva, el límite viene determinado por el respeto a: a) la dignidad humana de las víctimas y más específicamente aquella en relación con el principio de igualdad como no discriminación y no sometimiento y b) por la afectación al derecho a la memoria.

2. La dignidad y el derecho a la memoria.

En base a la exigencia de lesividad, se considera la afectación a un bien jurídico sólo si afecta materialmente a otro individuo y, además, implica una “dañosidad

e intransigencia, Madrid, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, p. 56). En esta línea, el Tribunal de Estrasburgo ha excluido tajantemente el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión al negacionismo. En consecuencia, estos discursos son incompatibles con los valores esenciales de la CEDH. Dada esa respuesta, más allá del daño que pueda suponer para el honor de las víctimas del Holocausto, el TEDH viene a asumir el negacionismo como un ataque a la propia democracia. El carácter de democracia militante del CEDH es inherente a su génesis como respuesta frente al totalitarismo y con el cometido de “hacer sonar la alarma frente a su resurgimiento”, y se refleja especialmente en la cláusula de abuso de derecho recogida en su artículo 17, concebida como un instrumento para combatir a los enemigos de la democracia y defender el propio sistema democrático, y aplicada con asiduidad por el TEDH para restringir el discurso antidemocrático y negacionista. Para Alcácer Guirao, sin embargo, el rechazo absoluto y sin reservas –y sin ponderación en el caso concreto– del negacionismo no viene en realidad fundado en el daño que tales conductas pueden generar a la democracia o a los derechos fundamentales, sino que se basa en la condición de *tabú* que ha adquirido el Holocausto, como manifestación del “mal radical”, en la memoria colectiva europea. El Holocausto, dirá el autor, conforma el mito fundacional de las democracias constitucionales surgidas tras la Segunda Guerra Mundial) y del propio Convenio, creado como defensa preventiva frente a los totalitarismos; por ello, toda banalización o relativización del Holocausto socaba, simbólicamente, el espíritu democrático europeo. El sentido de la prohibición no es, en rigor, la protección de la dignidad humana ni el honor de persona alguna, sino el de reafirmar la incondicional vigencia del tabú, el de actualizar permanentemente la memoria del *pacto ético* frente a una barbarie que cambió para siempre la identidad europea. (Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 33, n° 97, enero-abril de 2013, p. 340).

¹⁵ Arendt analiza la “verdad factual” y sostiene que la opinión es una forma de acción. Considera que su opuesto no es el error, la ilusión, ni la opinión, sino la falsedad deliberada o la mentira. Se refiere puntualmente al intento de modificar las crónicas y, en ese sentido, es una forma de acción. Borrar la línea divisoria entre la verdad de hecho y la opinión, dirá Arendt, es una de las muchas formas que la mentira puede asumir y todas ellas son formas de acción (Arendt, Hannah, *Verdad y mentira en la política*, Barcelona, Ed. Página Indómita, 2017, “Capítulo 1: Verdad y política”, pp. 55/6).

social”, esto es, que trascienda ese conflicto víctima/victimario y su propio daño, provocando también un daño a la comunidad. Por ello, en la configuración del daño negacionista, he optado por este esquema dual, que tiene en miras el daño concreto e inmediato sobre las víctimas y también el mediato a la sociedad en general:

2.1. Afectación a la dignidad humana de las víctimas: el genocidio se presenta como la representación más violenta y más extrema de la violación a la dignidad humana por parte de un Estado perpetrador y conlleva no sólo la negación del estado de derecho, sino el aniquilamiento material del grupo definido como *otro negativo*. Sus condiciones, la enorme disparidad entre las víctimas y perpetradores, así como la magnitud de la degradación de las víctimas señalan su naturaleza horrenda. A punto tal era impensado, que fue necesario acuñar un concepto (genocidio) que procurara comprenderlo y abarcarlo.

Dice Adorno:

Lo que los nazis hicieron a los judíos era indecible: los idiomas no tenían palabras para ello, pues ante lo planificado, sistemático y total, incluso un asesinato en masa habría sonado como algo de la vieja y buena época del maestro de Degerloch. Pero había que encontrar una expresión, si no se quería hacer a las víctimas, que son demasiadas para que sus nombres puedan ser recordados, objeto de la maldición del “no hay que acordarse de ellos”. Y así se ha acuñado en inglés el término *genocide*. Pero la codificación impuesta en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos ha hecho a la vez, en interés de la protesta, lo indecible conmensurable. Al ser elevada a concepto, la posibilidad queda en cierto modo reconocida: una institución que prohíbe, rechaza, discute...¹⁶

42

Y la elección de este texto no es azarosa. Justamente porque se hace énfasis a la potestad de nombrar lo innombrable, de transformar lo indecible en conmensurable. Aquello que el negacionismo pretende destruir. Porque, como bien dice Adorno, estos discursos se enmarcan en la “maldición del no hay que acordarse de ellos” (en alusión a las víctimas). Entonces frente a la gravedad de estos crímenes nos encontramos con discursos (negacionistas) que reeditan el dolor de los familiares, renuevan las humillaciones de los sobrevivientes, a la vez que buscan dar una solidez narrativa a estos pactos sociales denegativos en tanto representación simbólica de lo ocurrido.

Y esta afectación se presenta obvia, pero de tan obvia puede pasar inadvertida. Frente a este riesgo de invisibilización, de anestesiarnos frente al dolor de aquellos otros que nos configuran como un yo y como un “nosotros”, es que rescato la

¹⁶ Adorno, Theodor, *Minima Moralia. Reflexiones desde la vida dañada*, Madrid, Ed Akal S.A., 2004, p. 262.

construcción del daño negacionista en tanto afectación *inmediata* a la dignidad humana de las víctimas.

Ahora bien, ¿qué queremos decir al referirnos a la dignidad humana de las víctimas?, ¿cuáles son sus elementos constitutivos?, ¿es esta categoría diferente del honor individual de aquellas o lo contempla?

Cuando me refiero a la dignidad como derecho humano de las víctimas, estoy pensando en una categoría que incluye la dimensión de la afectación a su honor (ofensa individual) y a la vez le trasciende, en tanto afectación más abarcativa, que incluye una dimensión social o colectiva definida como la exigencia de respeto por parte de la sociedad en general a la dignidad de quienes han sido arrasados por una experiencia genocida. (Algo que ya ha sido prevista normativamente por el derecho internacional de los derechos humanos, pero que vale la pena recordar).¹⁷

Algo que no es nuevo por cierto, y que ha sido postulado, entre otros destacados académicos por Waldron,¹⁸ y que me interesa traer a colación por su enfoque crítico de la libertad de expresión en el sistema norteamericano, pero sobre todo por los puntos en contacto entre el sistema norteamericano de libertad de expresión y los principios derivados del sistema interamericano de protección. En lo que aquí interesa, porque Waldron ha revitalizado la discusión sobre los límites del discurso del odio entre los autores norteamericanos, al reclamar, frente a la absoluta prioridad de la *libertad* de expresión defendida casi unánimemente tanto por la

43

¹⁷ Entre otros: artículos 57 3c) y 68 del Estatuto de Roma y Principio 10 de la Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” que establece que las víctimas deber ser tratadas con humanidad y respeto a su dignidad y derechos humanos. En la Recomendación n°15, *on combating Hate Speech*, del 8 de diciembre de 2015 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, se reconocen como una forma especial de discurso del odio los supuestos en los que dicho discurso adquiera la forma de una negación pública, trivialización, justificación o condonación de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, cuya existencia haya sido reconocida por los tribunales, especificando que se trata de casos sobre los que haya recaído una sentencia firme en los tribunales nacionales e internacionales (siguiendo el Convenio de Cibercriminalidad y su protocolo adicional que admite ambos) y en lo que aquí interesa, que el hecho lesivo que se quiere prevenir es la discriminación racial o *la lesión de la dignidad de la persona*. Elósegui Itxaso sostiene que esta recomendación “trata de ir a la raíz de las discriminaciones raciales y luchar contra ellas de un modo holístico con medidas de educación en derechos humanos y de fomento del diálogo intercultural, especialmente emprendiendo acciones positivas para evitar las discriminaciones raciales y removiendo barreras que dificultan la comprensión entre personas de diferentes culturas. (...) El derecho penal se considera el último instrumento a utilizar, cuando no haya otras medidas de naturaleza menos restrictiva. Su imposición se considera apropiada solo en circunstancias muy limitadas, debido al riesgo potencial que plantean de violar el derecho de libertad de expresión”. (Elósegui Itxaso, María, “La negación o justificación del genocidio como delito penal en el Derecho europeo”, *Revista de Derecho Político*, n° 98, enero-abril 2017, p 298).

¹⁸ Waldron, Jeremy, *The harm in hate speech*, Massachussets, Harvard University Press, 2014.

academia como por la jurisprudencia, una mayor atención a la *dignidad* de quienes sufren los embates del discurso intolerante, admitiendo con ello que, dentro del esquema del liberalismo político, el *daño social* que aquél genera puede legitimar la restricción de la libre expresión.

Si bien no se refiere específicamente al negacionismo, sino al discurso del odio, sus razonamientos y argumentaciones pueden ser plenamente aplicables. Para Waldron la prohibición de este tipo de discursos se fundamenta en dos principios: por un lado, la dignidad entendida como reputación social y, por el otro, en el derecho de las minorías a ser tratadas como iguales en la sociedad, pues una democracia liberal debe garantizar que cada persona, miembro de un grupo, pueda desenvolver su vida con la certeza que no afrontar hostilidad, violencia o discriminación o exclusión por parte de terceros. Porque el daño que generan estos discursos profundiza el sentimiento de inferioridad de las víctimas a la vez que supone un potencial impacto negativo en las opciones de participación de aquellas en la sociedad.¹⁹

Sin embargo, formula una clara distinción entre ofensa y dignidad que quiero rescatar especialmente para pensar la lesividad del negacionismo. Waldron sostiene que las ofensas, por más dolorosas que sean, no resultan objeto apropiado de preocupación legislativa. La dignidad, en cambio, es precisamente lo que las leyes contra el discurso del odio deben proteger: no aquella vinculada con el honor, sino en el sentido del derecho básico de las personas a ser considerados como miembros de la sociedad en buen desarrollo (*good standing*), como alguien cuya pertenencia a un grupo minoritario no lo descalifica de la interacción social ordinaria/cotidiana. No se trata solo de proteger a la gente de insultos esporádicos, ofensas y palabras que duelen. Es un problema de asegurar un particular aspecto de paz social y orden cívico.²⁰ Una mirada más amplia de la dignidad humana de las víctimas,

44

¹⁹ BAKER y ZHAO ponen en tela de juicio que la denigración produzca tales efectos nocivos. El mayor problema de la argumentación abstracta de Waldron es que parte de la idea de que las expresiones denigrantes no causan un daño, sino que *son constitutivas* de un daño, lo que supone que estas siempre sean perjudiciales sin importar si se produce o no un impacto real en los colectivos afectados. Mediante un elaborado estudio empírico, demuestran que no existe una relación causal entre las expresiones denigrantes y ese complejo de inferioridad que impide una efectiva participación de las víctimas en una comunidad democrática (Turienzo Fernandez, Alejandro, "El delito de negación del holocausto", *InDret* 1/2015, Barcelona, p. 13).

²⁰ Teruel Lozano asume una postura crítica respecto de las teorías que, como Waldron, sostienen que la difusión de mensajes racistas o xenófobos menoscaba el reconocimiento de la persona al fomentar una "sociedad del desprecio". Considera que en una sociedad plural, no cabe restringir la libertad de expresión para proteger la sensibilidad individual ni los sentimientos colectivos ante genéricas difamaciones a grupos sociales. El estándar o piso mínimo que justifica la restricción de la libertad de expresión lo constituyen las *True Threats* y "el peligro cierto e inminente" del sistema estadounidense y se debe exigir la inminencia temporal y una alta probabilidad para dotar de solidez al juicio de peligrosidad. Aunque existe un pernicioso racismo líquido en nuestra sociedad al que hay que enfrentarse, así como también hay que reconocer el "efecto silenciador" de estos discursos al

como la que aquí se propone, comporta simultáneamente la apelación a una dimensión ontológica del dolor (Yo sufriente), así como también a una dimensión epistemológica del dolor que abarque los modos cómo se reconocen socialmente los efectos del sufrimiento del yo.²¹ Y es precisamente en el reconocimiento social del dolor en donde el derecho adquiere una importancia medular.

Se trata entonces de pensar la dignidad humana no solo como ofensa a las víctimas que, como sabemos no justifica/legítima por sí sola la intervención penal en materia de libertad de expresión a la luz del sistema interamericano de derechos humanos,²² sino profundizar en la relación entre libertad de expresión e igualdad sociológica que apunta a los modos de evitación de humillación y el derecho que tienen las víctimas de los crímenes de Estado de vivir en un ambiente libre de discriminación, hostigamiento y violencia. La punición no se presenta entonces como un reaseguro de la verdad, sino para garantizar políticas de desmantelamiento de situaciones de desigualdad.²³

disuadir a personas o grupos de que participen en el espacio de deliberación público; estos daños son muy difusos como para que puedan justificar un límite a la libertad de expresión. Ello no significa que el Estado no pueda adoptar políticas para evitar tales efectos nocivos, promoviendo discursos favorables a la igualdad y negando cualquier tipo de apoyo público a los discursos que promuevan el odio o la discriminación (p.34). (Teruel Lozano, Germán, "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2018, 114, pp. 13/45).

²¹ Madrid, Antonio, *La política y la justicia del sufrimiento*, Madrid, Ed. Trotta, 2010.

²² Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

²³ El negacionismo y las reflexiones en torno a su criminalización son abordados en el sistema universal simultáneamente por los organismos encargados de monitorear el respeto de la libertad de expresión, pero también por los encargados de la adopción de medidas concretas para la eliminación total del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Circunstancia que no siempre ha generado coincidencias en los modos de pensar la problemática y abordar las estrategias para su erradicación: más restrictivo por los organismos de monitoreo en materia de libertad de expresión y más proclives a legitimar las prohibiciones en los casos de odio, violencia, hostilidad y discriminación. Desde la perspectiva de la lucha contra los discursos del odio, las leyes memoriales no se encontrarían prohibidas porque el fenómeno negacionista se encuentra en el centro de las preocupaciones por los organismos de monitoreo y la propia Asamblea General. 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 26/1/2007 y que condena "todo intento de negar o minimizar el Holocausto". Posteriormente, se adopta la resolución 70/139, "Combatir la glorificación del nazismo, neonazismo y otras prácticas que contribuyen a exacerbar las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia", del 17/12/2015, por la cual la Asamblea General condena sin reservas toda negación o intento de negación del Holocausto (párrafo 10) y exhorta a los Estados para que adopten medidas, incluso legislativas, para el cumplimiento de la ley y educativas, a fin de poner fin a todas las formas de negación del Holocausto (párrafo 11). Continuando con los lineamientos del Plan Rabat, la Recomendación General Número 35, La lucha contra el discurso de odio racista, del 26/9/2013 (UN Doc. CERD/C/GC/35), en sus párrafos 14 y 15 recomienda que la denegación pública de delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad,

Esta categorización de la dignidad humana, que abarca la dimensión individual de la ofensa, pero también su dimensión colectiva (como necesidad de reconocimiento social del respeto a su dignidad), resulta sugerente para fundar la lesividad del negacionismo -en tanto legitimación interna (validez)- porque se enmarca en el principio de igualdad (sociológica) que orienta/guía las recomendaciones y normas de derecho internacional y regional en la materia.²⁴

definidos por el derecho internacional, o el intento de justificarlos se declaren actos punibles conforme a la ley, siempre que constituyan claramente incitación a la violencia o el odio racial. Considerando el Comité que deben tenerse en cuenta los siguientes factores contextuales: a) el contenido y la forma del discurso; b) el clima económico, social y político que prevalecía en el momento en que se formuló y difundió el discurso; c) la posición o condición del emisor del discurso en la sociedad y el público al que se dirige el discurso; d) el alcance del discurso y e) los objetivos del discurso. Más recientemente, se destaca el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, del 11/8/2016, (A/71/325), donde reitera su absoluta condena de toda negación o intento de negación del Holocausto y todas las manifestaciones de intolerancia religiosa, incitación, acoso o violencia contra las personas o las comunidades sobre la base del origen étnico o las creencias religiosas. A la vez que exhorta a la preservación activa de los lugares que durante el Holocausto sirvieron como campos de exterminio, concentración y trabajo forzoso y cárceles nazis, y alienta a los Estados a que adopten medidas de índole legislativa y educativa para poner fin a la negación del Holocausto (párrafo 80).

46

²⁴ En el sistema interamericano se constata una menor receptividad de la punición del negacionismo desde el enfoque de la libertad de expresión y una mayor permisividad en los casos de discurso del odio en base a la afectación a la igualdad. Entre otros documentos, se destacan: 1) Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos (2001) donde se reconoce que las expresiones que incitan o fomentan “el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia” son perniciosas y que los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o precedidos de esta forma de expresión; 2) Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2015): si bien se consolida (art. 15) como criterio general la neutralidad de contenido en el sistema interamericano, se aclara que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y está sujeto a limitaciones (artículos 13.2 y 13.5 CADH). Para estos casos deben adoptarse los criterios definidos en el “Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” de Naciones Unidas (2012) para diferenciar a los discursos que constituyen “incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar” y que permiten la imposición de sanciones penales, de los discursos intolerantes u ofensivos. De este modo, a diferencia del sistema europeo que goza de la cláusula del abuso de derecho (art. 17 CEDH) para enfrentar al negacionismo (del Holocausto), en el sistema interamericano la libertad de expresión se encuentra más protegida. Sin embargo, en la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, en vigor el 11 de noviembre de 2017, prevé la prohibición legislativa de estas expresiones (art. 4) Si bien se encuentra en etapa de ratificación (Argentina firmó el tratado en 2013 y a la actualidad no lo ha ratificado) se abre un incipiente camino tendiente a la legitimación de la punición del negacionismo desde el prisma del principio de no discriminación.

2.2. El derecho a la memoria.

Desde la legitimación externa (justificación) el daño que el negacionismo provoca como afectación a la dignidad de las víctimas se plasma en una triple obturación: 1) obtura el acceso real al duelo por parte de los familiares, 2) obtura los procesos de elaboración de la experiencia traumática de los sobrevivientes y 3) obtura el recuerdo de los crímenes cometidos y de quienes fueron las víctimas.

Esta tercera modalidad de obturación es quizás la más interesante porque ella implica abordar la dignidad en estrecha relación con el derecho a la memoria de las víctimas, una categoría sobre la que se viene trabajando en los últimos años por parte del orden jurídico internacional y ha girado fundamentalmente en torno al establecimiento de los deberes de los Estados en relación con las violaciones masivas a los derechos humanos reconocidas por el derecho internacional, y, singularmente el deber de recordar, los procedimientos de reparación y la habilitación de las condiciones necesarias que impidan su repetición. Entre el conjunto de deberes y procedimientos en cabeza de los Estados, alerta Sauca Cano, se encuentra el respeto a los derechos de las víctimas que son básicamente tres: acceso igual y efectivo a la justicia, reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.²⁵

El derecho a la memoria supone un reconocimiento de la dignidad y la propia personalidad; aparece definido necesariamente *de manera relacional* entre el sujeto titular y el colectivo social que dota de sentido a esa aceptación y construcción de la individualidad. Se presenta como un derecho vinculado al concepto de ciudadanía (entendida como la conformación de la subjetividad en el espacio público) y como derecho que se constituye en permanente articulación entre lo individual -la memoria, biografía o identidad personal- y lo colectivo, la permanente reconstrucción de los sentidos del pasado.

Dice Alcácer Guirao sobre este *modo de ser* de la relación entre dignidad y memoria, “De esa traumática experiencia surge la figura de la *víctima* como actor social y político de primer orden, cuya dignidad debe ser protegida frente a cualquier forma de acción y expresión dirigida a menoscabarla. El sufrimiento que otorga tal condición a las víctimas no ha de quedar olvidado; la memoria de las víctimas, integrada como parte de su dignidad, se erige en un valor autónomo a proteger. Desde los postulados de esa *justicia anamnética*, Auschwitz es a la vez lo que no puede olvidarse y lo que no puede nombrarse, ni comprenderse... y, desde luego, lo que no puede negarse, porque su negación constituye un atentado a la memoria de las víctimas y, sobre todo, a su

²⁵ Sauca Cano, José María, “El derecho ciudadano a la memoria histórica”, en PALLIN y ESCUDERO ALDAY, *Derecho y Memoria Histórica*, Madrid, Trotta, 2008, p. 85.

reconocimiento como tales, pues al mismo tiempo que les niega tal condición, la actualiza y perpetua. La negación o la justificación del Holocausto no es, así, únicamente un ataque hacia el honor o dignidad de las víctimas concretas, que fueron, sino de la víctima como institución social y política, como icono contra un «olvido compuesto de ruinas y cadáveres».²⁶

El negacionismo transforma el éxito parcial del aniquilamiento en un genocidio más totalizador, mediante la negación de las víctimas sobrevivientes y borrando de un plumazo sus prácticas y definiendo las estructuras sociales previas al genocidio como inexistentes. No se trata solamente de hacer desaparecer los cuerpos, sino también los recuerdos de quienes ellos fueron, de las luchas que encarnaron, qué tipo de relaciones sociales resultaban hegemónicas previas al aniquilamiento, cómo eran las condiciones económicas, culturales, políticas e ideológicas anteriores al genocidio. Cuando se niega, por caso, la cantidad de víctimas de un genocidio o se las contextualiza en casos de violencia mutua, no sólo se niega quienes fueron las víctimas, sus trayectorias, deseos, *militancias*, sus modos de ser y sentir social, sino que también se niega el contenido simbólico de la lucha por la memoria del genocidio que encarnan siempre de modo activo los sobrevivientes y los familiares (sociedad civil), pero también las políticas públicas (estatales) de reconocimiento. Acallamos a todos los *sujetos* que pretenden hacerlo *aparecer*, que pretenden visibilizar el “pacto social denegativo” y por eso el negacionismo afecta el derecho a la memoria.

Este derecho a la memoria integra normativamente la categoría de reparación a las víctimas.²⁷ Reparación que incluye, además de la tradicional compensación económica, aspectos simbólicos que pretenden una satisfacción plena y equitativa,

²⁶ Alcácer Guirao, Rafael, “Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa”, *Revista española de derecho constitucional*, Año 35, Número 103, 2015, p. 77.

²⁷ Respecto de la evolución normativa del reconocimiento a las víctimas en el derecho internacional de los derechos humanos: Resolución 40/34 del 29/11/85 -Declaración sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y abuso de poder; Resolución 35/2005-Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones del 19/4/2003. Y ratificación de estos principios por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 25 de julio de 2005; Resolución 30/2005. En este punto cabe resaltar que los antecedentes de la Resolución 35/2005 de la ONU son: a) Estudio relativo al derecho de restitución indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo VAN BOVEN Relator Especial del 2 de julio de 1993. b) El derecho de restitución indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y libertades fundamentales: Informe final del Relator Especial Sr. M Cherif BASSIOUNI del 18 de enero de 2000. En idéntico sentido: Consejo de Europa: Convención europea sobre la compensación a las víctimas de crímenes violentos que ha entrado en vigor el 1/2/88 y en la Unión Europea: Decisión marco sobre la situación de las víctimas en los procesos penales 15/3/2001; Estatuto Roma: artículos 57.3c) y 68.

donde cobran sentido las políticas de memoria, ya que memoria y recuerdo se convierten en un ingrediente esencial de aquella.²⁸

Quiero subrayar aquí la interdependencia y la complementariedad que tiene el derecho a la reparación con los derechos a la verdad y a la justicia. Algo que resulta medular para comprender por qué entiendo al derecho a la memoria como modalidad prototípica de la reparación simbólica.

El derecho a la verdad, tal como enseña Gómez Isa, presenta dos dimensiones: el *conocimiento* de la verdad que tiene que ir acompañado del *reconocimiento a las víctimas*. La verdad no solo en el círculo más íntimo de las víctimas, sino con el reconocimiento oficial y público, elevando así su validez a la sociedad en su conjunto.²⁹ Este derecho a la verdad conlleva un “deber de memoria por parte del Estado” ya que “el conocimiento para un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado” (informe Joinet).

La proclamación de este *deber* de memoria estatal nos hace preguntarnos si quizás no está emergiendo también, como corolario necesario, un *derecho* de las víctimas, de la sociedad, a la memoria. Nos encontramos ante un derecho de naturaleza individual y colectiva ya que no solo las víctimas tienen el derecho a la verdad, el recuerdo y la memoria, sino que también la sociedad está interesada y necesita poder ejercer este derecho. Esta estrecha relación entre la verdad y la reparación ha sido consagrada en los “Principios y Directrices sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones” de la ONU de 2005. Estos principios recogen la “satisfacción” como una de las formas de reparación. Entre las medidas conducentes a la “satisfacción” (una de las modalidades de la reparación entre las cuales se encuentran también la restitución, la indemnización, la rehabilitación y las garantías de no repetición), se mencionan varias formas que están estrechamente vinculadas con el derecho a la verdad, tanto en su dimensión de conocimiento como de *reconocimiento*. En el principio 22 se mencionan, entre otras: la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad (inciso b) y una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella (inciso d).

Las medidas *simbólicas* de reparación, muchas de ellas relacionadas con *políticas de memoria*, son tan importantes tanto para las víctimas individuales como para el conjunto de la sociedad, porque tienden a modificar el imaginario político y social en el que se tienen que insertar las víctimas.

En este contexto, la satisfacción comporta uno de los elementos más importantes en todo proceso de reparación ya que aborda las cuestiones simbólicas que tienen que

²⁸ Gómez Isa, Felipe, “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos”, en *El derecho a la memoria*, Bilbao, Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, Ed. Alberdania S.L., 2004, p. 24.

²⁹ Gómez Isa, Felipe, *supra* nota 23, p. 38.

ver con el imaginario colectivo y la memoria, es decir un catálogo de medidas que se pueden utilizar para elaborar una adecuada política de memoria como parte integrante del programa de reparaciones.

Si, como vimos, el Estado es exhortado por el derecho internacional de los derechos humanos a *reparar* a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos, en lo que nos interesa, en la modalidad de la satisfacción que incorpora el *derecho a la memoria* -a la vez que aquél se ve representado por la dimensión de *reconocimiento* a las víctimas del derecho a la verdad-complementario de la reparación, ¿no resulta entonces contradictorio que permita la proliferación de discursos negacionistas? ¿Es posible dar cumplimiento a la obligación de reparación de las víctimas y simultáneamente permitir la proliferación de estos discursos? Si, efectivamente, existe por parte de las víctimas un *derecho a la memoria*, ¿no se presenta entonces el negacionismo como su contracara? y, consecuentemente, ¿no debiera ser prohibido?³⁰ El negacionismo como práctica que afecta el derecho a la memoria requiere de una respuesta estatal afirmativa para garantizar el reconocimiento y la reparación de las víctimas. De este modo, la inacción estatal debe ser rechazada.

Ahora bien, ¿qué es reconocer a las víctimas? Reconocer es *conocer como lo hacen ellas*: asumir su perspectiva. Es *actuar garantizándoles sus derechos* (a la verdad, a la justicia y a la reparación). Entonces este reconocimiento que apunta a asumir su perspectiva nos permite cuestionar la lógica que las convirtió en víctimas y comprender el sentido político narrativo de las estrategias negacionistas: es aceptarlas como sujetos y poner patas para arriba el lugar históricamente asignado desde el derecho penal a la vez de cuestionar(nos) si mientras haya expresiones negacionistas permitidas por el Estado hay efectiva reparación, y también es posibilitar su testimonio al garantizar su efectivo acceso a la palabra y que no se vea compelida o destinada al silencio autoimpuesto frente a estos discursos. En definitiva, es poner en evidencia que las víctimas han llegado para quedarse y eso es lo que *incomoda, disloca*.³¹

³⁰ En sentido contrario, Cepeda Castro, Iván y Girón Ortiz, Claudia entienden que el derecho a saber y el deber memoria no le atribuye al poder la facultad de crear una política de memoria, a través de la cual corregir cualquier tergiversación de la historia, sino más bien de velar porque se den las condiciones indispensables para el proceso público de esclarecimiento y para la difusión de los resultados de ese proceso. Este primer nexo de la obligación del Estado de garantizar la libre controversia en el espacio público está estipulado en términos negativos e incumbe a la no interferencia de las diversas interpretaciones que puedan hacerse en particular de las responsabilidades de los crímenes del pasado y las circunstancias en que estos fueron perpetrados. (Cepeda Castro, Iván y Girón Ortiz, Claudia, "Justicia y crímenes contra la humanidad" en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian, Volumen V*, Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1999-2005, p. 96). Sin embargo, aclaran que garantizar las condiciones para el debate público entraña también la obligación positiva de garantizar el acceso de todos los sujetos sociales al espacio público que como se dijo es la esfera en la que se confrontan e integran las memorias colectivas (p. 97).

³¹ Para una mirada crítica respecto de la reintroducción de teorías retributivas en los procesos de justicia transicional, a la vez de poner en cuestión la satisfacción de la víctima como fin de la

IV. Conclusión

Pensar el daño negacionista es una interpelación a salir de “la caja” de la estrecha legalidad penal para sumergirnos en miradas, perspectivas, enfoques más comprensivos de un fenómeno tristemente actual, pero fundamentalmente es una apuesta a pensar desde nuestros márgenes, en memoria de los muertos, *nuestros* muertos, pensar la sociedad que éramos antes del aniquilamiento y la que somos hoy, cómo los usos del pasado nos permiten pensar nuestro presente democrático.

El camino escogido en este trabajo se nutre de los aportes de las criminologías del Siglo XXI para pensar los crímenes de Estado y su negación -muy especialmente de los Estudios de Genocidio de tercera generación-, para desde allí abordar la legitimidad interna y externa de la lesividad, o mejor dicho para comprender el daño que el negacionismo provoca en las sociedades posgenocidas. Con este objetivo analizamos la afectación a la *dignidad* en una doble perspectiva: individual (como ofensa a las víctimas) y colectiva (como necesidad de reconocimiento social del respeto a su dignidad). En esta segunda modalidad (dimensión social de la dignidad) es que se insertó el *derecho a la memoria* como elemento relevante en la arena política, ya que acaba constituyéndose como un espacio de resistencia a la represión (en sentido político y psíquico) del pasado. Pero, fundamentalmente, un derecho a la memoria que se piensa como relación: en su faz individual (derecho a la memoria de la víctima) y colectiva (derecho-deber de la sociedad a la memoria).

51

El problema negacionista no es entonces un debate entre memoria y olvido (los discursos negacionistas son en la actualidad mucho más refinados, sutiles, subterráneos); sino sobre *qué tipo de memoria* vamos a priorizar para evitar las consecuencias reorganizadoras del genocidio y cómo entonces *encaja, se inserta* al derecho como política pública de confrontación a estos discursos, mediante su función de construcción y validación de narrativas, como vehículo³² de la/s memoria/s colectiva/s.

La ley cumple en estos casos una importante función simbólica y performativa, presentando entonces a la ciudadanía una opción política. Por eso, la pregunta central, es si el derecho debe permanecer o no indiferente a este tipo de impacto en nuestras sociedades posgenocidas y qué significa para los sobrevivientes tratar de vivir en una sociedad que protege este tipo de expresiones. No se trata ya de castigar

pena, ver, entre otros: Gil Gil, Alicia, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Número 4/16, Barcelona, Octubre de 2016.

³² Utilizo el término vehículo de la memoria en el sentido dado por Jelin, quien sostiene que la memoria se produce en tanto hay sujetos que comparten una cultura, en tanto hay agentes sociales que intentan materializar estos sentidos de pasado en diversos productos culturales que son concebidos o se convierten en vehículos de la memoria, que se manifiesta asimismo en actuaciones y expresiones que, antes que re-presentar el pasado, lo incorporan performativamente (Jelin, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2002, p. 37).

las desviaciones respecto de una verdad histórica incontestable o de sancionar el derecho a la mentira. Lo que está en juego es el ataque a la dignidad humana de los que sobrevivieron y aquella es lesionada cuando se niegan, justifican, aprueban o minimizan los horrendos crímenes de los que fueron objeto.

Si Lemkin tenía razón y el objetivo del genocidio no son los muertos, sino nosotros los vivos, no es algo que les sucedió a *otros* en un pasado (que se pretenda clausurar y avanzar hacia un futuro en que no haya rastro del arrasamiento), sino que *nos sigue sucediendo*, se pone de manifiesto en nuestro modo de relacionarnos, de explicar y explicarnos la realidad en la que nos encontramos inmersos. Por eso el modo de contar eso que nos pasó, de representarlo simbólicamente no es para nada inocente. Muy por el contrario, deviene un momento esencial en la disputa por la eficacia genocida.

Tenemos muchos y serios problemas. No solo el recrudescimiento de discursos negacionistas en Argentina y cómo aquellos impactan en el escenario judicial, sino también de los genocidios invisibilizados y negados a nivel global. A lo que se suma el retorno de neofascismos a nivel regional y universal.

Se nos hace urgente pensar estas problemáticas, como sociedad posgenocida que somos, porque en definitiva hacer justicia, es rendir cuentas de lo que quedó abierto y malogrado, de lo aniquilado, pero también y recuperando a Benjamin, de lo negado.

V. Referencias bibliográficas

Adorno, Theodor, *Minima Moralia. Reflexiones desde la vida dañada*, Madrid, Ed. Akal S.A., 2004.

Alcácer Guirao, Rafael, “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 33, n° 97, enero-abril de 2013, pp. 309/341.

_____, “Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 35, Número 103, 2015, pp. 45/86.

Arendt, Hannah, *Verdad y mentira en la política*, Barcelona, Ed. Página Indómita, 2017.

Benjamin, Walter, “Sobre el concepto de historia”, en *Estética y Política*, Buenos Aires, Ed. Las Cuarenta, 2009.

Borja Giménez, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista en Europa: La res- puesta del Derecho Penal*, Granada, Ed. Comares, 1994.

Cepeda Castro, Iván y Girón Ortiz, Claudia, “Justicia y crímenes contra la humanidad” en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian, Volumen V*, Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco/EuskalHerriko Unibertsitatea, 1999-2005, pp. 79/106.

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

Elósegui Itxaso, María, “La negación o justificación del genocidio como delito penal en el Derecho europeo”, *Pensar el tiempo presente*, homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart, coord. Lucas Martín, Francisco, Vidal Gil, Ernesto, Fernández Ruiz-Glave, Encarnación y Bellver Capella, Vicente, vol. 1, 2018, pp. 599/640 y en *Revista de Derecho Político*, nº 98, enero-abril 2017, pp. 251/334.

Fronza, Emanuela, “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”, UNED, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 Época, Número 5, 2011, pp. 97/144.

_____, *El delito de negacionismo en Europa. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2018.

53

Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina. Hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008.

_____, *Memoria y representaciones*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura, 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

_____, “Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea”, en Rivera Beiras, Iñaki, *Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico Penal*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2014, pp. 81/96.

Gómez Isa, Felipe, *El derecho a la memoria*, Bilbao, Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, Ed. Alberdania S.L., 2006.

Jelin, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2002.

- Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Los delitos de odio*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.
- Lemkin, Raphael, *El dominio del Eje en la Europa ocupada*, Buenos Aires, Ed. Prometeo, Untref, 2008.
- Madrid, Antonio, *La política y la justicia del sufrimiento*, Madrid, Ed. Trotta, 2010.
- Revenge Sánchez, Miguel, *La Europa de los derechos, entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008.
- Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2005.
- Sauca Cano, José María, “El derecho ciudadano a la memoria histórica”, en Pallin, Jose Antonio y Escudero Alday, Rafael, *Derecho y Memoria Histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 74/104.
- Teruel Lozano, Germán, “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2018, 114, pp. 13/45.
- Theriahult, Henry, “Denial of on going Atrocities as a Rationale for Not Attempting to Preventor Intervene”, en *Impediments to the Prevention and Intervention of Genocide, Genocide: a critical Bibliographic Review, Volume 9*, Samuel Totten Editor, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2014, pp. 47/75.
- Thus, Valeria, *Negacionismo y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2020.
- Turienzo Fernandez, Alejandro, “El delito de negación del holocausto”, *InDret 1/2015*, Barcelona, pp. 1/41).
- Valero Heredia, Ana, “Los discursos de odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 37, n° 110, 2017, pp. 305/333.
- Waldron, Jeremy, *The harm in hate speech*, Massachussets, Harvard University Press, 2014.
- Woolford, Andrew, “La nueva generación: criminología estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos”, en *Revista Critica Penal y Poder*, 2013, n° 5, número especial: Setiembre, pp. 138/162.