

EL ANTINEGACIONISMO EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA ALEMANA Y COMPARADA*

Jörg Luther*

Traducido del italiano por Francisco Javier Durán Ruiz

SUMARIO

1. *El mandato europeo de represión penal del negacionismo*
2. *La presencia del pasado en la legislación penal alemana hasta el «Historikerstreit»*
3. *El aparente «Sonderweg» antinegacionista de la Alemania reunificada*
4. *Una comparación diacrónica obligada: el delito de «Greuelhetze» como negacionismo nazi*
5. *La extensión en Europa de los modelos de antinegacionismo penal*
6. *Los juicios sobre constitucionalidad: la Sentencia «Zundel» del Tribunal Supremo canadiense de 1992*
7. *sigue: la jurisprudencia constitucional alemana a partir de 1994*
8. *sigue: la Sentencia de la Corte de Arbitraje belga de 1996*
9. *sigue: la jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*
10. *sigue: el veredicto español de 2007*
11. *Los precedentes de la jurisprudencia constitucional italiana*
12. *Conclusiones: la verdad de la duda en la constitución democrática*

* Ponencia presentada al Congreso «Historia, verdad, derecho», organizado por la Sociedad Italiana para el Estudio de la Historia en la Universidad de la Sapienza de Roma, el 4 de abril de 2008.

* Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad del Piamonte Oriental.

1. EL MANDATO EUROPEO DE REPRESIÓN PENAL DEL NEGACIONISMO

«Negacionismo» es un neologismo, de origen quizás francés y de difusión internacional sin duda, usado para describir un fenómeno cultural, político y jurídico que no es nuevo. Se manifiesta en comportamientos y discursos que tienen en común la negación, al menos parcial, de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos de máxima injusticia y por tanto objeto de procesos de elaboración científica¹ y/o judicial de las responsabilidades que se derivan de ellos. Mientras los debates políticos y culturales abiertos a la opinión pública tienden a separar el negacionismo del revisionismo, historiadores y juristas intentan circunscribir el problema que designa este término por una parte al campo de hechos de la historia contemporánea, y del otro a hechos calificables como delitos internacionales de genocidio o crímenes contra la humanidad.

Partiendo de la experiencia concreta del holocausto y de la «Convención internacional para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948», el antinegacionismo es, en consecuencia, la unión de las ideas y de las prácticas que niegan toda justificación moral del negacionismo y combaten cuanto menos la negación de un genocidio. El antinegacionismo jurídico pretende construir la represión penal y una acción política y administrativa eficaz de prevención.

Desde el punto de vista del Derecho constitucional, negacionismo y antinegacionismo plantean no pocos problemas. Es necesario valorar su impacto sobre las garantías constitucionales de la dignidad humana, de la libertad de conciencia y de expresión, pero también sobre otras libertades culturales, en particular sobre la autonomía cultural de la investigación científica y sobre los derechos culturales de las personas y de las generaciones pasadas y futuras. Pero quedan afectados también los principios fundamentales del constitucionalismo moderno, desde el Estado de derecho hasta la democracia, especialmente para quién busca instrumentos jurídicos idóneos para preservar el pluralismo democrático y la paz social².

¹ En particular la rama de los *genocide studies* sobre los que puede verse M. DABAG, *Wahrnehmung und Prävention von Genozid aus der Sicht der strukturvergleichenden Genozidforschung*, en: V. RADKAU/ E. FUCHS/ T. LUTZ (ed.) *Genozide und staatliche Gewaltverbrechen im 20. Jahrhundert*, Wien, 2004, pp. 22 y ss.

² El art. 4 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965, en la parte que obliga a los Estados signatarios a calificar como «offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority

El 19 de abril de 2007, a pocos meses de la última ampliación de la UE con la entrada de Rumanía y Bulgaria y de la condena de las Naciones Unidas el 27 de enero a toda forma de “holocausto denial”³, los ministros de justicia de la UE han alcanzado después de muchos años de propuestas y resistencias sobre todo italianas un acuerdo para una Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia⁴. En todo Estado miembro de la UE en el plazo de dos años deberían ser punibles las siguientes conductas:

– Publicly inciting to violence or hatred, even by dissemination or distribution of tracts, pictures or other material, directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin.

– Publicly condoning, denying or grossly trivialising crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes as defined in the Statute of the International Criminal Court (Art. 6, 7 and 8) directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin, and crimes defined by the Tribunal of Nuremberg (Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal, London Agreement of 1945) directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin.

Member States may choose to punish only conduct which is either carried out in a manner likely to disturb public order or which is threatening, abusive or insulting”.

or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof», fue objeto de reservas expresas por parte de Austria, Bélgica, Irlanda, Italia y Reino Unido.

³ A/RES/61/255.

⁴ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/misc/93739.pdf. Cfr. sin embargo la COM (2001) 664: «los comportamientos racistas y xenófobos deben constituir un delito en todos los Estados miembros y ser susceptibles de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».

El comentario del Parlamento Europeo (European Parliament recommendation to the Council of 21 June 2007 concerning the progress of the negotiations on the framework decision on action to combat racism and xenophobia (2007/2067(INI)) parece más cauto «e) recognise that some Member States have criminalised the denial or flagrant trivialisation of genocide, crimes against humanity or war crimes», «g) exclude the notion of a public order offence, since it is not based on a precise definition of that concept, and define what constitutes threatening, abusive or insulting conduct which Member States may decide is or is not punishable».

Las penas deben comportar un máximo de uno a tres años de prisión. La referencia a la religión, solicitada por el gobierno británico en referencia a la situación de Irlanda del Norte, está pensada para expresiones que sirven de excusa para acciones contra los grupos étnicos o nacionales. La Decisión marco por otra parte no debería prejuzgar las libertades de expresión, prensa y asociación garantizadas por el Derecho comunitario y por las constituciones nacionales⁵.

Esta elección, por otra parte, vino precedida del Protocolo adicional a la Convención sobre cibercrimen firmada en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, que entró en vigor en 2006, pero que no ha sido firmada aún por Italia, España, Reino Unido, Irlanda, República Checa, Bulgaria y Rusia:

«Article 6 – Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité

(1) Chaque Partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants: la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie.

(2) Une Partie peut: a) soit prévoir que la négation ou la minimisation grossière, prévues au paragraphe 1 du présent article, soient commises avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments;

b) soit se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1 du présent article».

⁵ COM(2001) 664 . Según la versión italiana, los delitos en cuestión deben incluir la «pública apología de los delitos de genocidio o contra la humanidad, tal y como los define el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», así como la «difusión, por cualquier medio, de escritos, representaciones gráficas u otros soportes de contenido racista o xenófobo». En la versión inglesa se habla más ampliamente de «public condoning» y en la alemana de «öffentliche Duldung».

Justamente el origen internacional de los discursos jurídicos relativos al genocidio y este mandato europeo para una reforma del derecho penal italiano imponen una reconstrucción del problema en clave comparada que, por razones históricas evidentes, no puede dejar de repartir del caso alemán⁶.

2. LA PRESENCIA DEL PASADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ALEMANA HASTA EL «HISTORIKERSTREIT»

En Alemania el problema del negacionismo ha sido discutido por los juristas hasta hoy bajo el título simplificado de «punibilidad de la negación de Auschwitz» (y del Holocausto), con ramificaciones también en el Derecho privado (acción inhibitoria y resarcimiento de daños morales), en el derecho de la seguridad pública (libertad de reunión) y en el Derecho procesal (penal, civil y administrativo).

En el Derecho penal alemán vigente, las conductas reconducibles al negacionismo son varias y comprenden, en particular, la apología de delito (artículo 140 StGB: «Billigung von Straftaten»), el vilipendio de la memoria de los difuntos (artículo 189 StGB: «Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener»), la injuria y la difamación contra personas individuales, colectividades organizadas o categorías de personas no organizadas (artículo 185 StGB: «Beleidigung», artículo 186 StGB «Verleumdung») y por último, el denominado «instigación a la población» (artículo 130: «Volksverhetzung»)⁷

Este último tipo de delito es el fruto de una larga historia de planificación y de reforma que merece ser reconstruida detalladamente porque

⁶ Cfr. tanto A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa: «Eichmann di carta» e repressione penale»; E. FRONZA, «Profili penalistici del negazionismo», *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 1034 y ss. El proyecto de Ley n. 1694 del Gobierno en la 15ª Legislatura, enviado a la Presidencia del Senado el 5 de julio de 2007, proyectaba una reforma del artículo 3 de la Ley n. 654, de 13 de octubre de 1974, y otras modificaciones, que habrían permitido quizás calificar fenómenos de negacionismo como conducta de propaganda de ideas basadas en el odio racial «1. Salvo que el hecho constituya un delito más grave, será penado también a los efectos del art. 4 de la Convención: a) con prisión de hasta tres años cualquiera que, de cualquier forma, difunda ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, o bien incite a cometer o cometa actos de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales, religiosos o basados en la orientación sexual o en la identidad de género.

⁷ La traducción del actual artículo 130 StGB realizada por S. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003, prefiere «instigación al odio», título que pierde sin embargo la significativa referencia al pueblo (Volk) y a la caza (hetzen puede tener por objeto también animales).

demuestra que el uso público de la historia en la República de Bonn, con fases alternas de eliminación y de recuperación, ha estado siempre orientado por una cierta preocupación por el estado de ánimo del pueblo⁸. Una primera versión del delito fue creada en Baviera por la Ley regional n. 14 de 13 de marzo de 1946 «contra la obsesión racial y el odio étnico» («Rassenwahn und Völkerhass»), ley evidentemente unida a la «Ley sobre la liberación del nacionalsocialismo y del militarismo» de 5 de marzo de 1946 con la que el gobierno militar pretendía «asegurar bases permanentes para una vida democrática de los Estados alemanes, en paz con el mundo». En base a la ley bávara se castigaba a quienquiera que «con manifestaciones o actos de obsesión racial inquiete a la población de tal forma que ponga en peligro el orden público y la seguridad pública». Dicho delito podía ser perseguido, por otra parte, sólo con autorización del ministro presidente del Land.

En la primera legislatura del «Bundestag» se presentó por los socialdemócratas la propuesta de una «Ley contra los enemigos de la democracia» (15 de febrero de 1950) y un proyecto análogo de ley del Gobierno federal (4 de septiembre de 1950). La propuesta, si bien inspirada en el principio de la «democracia que se defiende» establecido por la Ley Fundamental de 1949, fue además criticada como signo de un exceso de Estado policial y de jacobinismo e incluso el proyecto de ley del gobierno federal no tuvo un tratamiento preferente en la agenda parlamentaria. Por otra parte, la «desideologización» y la «desnazificación» habían terminado, y la nueva República pretendía ocuparse más de su futuro que de la historia⁹.

Sólo tras la profanación de la sinagoga y del monumento a las víctimas del nacionalsocialismo en Colonia durante la vigilia del día de navidad de 1959, las propuestas volvieron al parlamento. Encontraron inicialmente ciertas dudas por parte del diputado socialdemócrata Adolf Arndt y del más alto representante de la comunidad hebrea, que temían que se crease a través de la ley penal una reserva natural para los judíos en Alemania («strafrechtlicher Naturschutzpark»)¹⁰.

En 1960, el «Bundestag» aprobó por unanimidad la siguiente disposición, el nuevo artículo 130 del Código penal (StGB) bajo el nuevo título de «instigación a la población»

⁸ Cfr. T. WANDRES, *Die Strafbarkeit des Ausschwitz-Leugnens*, Berlin 2000, 106 y ss.

⁹ Cfr. J. LUTHER, «Pagine di storia costituzionale tedesca del secondo dopoguerra», en: Asociación Cultural Italo Alemana La Spezia (ed.), *Germania ed Europa dal 1945 ad oggi*, La Spezia 1998, 23 y ss.

¹⁰ Cfr. S. COBLER, *Das Gesetz gegen die Auschwitz-Lüge*, Kritische Justiz 1985, p. 163.

“«Quien agrediere, en forma idónea para turbar la paz social, la dignidad humana de otros,

- 1) Instigando al odio contra parte de la población,
- 2) Exhortando a cometer actos de violencia o arbitrarios contra ellos,
- 3) Insultando, denigrando con malicia o calumniándoles,
- 4) Será castigado con pena de prisión no inferior a tres meses. Además podrá imponérsele una pena pecuniaria»”¹¹.

Fue crucial en esta primera configuración del delito de «instigación a la población» la agresión a la «dignidad humana» como elemento característico común a los distintos supuestos, elemento que se había utilizado ya para la configuración del delito de difusión de imágenes horrorizantes y de instigación al odio racial al que se refería el artículo 131 StGB, creado en 1957. El delito suponía además de la mera difamación un ataque a la dignidad entendida como núcleo fuerte de la persona, es decir, una adhesión a la ideología nazi con su negación radical del valor de la vida de los judíos o una invitación a volver a las prácticas del tercer Reich.

En la jurisprudencia, los grupos de población fueron individualizados según la ocasión en los judíos o los católicos, pero también en grupos políticos, soldados o jueces, «Gastarbeiter», «Asylanten», «Sinti» y «Romanés», personas de color, etc. Se consideró como instigación al odio escritos como «Judá tiembla» («Juda verrecke»), «Alemanes defendeos», sobre la «mentira de Auschwitz», la invitación a tratar a los extranjeros como a los judíos o de «abatir» la clase política, mientras que no fue así con los carteles que declaraban a los extranjeros no bienvenidos o que podían ser interpretados como petición de una normativa reguladora de las expulsiones más estricta («Ausländer raus») o que ponían de manifiesto los datos estadísticos de mayor criminalidad, y tampoco se consideró delito la ostentación de la bandera de guerra del tercer Reich. Sobre todo, a juicio del «Bundesgerichtshof», el equivalente alemán del Tribunal de Casación, no era suficiente la simple negación de la existencia de las cámaras de gas¹².

¹¹ Ley de 4 de agosto de 1960, Bundesgesetzblatt 1960, I, 478. «*Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er 1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung anstachelt, 2. zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder 3. sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden.*»

¹² BGHSt 31, 231 = Neue Strafrechts-Zeitschrift 1981, 258. Más tarde, como veremos posteriormente, el mismo juez consideró que discursos radicales de revisionismo podían violar también el honor de todo judío y por tanto constituir difamación, pero no podía violar también de por sí la dignidad: BGHSt 40, 97 (100) (15. 3. 1994), caso Deckert.

Anteriormente, las secciones civiles del mismo habían decidido que «las personas de origen judío tienen en virtud del derecho a la propia personalidad («Persönlichkeitsrecht») la pretensión legítima de que se les reconozca la persecución sufrida por los judíos bajo el nacionalsocialismo. Quien niega el genocidio de los judíos en el Tercer Reich, difama a cada uno de ellos». Esto se justificó con el argumento de que la negación de un hecho histórico notorio no está tutelada por las garantías constitucionales de la libertad de opinión y que también una narración de la historia divergente de la dominante puede, excepcionalmente, constituir una difamación, en este caso concreto porque niega un «destino inhumano» («unmenschliches Schicksal»). El reconocimiento de la «culpa alemana» por este destino sería por tanto «una condición fundamental para la vida de los judíos en la República federal». La propia Sentencia fue criticada porque reconoció al actor, nieto de una víctima nacido en 1950, el derecho al resarcimiento del daño moral, aplicando de modo muy desafortunado las ya derogadas leyes de Nuremberg para justificar la titularidad del derecho¹³.

La represión del negacionismo a través de la aplicación de las sanciones penales por el delito de difamación, facilitada por el rechazo de cualquier recibimiento a prueba sobre un hecho considerado «notorio», incluso se estimó insatisfactoria, porque era perseguible sólo a instancia de parte. En 1982, el último acto del canciller H. Schmidt fue por lo tanto la aprobación de un proyecto de ley para un nuevo delito de «apología, negación y banalización del genocidio» (artículo 140 STGB), circunscrito por otra parte a los hechos del periodo nacionalsocialista. El gobierno posterior del canciller H. Kohl prefirió sin embargo en 1984 una nueva disposición *ad hoc* destinada a castigar la apología de la negación (no así de la banalización) de los genocidios nacionalsocialistas «y de otros hechos parangonables», pensando incluso en la expulsión de los alemanes del territorio bajo el gobierno socialista («Vertreibung»)¹⁴. Las controversias suscitadas por estas propuestas suscitaron 1985 sólo una pequeña reforma, la persecución de oficio de los delitos de difamación en relación con personas fallecidas:

«En caso de hechos cometidos mediante divulgación o al hacer accesible al público un escrito (...), en una asamblea o mediante una transmisión radiotelevisada, no se requiere presentar una instancia si el difunto

¹³ BGHZ 75, 160.

¹⁴ Para un análisis político de la cuestión cfr. p. ej., E. STEIN, *History against Free Speech. The New German Law Against the «Auschwitz» – and Other «Lies»*, Michigan Law Review 85 (1986/87), p. 277 y ss.

perdió la vida como víctima del régimen nazi o de otro régimen de violencia y arbitrio y si la difamación está vinculada a éste»¹⁵.

Sería ciertamente exagerado hablar de una «lex» Nolte, pero no hay duda de que el criterio de la «parangonabilidad» adoptado por la ley se consideró una especie de premio ideológico para los historiadores más cercanos a Helmut Kohl. Esta posición del gobierno provocó la rebelión de quienes se enfrentaban con las «tendencias apologeticas en la historiografía alemana», dando inicio al «Historikerstreit».¹⁶

3. EL APARENTE «SONDERWEG»¹⁷ ANTINEGACIONISTA DE LA ALEMANIA REUNIFICADA.

La reunificación de 1989 llevó a otra revisión del marco legislativo, porque pretendía una «superación del pasado» («Vergangenheitsbewältigung»), tanto nazi como comunista en virtud de lo que el preámbulo del tratado de reunificación definió como «la responsabilidad particular que se deriva de nuestro pasado»¹⁸. La extrema derecha, encontrando un terreno fértil en Alemania oriental, desató una cadena de delitos de una increíble violencia, sobre todo contra los extranjeros. En el curso de un «congreso» sobre el revisionismo que tuvo lugar en Weinheim en noviembre de 1991, el Partido Nacional Democrático (NPD), presidido por Günter Deckert, se decidió a hacer propaganda del negacionismo, invitando al autor del denominado «Leucher report», un asesoramiento técnico comisionado por el negacionista Ernst Zündel y no admitido por el Tribunal de Toronto cuya sentencia de 1988 había sido impugnada ante el Tribunal Supremo canadiense (que en 1992 declaró inconstitucional la ley canadiense y anuló dicha sentencia).

¹⁵ Artículo 194.2 párrafo 3 StGB: «Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (artículo 11.3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verstorbene sein Leben als Opfer der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt.»

¹⁶ J. HABERMAS, «Eine Art Schadensabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung», *Die Zeit* 11. 7. 1986; cfr. E. NOLTE, *Das Vergehen der Vergangenheit*, Frankfurt 1987; AAVV, *Historikerstreit*, München 1987; G.E. RUSCONI (dir.), *Il passato che non passa*, Turín, 1988.

¹⁷ Nota del traductor: los historiadores alemanes suele hablar de «Sonderweg», que podría traducirse como el «camino atípico» de Alemania hacia la identidad nacional.

¹⁸ Cfr. sobre la «superación del pasado» en la Alemania postnazi y postcomunista G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milán, 2001.

El 13 de noviembre de 1992, el «Landgericht» de Mannheim condenó a Deckert justamente por este evento a una pena de prisión de un año, calificando su conducta como «Volksverhetzung». Un mes después, el 10 de diciembre de 1992, el Land de Baja Sajonia presentó en el Consejo federal un proyecto de ley que pretendía extender el mismo artículo 130 StGB a cualquier hecho lesivo de la dignidad humana y de castigar también el uso de símbolos «subordinados» a los nazis ya prohibidos. La iniciativa, aprobada por el Consejo federal en su sesión de 29 de abril de 1993, fue criticada y por tanto seguida por un proyecto de ley del gobierno presentado el 18 de febrero de 1994 que, en sentido opuesto, pretendía extender el artículo 130 StGB, eliminando totalmente cualquier referencia a la dignidad humana. Quizás también a la luz de la iniciativa precedente, el «Bundesgerichtshof» con su posterior Sentencia de 15 de marzo de 1994 decidió anular la Sentencia del Tribunal de Mannheim, juzgando el hecho como expresión de simple revisionismo historiográfico usado como instrumento de difamación y sin embargo no como una agresión a la dignidad humana y «Volksverhetzung»¹⁹.

El posterior incendio de la sinagoga de Lübeck estimuló fuertes críticas a esta sentencia del «Bundesgerichtshof». El «Landgericht» de Mannheim, en una Sentencia del 22 de junio de 1994 confirmó su propia sentencia de condena, definiendo además en la motivación de la sentencia al propio imputado una «personalidad de fuerte carácter y sentido de la responsabilidad». El canciller Kohl habló de una «sentencia vergonzosa» («Schandurteil») y en la opinión pública se pidieron incluso acciones penales contra el juez ponente (art. 98.5 de la Constitución)²⁰. Antes de que el «Bundesgerichtshof» pudiese anular de nuevo la sentencia y de que el abogado de Deckert pudiese ser condenado por haber presentado una instancia probatoria de la inexistencia de hechos notorios del holocausto, el «Bundestag» y el «Bundesrat» aprobaron el 21 de septiembre de 1994 una reforma del delito de «Volksverhetzung» que:

- a) eliminaba en parte el requisito de lesión de la dignidad humana para los delitos de instigación al odio y los hechos de violencia y arbitrio.
- b) incorporaba el supuesto de la instigación al odio racial (ex artículo 131 StGB) como segundo apartado y

¹⁹ BGHZ 40, 97ss; BGH 1 StR 179/93 - Urteil vom 15. März 1994 (LG Mannheim) cfr. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/93/1-179-93.php>.

²⁰ T. WANDRES, op. cit., pp. 113 y ss.

c) añadía un nuevo tercer apartado al artículo 130 StGB:

«Será castigado con penas de prisión de hasta cinco años o con penas de multa quien valore, niegue o banalice en un modo idóneo para turbar la paz social, en público o en una reunión, hechos de los contenidos en el artículo 220a, apartado 1 del StGB (genocidio) cometidos bajo el régimen nacionalsocialista»²¹.

La interpretación de esta nueva disposición aún es controvertida. En la doctrina se discuten sobre todo las posibilidades de interpretación reductiva del criterio de la «banalización» entendida como negación sólo parcial, en particular la no punibilidad de afirmaciones de revisionismo en formas como la negación o las correcciones a cuestiones de detalle, la crítica de los recuentos realizados inicialmente, la crítica de la valoración de las pruebas en los procesos, la presentación de «contrapruebas» falsificadas, la negación del desvalor de hechos con argumentos como por ejemplo la «defensa legítima», etc²².

El «Bundesgerichtshof», al condenar por instigación a la población a un alemán emigrado con ciudadanía australiana por hechos cometidos a través de internet (en el Instituto Adelaida), calificó el delito como «de peligro abstracto» («abstraktes Gefährungsdelikt»). Esto quiere decir que no es necesario para que exista delito probar un peligro real, sino sólo la idoneidad concreta de los hechos para turbar la paz, que pueda ser comprobada por el juez en base a una generalización y admite en fase de prueba la prueba de la concreta inidoneidad de tales hechos. El bien protegido resulta por tanto «la confianza en la certeza pública del Derecho» en Alemania, comprometido en el caso concreto por las expresiones externalizadas vía internet dirigidas a un público alemán y mundial. Según esta interpretación, la ley protege el clima político de intentos de emponzoñamiento («Klimaschutz») y anticipa legítimamente la tutela de la dignidad humana contra el desencadenamiento de una dinámica incontrolable que históricamente se han demostrado peligrosa según la máxima «resístete a los comienzos» («wehret den Anfängen») ²³.

²¹ «Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder erharmlost».

²² T. WANDRES, op. cit. pp. 210 y ss. Cfr. anche W. BRUGGER, «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law» , *German Law Journal*, 2003, n. 1 (<http://www.sissco.it/index.php?id=45>)

²³ BGH sent. 12. 12. 2000 (1 StR 184/00), http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteil/bgh_auschwitzluege.pdf

La propia sentencia destaca la legitimación histórica de la Ley y subraya al mismo tiempo la singularidad de la situación alemana. Continúan las críticas doctrinales frente a la reforma, en particular a la dificultad de demostrar el dolo del reo respecto de la negación de la verdad, que según uno de los comentarios más difundidos ya no sería más que el saber que la propia opinión diverge de la mayoría dominante²⁴.

La aceptación política de la reforma sin embargo resulta ya incontrovertible. Actualmente se discuten más bien las propuestas provenientes del CDU de extender el delito de instigación a la población también a la incitación de los extranjeros al odio contra los alemanes²⁵.

4. UNA COMPARACIÓN DIACRÓNICA OBLIGADA: EL DELITO DE «GREUELHETZE» COMO NEGACIONISMO NAZI

En 1960 un nuevo artículo 130 del Código penal alemán tenía la misión de cubrir una laguna debida a la suspensión, por orden de los aliados, del capítulo del mismo Código penal relativo a los denominados «delitos políticos» contra el orden público. Si nos remontamos al Código penal del Imperio de 1871, el mismo número rubricaba el delito de «instigación a la lucha de clases», al que en 1876 le acompañó el delito de «abuso de púlpito» (artículo 130a). Se castigaba a «quien incita en modo de poner en peligro la paz social de varias clases de la población a actos de violencia entre ellos». Tal delito pretendía proteger la paz en la sociedad, integrando idealmente el delito de vilipendio al Estado.

Yendo aún más atrás en la historia, se descubre que la matriz del artículo 130 fue el artículo 100 del Código penal prusiano de 1851 que castigaba a quien pusiera en peligro la paz social, instigando a los ciudadanos al odio o al desprecio entre ellos con penas pecuniarias o de prisión desde un mes hasta dos años.²⁶ A su vez, la legislación prusiana se inspiró en el art. 8 de la ley francesa de 9 de septiembre de 1835 sobre delitos

²⁴ Para una crítica opuesta a la reforma por ser sólo simbólica cfr.. M. FROMMEL, *Das Rechtsgut der Volksverhetzung – oder ein «Ablaßhandel» in drei Akten*, Kritische Justiz 1994, pp. 323 y ss.

²⁵ Una sentencia del Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg del 26 de marzo de 2006 ha permitido también una restricción de la libertad de reunión a través de la prohibición de propagación de la presunta «mentira del genocidio armenio».

²⁶ «§ 100. Wer den öffentlichen Frieden dadurch gefährdet, daß er die Angehörigen des Staates zum Hasse oder zur Verachtung gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldbuße von zwanzig bis zu zweihundert Thalern oder mit Gefängniß von Einem Monate bis zu zwei Jahren bestraft.»

de imprenta, ley que en reacción al atentado Fieschi había pretendido reforzar las garantías penales de la Constitución monárquica:

«Toute attaque contre la propriété, le serment, le respect dû aux lois, toute apologie de faits qualifiés crimes et délits par la loi pénale, toute provocation à la haine entre les diverses classes de la société, sera punie des peines portées par l'article 8 de la loi du 17 mai 1819».

En la jurisprudencia del imperio de Bismarck, los conceptos de «clase de la población» y «peligro para la paz social» fueron interpretados de forma extensiva, calificándose como clases tanto las económicas como las confesiones religiosas y las etnias, y juzgándose suficiente la simple posibilidad, incluso remota, de actos violentos²⁷.

Al final de la República de Weimar, se consolidaron algunos delitos nuevos que relegaron a un segundo plano esta garantía. El art. 132a del Código penal, introducido por el Decreto-ley de 19 de diciembre de 1932, castigó el insulto al Imperio o a uno de sus «Länder», a su Constitución, a sus colores y a los de sus banderas o a las fuerzas armadas («Staatsbeschimpfung», art. 134a StGB). La ley para la tutela de los símbolos nacionales de 19 de mayo de 1933 vetó todo uso de símbolos públicos capaces de «violiar el sentimiento de dignidad de tales símbolos». Finalmente, la ley de 28 de junio de 1935 creó otra figura de calumnia al partido nacionalsocialista y a sus símbolos (art. 134b StGB).

Uno de los primeros instrumentos para la construcción del régimen nazi fue el Decreto presidencial para la defensa de ataques pérfidos contra el gobierno de «exaltación nacional» de 21 de marzo de 1933. Con decreto del mismo día se crearon los tribunales especiales para estos nuevos tipos de delito. El artículo 3 amenazó con prisión de hasta dos años a «quien con dolo exprese o difunda una aserción no verdadera o gravemente distorsionada capaz de dañar el bien del Reich o de un Land o el prestigio del gobierno del Reich o del de un Land o el de los partidos que sustentan tales gobiernos»²⁸.

²⁷ Cfr. F. v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1927, p. 802, que considera clases también a los alemanes, polacos, franceses; judíos, católicos, masones, etc. Sin embargo no a los partidos políticos.

²⁸ § 3 (1) *Wer vorsätzlich eine unwahre oder gröblich entstellte Behauptung tatsächlicher Art aufstellt oder verbreitet, die geeignet ist, das Wohl des Reichs oder eines Landes oder das Ansehen der Reichsregierung oder einer Landesregierung oder der hinter diesen Regierungen stehenden Parteien oder Verbänden schwer zu schädigen, wird, soweit nicht in anderen Vorschriften eine schwere Strafe angedroht ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und, wenn er die Behauptung öffentlich aufstellt oder verbreitet, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.»*

Una semana antes, el 13 de marzo de 1933, se había instituido el nuevo «Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda» (Ministerio del Reich para la iluminación del pueblo y la propaganda).

La ley de reforma del Código Penal de 24 de abril de 1934 creó sucesivamente al capítulo dedicado a los delitos de alta traición un nuevo delito de «instigación mediante falsas atrocidades» (denominado «Greuelhetze», artículo 90f StGB): «Quien en público o como alemán en el extranjero provoca con una afirmación falsa o gravemente distorsionada de hechos un grave peligro para el prestigio del pueblo alemán, será castigado con pena de prisión».

La posterior «Ley contra los ataques viles al Estado y al Partido y para la tutela de los uniformes de partido de 20 de diciembre de 1934» eliminó la referencia a los gobiernos de los «Länder» y a los otros partidos y creó un nuevo artículo «(1) Quien en público emita expresiones de odio, de agitación o reveladoras de intenciones bajas (Gesinnung) relativas a cualquier personalidad dirigente del Estado o del partido NSDAP²⁹ o relativas a sus órdenes o a sus instituciones, capaces de minar la confianza del pueblo en la clase política dirigente, será castigado con la pena de prisión.

(2) A las expresiones públicas se equipara aquellas no públicas maliciosas si el reo tiene en cuenta o debe tener en cuenta que lo expresado puede llegar al público»³⁰.

La criminalización de las palabras era corolario de un régimen de control tendencialmente total y de negación completa de la libertad de manifestación del pensamiento que por otra parte había sido preparada por una jurisprudencia extensiva de delitos políticos a expensas de la doctrina en los tiempos de Weimar³¹. Llama la atención ciertamente el hecho de que el lenguaje jurídico del antinegacionismo tenga estos precedentes, pero debemos poner de relieve también como el delito de «Greuelhetze», leído de forma consecuente con las atrocidades que siguieron, constituyó por sí mismo un antecedente del propio negacionismo.

²⁹ Nota del Traductor: siglas del Partido Nacionalsocialista Alemán de los Trabajadores.

³⁰ «(1) *Wer öffentlich gehässige, hetzerische oder von niedriger Gesinnung zeugende Äußerungen über leitende Persönlichkeiten des Staates oder der NSDAP., über ihre Anordnungen oder die von ihnen geschaffenen Einrichtungen macht, die geeignet sind, das Vertrauen des Volkes zur politischen Führung zu untergraben, wird mit Gefängnis bestraft. (2) Den öffentlichen Äußerungen stehen nichtöffentliche böswillige Äußerungen gleich, wenn der Täter damit rechnet oder damit rechnen muß, daß die Äußerung in die Öffentlichkeit dringen werde.*»

³¹ Sobre la figura y los casos de «alta traición literaria» (*Literarischer Hochverrat*) cfr. H. und E. HANNOVER, *Politische Justiz 1918-1933*, Frankfurt 1966, pp. 244 y ss.

³² Nota del traductor: término utilizado para referirse al holocausto.

No sólo el monopolio del Estado sobre la propaganda, también el derecho de negar la «verdad de Estado» creó las condiciones «culturales» indispensables para la realización de la shoah³². Acusar por lo tanto al antinegacionismo de querer establecer una «verdad de Estado» tiene el riesgo no sólo de equipararlo al nazismo, sino también de ignorar que el propio negacionismo tiene históricamente como modelo una práctica de gobierno basada sobre un dispositivo de propaganda, censura y justicia dirigida.

5. LA EXTENSIÓN EN EUROPA DE LOS MODELOS DE ANTINEGACIONISMO PENAL

La opción alemana había venido precedida de reformas en Israel, Francia y Austria y seguida de otras reformas en muchos otros países europeos, excluidos aquellos de «common law» y «nordic law», pero también en Grecia y en Italia. Partiendo de Israel, se creó una cadena de producción de leyes con múltiples variaciones que podemos reconstruir aquí solamente en sus dimensiones europeas³³. Sin querer negar la multiplicidad y las diferencias entre las disciplinas se puede en cualquier caso hablar de una matriz común de antinegacionismo y por lo tanto quizás también de una extensión del modelo al menos en Europa, si bien no completa y no siempre separada del modelo estadounidense de la «primera enmienda excepcional» hipotecado desde *N.Y. Times v. Sullivan* 376 U.S. 264 (1964), *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S: 444 (1969) y *National Socialist Party of America v. Pueblo de Skokie*, 432 U.S. 43 (1978)³⁴.

(1) En Israel, la Knesset³⁵ había aprobado en 1986 la «Denial of Holocaust (Prohibition) Law» 5746-1986 que castiga el negacionismo del Holocausto en los siguientes términos:

«2. A person who, in writing or by word of mouth, publishes any statement denying or diminishing the proportions of acts committed in the period of

³³ Cfr. la reconstrucción de la E.U. Network of Independent Experts on Fundamental Rights, CFR-CDF, Opinion 5-2005.doc (28.11.2005), pp. 78 y ss. Sobre el debate en los Estados Unidos cfr. G. TISHLER/ I. COTLER/ A. DERSHOWITZ/ A. BERNEY, «Freedom of Speech and Holocaust Denial», *Cardozo Law Review* 1987, pp. 559-594; y más recientemente R. KHAN, *Holocaust denial and the law*, New York, 2004.

³⁴ Cfr. sólo los análisis comparados de F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the U.S.*, en: G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge 2005, pp. 49 y ss; W. BRUGGER, *Verbot oder Schutz von Haßrede?* Archiv des öffentlichen Rechts 128 (2003), pp. 372 y ss.; G. NOLTE, *Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie*, Heidelberg 1992.

³⁵ Nota del traductor: la Knesset («asamblea» en hebreo) es el Parlamento de Israel.

the Nazi regime, which are crimes against the Jewish people or crimes against humanity, with intent to defend the perpetrators of those acts or to express sympathy or identification with them, shall be liable to imprisonment for a term of five years». A este delito se le añade una prohibición de publicar manifestaciones de simpatía con los crímenes nazis³⁶.

(2) En Francia, la Ley Gayssto de 13 de julio de 1990 había reaccionado contra la profanación del cementerio de Carpentras introduciendo una nueva disposición en la ley sobre la imprenta que ya en 1972 había previsto un delito a tal efecto de instigación a la discriminación, al odio o a la violencia contra un grupo étnico, una nación, una raza o una religión (art. 24)³⁷:

«Art. 24 bis. - Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale»³⁸.

En aplicación del art. 24, el Tribunal de Versalles condenó a Jean Marie Le Pen en su Sentencia de 18 de marzo de 1991 confirmada posteriormente por la «Cour de Cassation», a un resarcimiento por daños en vía civil por haber definido las cámaras de gas como «un detalle de la historia de la segunda Guerra Mundial»³⁹.

³⁶ Cfr. la contribución doctrinal preparatoria de S. ROTH, *Making the Denial of the Holocaust a Crime in Law*, Institute for Jewish Affairs, Research Reports, n° 1, 1982, pp. 1-12.

³⁷ Art. 24 Loi du 29 Juillet 1881 modifié sur la liberté de la presse: «*Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.*

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal. (Loi n. 72-546 du 1^{er} juillet 1972)

³⁸ «*Le tribunal pourra en outre ordonner: 1o L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51 du code pénal; 2o La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue*».

³⁹ Arrêt 18. 12. 1995, n. 1653.

En clave comparada, se aprecia inmediatamente que la disciplina francesa es más amplia que la alemana porque no se limita a los genocidios nazis, pero es también más restrictiva en cuanto que no contempla la alternativa de la minimización y presupone en cualquier caso una sentencia nacional e internacional. Bajo este perfil, la aprobada pero decaída propuesta de ley que castiga la negación del genocidio armenio, abandonó la aproximación restrictiva de la Ley de 1990, aplicándose a un genocidio constatado sólo mediante una ley de 2001, que, en rigor, quizás ha dado la forma de una ley en sentido formal a lo que no es más una deliberación que se asemeja más a un acto de tipo político vinculado al gobierno⁴⁰.

(3) Austria sin embargo precedió la opción de Alemania, insertando a través de la Ley de 26 de febrero de 1992 en la vieja Ley sobre la prohibición del partido nacionalsocialista de 1948 dos artículos nuevos, el primero conteniendo un caso general y subsidiario que castigaba a «quien realice actividades en sentido nacionalsocialista (...) será castigado con pena de prisión de entre uno y diez años, y en caso de especial peligrosidad del reo o de la actividad de hasta 20 años» (artículo 3g); el segundo una disposición específica contra la negación del genocidio nacionalsocialista:

“artículo 3h. «En aplicación del artículo 3g será también castigado quien con una obra de imprenta, en radiotelevisión o por medio de otro medio de comunicación de masas (medium) o de otro modo que sea de acceso público a una multitud de personas niega, banaliza gravemente, precia o intenta justificar el genocidio nacionalsocialista u otros delitos contra la humanidad»⁴¹.

La ley austríaca, dotada de las sanciones más rigurosas de Europa, le fue aplicada a David Irving, condenado el 20 de febrero de 2006 a una pena de prisión de tres años.

(4) A la ley alemana le siguió con pocos meses de distancia la aprobación mediante referéndum (54,7%) el 25 de septiembre de 1994 de la

⁴⁰ “La loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 est complétée par un article ainsi rédigé: Art. 2. - Sont punis des peines prévues par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23 de ladite loi, l'existence du génocide arménien de 1915. Les modalités de poursuite et de répression de l'infraction définie par l'alinéa précédent sont soumises aux dispositions du chapitre V de la loi du 29 juillet 1881 précitée. L'article 65-3 de la même loi est applicable”.

⁴¹ Cfr. B. BAILER-GALANDA, “Die österreichische Rechtslage und der „Revisionismus””, en: B. BAILER-GALANDA/ W. BENZ/ W. NEUGEBAUER (a cura di), *Wahrheit und Auschwitzlüge*, Wien 1995, pp. 218 y ss.

reforma suiza discutida en 1993 que introducía un nuevo delito de «discriminación racial» en el art. 261 bis del Código penal suizo:⁴²

«Quien incite públicamente al odio o a la discriminación contra una persona o un grupo de personas por su raza, etnia o religión; quien propague públicamente una ideología dirigida a desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión; quien, con la misma pretensión, organice o promueva acciones de propaganda o participe en ellas; quien, públicamente, mediante palabras, escritos, imágenes, gestos, vías de hecho o en cualquier forma capaz de lesionar la dignidad humana, desacredite o discrimine a una persona o a un grupo de personas por su raza, etnia o religión o, por las mismas razones desconocidas, minimice gravemente o trate de justificar el genocidio u otros crímenes contra la humanidad; quien niegue a una persona o a un grupo de personas, por su raza, etnia o religión, un servicio que ofrezca o destinado al público, será castigado con penas de prisión de hasta tres años o con una pena pecuniaria».

La regulación suiza es más restrictiva que la alemana en cuanto que exige desde el punto de vista subjetivo el intento de desacreditar o calumniar sistemáticamente a los miembros de una raza, etnia o religión. Desde el punto de vista subjetivo, la jurisprudencia ha individualizado el bien jurídico protegido en la paz social y, especialmente en la primera y cuarta alternativa del artículo 261 bis, en la dignidad humana.⁴³ Encontrando aplicación hasta el momento en un centenar de casos, entre los cuales recientemente el de un político turco por negación del genocidio armenio⁴⁴, la norma ha sido objeto en 2007 de una investigación y de una audiencia ministerial que ha evidenciado una serie de posibles modificaciones (restringirla sólo a genocidios del período nazi, insertos en un elenco oficial, reconocidos por una comisión internacional de historiadores, etc.) sin que haya llegado sin embargo a iniciar un procedimiento legislativo de refor-

⁴² Cfr. NIGGLI, *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG*, Zürich 1996, A. RIEDER, *Übersicht über die Praxis zu Art. 261bis StGB („Rassendiskriminierung“)*, November 1998 http://www.ekr-cfr.ch/ekr/themen/00100/00236/00332/praxis_bis_98_rieder_de.pdf?PHPSESSID=

⁴³ BGE 123 IV 202; BGE 129 IV 95, BGE 130 IV 11 (interpretación garantista del requisito de la publicidad).

⁴⁴ Sentencia de condena a cargo de Dogu Perinçek, confirmada por el Bundesgericht en su Sentencia de 19 de diciembre de 2007. Se habla también de un procedimiento pendiente contra el historiador Jusuf Halacoglu. Cfr. también un Auto del *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* de 26 de marzo 2006 que juzgó el eslogan «la mentira del genocidio armenio» como vilipendio de la memoria de los difuntos a los efectos del citado artículo 189 StGB.

ma.⁴⁵ No sólo el Partido popular del ahora Ministro de Justicia Blocher, también el Partido católico había criticado la norma porque protegía a extranjeros y judíos, pero no a suizos y cristianos⁴⁶.

(5) Bélgica había adoptado ya en 1981 una primera Ley contra la instigación al odio racial y xenófobo⁴⁷. El 23 de marzo de 1995 fue aprobada la «Ley para reprimir la negación, minimización, justificación o apología del genocidio cometido por el régimen nacionalsocialista alemán durante la segunda Guerra Mundial.»

«Article 1. Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six à cinq mille francs quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale.

Pour l'application de l'alinéa précédent, le terme génocide s'entend au sens de l'article 2 de la Convention internationale du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide»⁴⁸.

La ley belga, aun siendo inspirada por la alemana, es incluso más amplia porque castiga también hechos en lugares no abiertos al público como por ejemplo el negacionismo en la escuela. En virtud del art. 150 de la Constitución belga, el conocimiento de los delitos de imprenta se reserva a un Tribunal de primera instancia. En 1999 la ley se flexibilizó por una disposición que permite impedir a los autores de delitos el ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos. En 2005 se discutieron propuestas para anudar a las sentencias de condena la inelegibilidad política y para extender la prohibición también al genocidio armenio⁴⁹.

(6) Siguió el nuevo Código penal español, adoptado mediante la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 que insertaba directamente en la regulación del genocidio (art. 607) el siguiente apartado: «2. 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

⁴⁵ Das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung gemäss Artikel 261bis StGB und Artikel 171c MStG, Arbeitspapier des BJ für das Hearing betreffend die Rassismusstrafnorm, Mai 2007 <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/8538.pdf>

⁴⁶ www.kvp.ch/downloads/docs/20061213_Vernehmlassung_Rassismusartikel.doc. Cfr.

⁴⁷ Loi 30. 7. 1981, tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

⁴⁸ Cfr., en relación con las primeras propuestas, A. DONNET, *Le délit de révisionnisme*, Annales de droit de Louvain 1993, pp. 423 y ss.

⁴⁹ Cfr. <http://suffrage-universel.be/new/index.htm>.

generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años». Tal regulación fue declarada inconstitucional, sin embargo, en 2007 (v. infra el número 9).

(7) Luxemburgo siguió con una reforma de su Código penal aprobado el 19 de julio de 1997 que incluyó un capítulo a estos efectos («Chapitre VI. «Du racisme, du révisionnisme et d'autres discriminations»), en el título dedicado a los «crímenes y delitos contra las personas», que contenía varias figuras de discriminación e instigación al odio, y además el siguiente artículo:

Art. 457-3. «Est puni d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 251 euros à 25.000 euros ou de l'une de ces peines seulement celui qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication audiovisuelle, a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs crimes contre l'humanité ou crimes de guerre tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction luxembourgeoise, étrangère ou internationale.

Est puni des mêmes peines ou de l'une de ces peines seulement celui qui, par un des moyens énoncés au paragraphe précédent, a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs génocides tels qu'ils sont définis par la loi du 8 août 1985 portant répression du génocide et reconnus par une juridiction ou autorité luxembourgeoise ou internationale».

(8) En 1998 siguió el nuevo art. 240 apartado 2 del Código penal portugués que incluye la «negación de crímenes de guerra, contra la paz y la humanidad» en el delito de discriminación racial o religiosa:

«2 - Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social: a) Provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião; ou b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; com a intenção de incitar à discriminação

racial ou religiosa ou de a encorajar, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos»⁵⁰.

(9) Se tienen pocas noticias de la regulación del negacionismo en Polonia, no incluida, por otra parte, en su Código penal. El 19 de diciembre de 1998 se aprobó una Ley para la creación del Instituto de la memoria nacional, cuyo art. 55 castigaba con pena de prisión de hasta tres años la negación de los genocidios nazis y comunistas. El modelo que fue precedido quizás por una ley en Lituania (Law on the Genocide and Resistance Centre of Lithuania, 5.6.1997)⁵¹ y recepcionado en la República Checa (2001) y, con excepción de su extensión a los genocidios comunistas, en Rumanía (2002)⁵² y Eslovenia (2004), no así en Letonia y Hungría.

(10) La República Checa en 2005 reformó además la ley anterior del 2001 en este sentido:

«§ 261a The person who publicly denies, puts in doubt, approves or tries to justify nazi or communist genocide or other crimes of nazis or communists will be punished by prison of 6 months to 3 years».

Eslovaquia por su parte derogó en 2005 el art. 422 del Código penal creado en 2001 para criminalizar la negación del holocausto.

(11) En 1997, también en el Reino Unido se hizo una propuesta de ley por parte del partido laborista. La «Holocaust Denial Bill» pretendía equiparar la negación a la difusión de palabras o escritos amenazantes, abusivos o injuriosos que instiguen al odio racial a los efectos de la sección 10 de la «Public Order Act» de 1986 «any words, behaviour or material which purport to deny the existence of the policy of genocide against the Jewish people and other similar crimes against humanity committed by Nazi Germany ('the Holocaust') shall be deemed to be intended to stir up racial hatred».

⁵⁰ Ley nº 65/98 de 2.9.1998.

⁵¹ Art. 8. *Liability for Interference With the Investigation of Genocide and Resistance Against Occupation Regimes*

1. *The genocide and persecution of the population of Lithuania shall be investigated by collecting and analysing all of the archival material and documents in Lithuania and outside its boundaries, testimonies and recollections of witnesses, participants and victims. The investigation of genocide and establishment of historic truth may not be interrupted under any pretext.*

2. *Natural and legal persons shall be liable according to the laws of the Republic of Lithuania, for interference, protraction, concealment, destruction of the information held and refusal to testify.* (www.sissco.it/index.php?id=42)

⁵² Ordonanta de urgenta nr.31 din 13 martie 2002 privind interzicerea organizațiilor și simbolurilor cu caracter fascist, rasist sau xenofob organizațiilor și cultului persoanelor vinovate de săvârșirea unor infracțiuni contra păcii și omenirii, 13 march 2002 (www.sissco.it/index.php?id=25)

A pesar de que la «Malicious Communications Act» de 1988 castigase al denominado «hate mail» (correo del odio), la propuesta no tuvo éxito ni siquiera cuando fue relanzada en el año 2001⁵³.

El modelo inglés es compartido por Irlanda y Malta, además de por los países nórdicos (Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia y Estonia).

(12) En Holanda sin embargo, una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1997 calificó la negación del holocausto como «belediging» (insulto) a los judíos vivos a efectos del art. 137c del Código penal holandés. No se acogió no obstante la reciente propuesta de crear un delito específico de negación del genocidio. Holanda representa por tanto un modelo intermedio entre Inglaterra y Alemania.

(13) En Chipre, la ley de ratificación del protocolo adicional de la Convención sobre el Cibercrimen prevé en un artículo específico para estos temas (sección 7) que «any person, who, with the intent to incite racism and xenophobia, intentionally and without right, through a compute system, denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide and acts against humanity, commits a crime punishable up to 5 years imprisonment and/or a fine up to £20 000 CYP».⁵⁴

(14) Quedan por tanto únicamente Grecia e Italia, países de «civil law», alineados con la posición británica y escandinava, posición en cualquier caso superada por la adhesión de los Estados miembros a la Decisión marco adoptada bajo la presidencia alemana de la Unión Europea en 2007.

A la luz de los modelos examinados, se puede decir que el legislador penal tiene un amplio margen de elección, en particular sobre los siguientes elementos:

– individualización de los crímenes negados: crímenes contra el pueblo judío, genocidio nazi cometido durante la segunda Guerra Mundial, genocidio a los efectos de la Convención de 1948, genocidio perseguible según las leyes nacionales, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra la paz y otros crímenes cometidos por nazis o comunistas.

– formas de concreción de los crímenes negados: sentencias de jueces nacionales, sentencias internacionales, sentencias extranjeras que no sean contrarias al orden público,

⁵³ Cfr. Institute for Jewish Policy Research , Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom, report no. 3 / 2000. http://www.jpr.org.uk/Reports/CS_Reports/no_3_2000/index.htm

⁵⁴ Law No. 26(III)/2004.

– definición de la conducta: negar el hecho, negar el desvalor, poner en duda, minimizar, aprobar, tratar de justificar, etc.

– definición de las modalidades: por medio de impresión u otros medios de comunicación pública, con cualquier medio (incluso sólo oral), en reunión pública, públicamente,

– eventuales perfiles subjetivos: intento de desacreditar o discriminar a una persona o a un grupo de personas por su raza, etnia o religión, intención de incitar o instigar a la violencia, discriminación u odio,

– vulneración de bienes jurídicos específicos: peligro para el orden público o para la «paz social», violación de la dignidad humana,

– elección de la fuente o de la denominación: código penal o ley especial, ley de ratificación o ejecución del protocolo adicional a la Convención contra el Cibercrimen.

No ha resultado punible hasta el momento la negación de los genocidios individualizada directamente en leyes no sujetas a control de constitucionalidad (por ejemplo la ley francesa relativa al genocidio en Armenia) o sobre la base de comisiones históricas (nacionales y/o internacionales). La aplicación a genocidios diversos del holocausto parece que hasta el momento sólo se ha producido en el reciente caso Perincek (armenio) en Suiza.

6. LOS JUICIOS SOBRE CONSTITUCIONALIDAD: LA SENTENCIA «ZUNDEL» DEL TRIBUNAL SUPREMO CANADIENSE DE 1992

El negacionismo ha sido objeto de más de un juicio sobre su constitucionalidad. El primer juicio de constitucionalidad en esta materia parece haber sido el del Tribunal Supremo de Canadá dictado el 27 de agosto de 1992 en el asunto «Zundel» que declaró inconstitucional la «section 181» del Criminal Code según la cual «every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment»⁵⁵. El imputado Zundel había

⁵⁵ R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1992/1992rcs2-731/1992rcs2-731.html>. Para la continuación cfr. Tribunal canadien des droits de la personne, 18 janvier 2002, Citron v. Zündel, http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/files/t460_1596df.pdf. Para los precedentes cfr. L. HILL, *The Trial of Ernst Zundel. Revisionism and the law in Canada*, Simon Wiesenthal Center Annual, 6 (1989), pp. 165 y ss. Para las referencias australianas cfr. Human Rights and Equal Opportunity Commission (Australia), 21. 9. 2000, Hobart Hebrew Congregation and Jeremy Jonesv. Olga Scully, n° H97-109, 5. 10. 2000, Jeremy Jones and others v. Fredrick Toben on behalf of the Adelaide Institute, n° H97-120.

sido condenado por haber publicado un panfleto titulado «Did Six Million Really Die?» que sostenía que el holocausto fue un mito creado por una conspiración judía.

Una mayoría de cuatro jueces contra tres decidió que dicha ley violaba la «freedom of expression clause» de la Carta canadiense de los derechos fundamentales de 1982 (art. 2 b) y no puede justificarse como uno de los «reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society» (art. 1).

La motivación de la sentencia pone de manifiesto en primer lugar que se trata de una norma decimonónica y que en su origen, en el siglo XIII, la norma tenía como misión prevenir «deliberate slanderous statements against the nobles of the realm to preserve political harmony in the state». Razonando como lo haría un juez de «common law», el Tribunal Supremo sostiene que no se puede sustituir esta razón histórica con una más actual del tipo de la prevención de la «hate propaganda or racism» o de la promoción de la tolerancia racial y social, de la igualdad o el multiculturalismo. Una operación tal de «shifting purpose» cedería ante la calificación del hecho como simple molestia o perjuicio («nuisance») a un interés público. De otro modo, cualquier interés público podría ser motivo suficiente «pressing and substantial» para justificar una limitación de la libertad de expresión.

En suma, el Tribunal considera imposible imponer una interpretación correctora para hacer compatible la norma con la libertad de expresión. La argumentación de la sentencia añade a este punto que incluso la «Law Reform Commission of Canada» había recomendado anteriormente la derogación de la norma, calificándola de anacronismo. Ignorando la (diversa) normativa israelí y francesa, se lee a continuación que «It is also significant that the Crown could point to no other free and democratic country with criminal legislation of this type».

Incluso queriendo admitir una interpretación que se adecuase a la Carta, la disposición examinada no habría superado el examen del criterio de la proporcionalidad porque sería demasiado amplia, incluyendo cualquier discurso histórico y social, y más invasiva de lo necesario para alcanzar el objetivo de la tolerancia social. La disposición correría el peligro de tener un «chilling effect» sobre minorías e individuos, impidiéndoles hablar por temor a ser perseguidos.

La sentencia canadiense hace referencia a una ley muy genérica y además demasiado datada e «incrustada» de un derecho vivo capaz de sustraerse a interpretaciones restrictivas estrictamente orientadas a los valores de una Carta constitucional relativamente joven, por otra parte.

7. SIGUE: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA A PARTIR DE 1994

En 1994, pocos meses antes de la aprobación de la ley alemana, el «Bundesverfassungsgericht» dictó una sentencia que podía entenderse como una especie de «nulla obsta» a la misma⁵⁶. Fue declarado manifiestamente infundado un recurso de constitucionalidad individual («Verfassungsbeschwerde») contra un acto del ayuntamiento de Múnaco, confirmado por el juez administrativo, que ordenaba a los organizadores de un acto público con David Irving dar al comienzo de la reunión información sobre la normativa de los delitos de instigación a la población y difamación, y quitar la palabra inmediatamente cuando se fuese a consumir y disolver, si fuese necesario, la reunión.

En la motivación de la sentencia, se precisa en primer lugar que la libertad de expresión («Meinungsfreiheit») del artículo 5 de la Ley Fundamental alemana tutela las expresiones subjetivas en las que una persona se relaciona con la realidad además de las aserciones de hechos que constituyen la premisa de las opiniones y de los juicios de la persona. En rigor, mentir no sería opinar y las informaciones no verdaderas no serían un bien digno de ser tutelado por las garantías de la libertad de opinión: «La expresión prohibida según la cual en el tercer Reich no habría tenido lugar persecución alguna de judíos representa una afirmación de hecho que según innumerables testimonios oculares y documentos, según las pruebas de los tribunales en numerosos procesos penales y según los conocimientos de la ciencia histórica se ha probado como falsa. Tomada en sí y por sí misma, tal afirmación por tanto no goza de la tutela de la libertad de opinión».

A juicio del Karlsruhe, el delito de instigación a la población –si bien en la versión aún sin reformar– representa una «ley general» a los efectos de la definición del límite explícito de la libertad de opinión establecido por la Ley Fundamental (art. 5.2) «que sirve para tutelar el sentido de humanidad y que encuentra apoyo constitucional en última instancia en el art. 1.1

⁵⁶ BVerfGE 90, 241ss. – Auschwitzlüge - (13. 4. 1994), precedido por 1 BvR 824/90 v. 9.6.1992. Pueden encontrarse anotaciones críticas al respecto en S. HUSTER, *Das Verbot der «Auschwitzlüge», die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, Neue Juristische Wochenschrift 1996, pp. 487 y ss. Traducido al italiano en Giur. Cost. 1994, pp. 3379 y ss. con nota de 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*, ivi pp. 3390 y ss.

de la Ley Fundamental», la garantía de la dignidad humana. El acto administrativo, fundado sobre un pronóstico realista de futuras conductas y sobre la certeza de la punibilidad de la negación del holocausto, no violaba por tanto la libertad de manifestación del pensamiento durante la reunión.

Posteriormente, el mismo juez constitucional volvió a ocuparse en más de una ocasión de casos relacionados con esta sentencia. En 2001, la Kammer rechazó un recurso de constitucionalidad con solicitud de medidas cautelares contra una resolución administrativa que había ordenado posponer una reunión convocada por la extrema derecha para el 27 de enero de 2001 (día de la liberación del campo de concentración de Auschwitz establecido por decreto del Presidente federal Roman Herzog como día de la memoria del holocausto), al día siguiente⁵⁷. En el mismo año se juzgó también como manifiestamente infundado un recurso contra la decisión del Bundestag de recoger fondos para un monumento en memoria del holocausto⁵⁸.

En 2005, fue rechazado un recurso contra una serie de mandatos administrativos dirigidos a los organizadores de una marcha contra la «mentira de la liberación– basta con el culto a la culpa», una afirmación que según la jurisprudencia constitucional no constituye delito. Se consideró constitucional la prohibición de pasar con la marcha delante del monumento al holocausto, elección de la autoridad justificada por el hecho de que la negación de la liberación significaba una minoración del derecho a la igual dignidad social de los judíos⁵⁹.

Sin embargo en 2006 fue acogido un recurso de constitucionalidad contra una resolución del ayuntamiento de Lüneburg que había prohibido una reunión prevista para el 28 de enero de 2006, el día después al de la memoria del holocausto, porque había probabilidad de que se transformase una protesta bajo el lema «contra la represión del Estado – derogemos el artículo 130 del StGB!» Una simple reivindicación de reforma de la ley, pese a ser realizada por fuerzas de extrema derecha, y la mera cercanía temporal de la fiesta y de la conmemoración del nombramiento de

⁵⁷ BVerfG, 1 BvQ 9/01 del 26.1.2001, http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20010126_1bvq000901.html

⁵⁸ BVerfG, 2 BvR 1594/01 del 2.10.2001, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20011002_2bvr159401.html

⁵⁹ BVerfG, 1 BvR 961/05 del 6.5.2005, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20050506_1bvr096105.html. En relación con la vigilancia de los servicios secretos (*Verfassungsschutz*) sobre las editoriales para la prevención de los delitos en cuestión cfr. BVerfG, 1 BvR 1072/01 de 24.5.2005, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050524_1bvr107201.html

Hitler como Canciller del Reich (20 de enero de 1933) fueron considerados indicios insuficientes de peligro inminente de delitos de negacionismo⁶⁰.

Globalmente, la jurisprudencia constitucional alemana en materia de negacionismo parece muy decidida y orientada hacia una optimización de los instrumentos de prevención social⁶¹. No puede olvidarse que el propio «Bundesverfassungsgericht» exige siempre una búsqueda de alternativas interpretativas menos rígidas tanto de las leyes como de las expresiones objeto de eventual incriminación. Ante la duda, las sentencias sobre los hechos se mezclan con sentencias sobre valores que a su vez gozan de una tutela, ciertamente no absoluta sino ponderada en relación con otros valores, por parte de la constitución. Al juez, en su análisis último, se le requiere una contextualización atenta, también de tipo histórico, de los discursos que se someten a su juicio.

8. SIGUE: LA SENTENCIA DE LA CORTE DE ARBITRAJE BELGA DE 1996

La «Cour d'arbitrage» belga fue llamada a pronunciarse sobre dos recursos individuales directos contra la ley belga de 23 de marzo de 1995. Después de haber rechazado mediante sentencia de 12 de julio de 1995 la solicitud de suspensión cautelar de la ley, la sentencia final de 12 de julio de 1996 rechazó también los recursos principales presentados contra ella, al considerar la ley conforme con la Constitución belga, en particular con las garantías de la igualdad y la no discriminación (arts. 10 y 11), de la libertad de opinión (art. 19) y de la prohibición de «toda medida de limitación preventiva» de la libertad de enseñanza (art. 24.1 de la Constitución)⁶².

A este respecto hemos de recordar en primer lugar que el art. 19 garantiza la libertad de expresar las propias opiniones en cualquier materia añadiendo sólo «salvo la represión de delitos cometidos en el uso de tal libertad». La motivación de la Sentencia hace referencia además a las garantías de la propia libertad contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10) y en el Pacto internacional sobre derechos

⁶⁰ BVerfG, 1 BvQ 3/06 vom 26.1.2006, http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20060126_1bvq000306.html

⁶¹ Una crítica puede verse en W. BRUGGER, The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law, German Law Journal (Vol. 3, No. 12 – 1 December 2002), cfr. <http://www.sissco.it/index.php?id=45>.

⁶² Publicada en la *Revue des Droits de l'Homme* 1997, 111ss con notas de F. Ringelheim. Traducción alemana en *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1996, pp. 456 y ss.

civiles y políticos (art. 19) para afirmar que la libertad de expresar las propias opiniones puede ser sujeta a ciertas «sanciones, previstas por la ley, que constituyen en una sociedad democrática medidas necesarias para la protección de los objetivos expresamente mencionados por las normas convencionales referidas». Los límites a la libertad establecidos internacionalmente se vuelven también de esta manera ciertamente sorprendente desde un punto de vista italiano, límites a la libertad constitucional.

En este punto, el Tribunal se limita a reconocer que correspondía a una «necesidad social imperiosa» la motivación del legislador de prohibir la manifestación de opiniones que de un lado son infamantes y ofensivas para la memoria de las víctimas, de los supervivientes y del propio pueblo judío, y del otro lado porque ofrecen «un terreno para el antisemitismo y el nazismo y constituyen una amenaza en la sociedad democrática en tanto que tienden a la rehabilitación de la ideología nazi» y por lo tanto a la desestabilización de la democracia.

La desestimación viene por lo tanto fundada en una interpretación restrictiva de la Ley porque si bien no explícita como elemento subjetivo la voluntad de rehabilitar una ideología desestabilizante para la democracia e infamante para las víctimas, permitiría al juez «deducir de circunstancias particulares la ausencia en el caso concreto de dicha voluntad». La Ley parece castigar por lo tanto un hecho fundado en una intención «presunta», admitiendo la prueba en contra.

La motivación de la sentencia emplea como argumento finalmente la prohibición de abuso de derecho establecida en el artículo 17 del CEDH y recuerda que «la ley no se aplica a la investigación científica en general y a la investigación histórica objetiva y científica relativa al genocidio». Incluso en este ámbito, el juez estaría dotado de forma implícita del poder para «determinar, caso por caso, donde cesa el carácter científico de la investigación y la apariencia de objetividad de la información»: «Dicho poder es necesario en razón de la multiplicidad y sutileza de las formas de las que puede valerse la expresión de tesis negacionistas».

No sería tampoco arbitraria la elección de castigar el negacionismo solamente del genocidio nazi, no estando excluida una futura extensión legislativa a otros.

«El Tribunal constata también que la iniciativa legislativa se conecta con otras iniciativas análogas recientemente adoptadas y juzgadas como necesarias en diversos países europeos. El legislador puede con razón temer que en ausencia de una ley análoga, Bélgica se convierta en refugio del negacionismo».

9. SIGUE: LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

La sentencia belga hace referencia también al Convenio Europeo de Derechos Humanos porque se estaba consolidando una jurisprudencia europea y posteriormente también internacional a favor de la prohibición del negacionismo⁶³.

Las primeras decisiones de la actual Comisión Europea para los Derechos Humanos que inadmitieron (en cuanto manifestaciones infundadas) recursos en esta materia se remontan a los años ochenta. La decisión de 16 de julio de 1982 en el recurso 9235/81 (X c. RFA) juzgó legítima la prohibición de exponer los escritos negacionistas, considerando el holocausto «un hecho histórico notorio».

La sentencia de 14 de julio de 1983 en el recurso n. 9777/82 (Tribunal constitucional de Bélgica) confirmó la sentencia de condena por una «carta al Papa en relación con Auschwitz» fundando la libertad de pensamiento no sólo, como las autoridades belgas, en la tutela de la moral y el derecho de las familias de los supervivientes a una tutela de la memoria de sus parientes, sino también sobre la defensa del orden público y de la autoridad del poder judicial «elle observe que des évènements actuels montrent que les idéologies anti-démocratiques voisines de celles qui ont inspiré ces atrocités n'ont pas disparu en Europe»

En su decisión de 6 de septiembre de 1995 en el recurso n. 25696/94 (Remer c. Alemania) la Comisión juzgó conforme con el Convenio la aplicación del antiguo art. 130 del Código penal y compatible con el derecho de defensa establecido en el art. 6 del CEDH la inadmisión de pruebas sobre hechos notorios⁶⁴. Dicho argumento sirvió también para inadmitir por decisión de 29 de noviembre de 1995 el recurso n. 259992/94 en el contexto del recurso constitucional que había dado lugar a la sentencia ya citada del «Bundesverfassungsgericht»⁶⁵.

⁶³ Cfr. COHEN-JONATHAN, "Négationnisme et droits de l'homme", *Revue trimestrelle des droits de l'homme* 1997, pp. 571 y ss; P. WACHSMANN, "La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme", en: J. FLAUSS/M. DI SALVIA (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles 1997, pp.103 y ss.

⁶⁴ Nuevamente confirmado en la Decisión de 26 de junio de 1996, recurso n. 26551 (D.I. c. Allemagne)

⁶⁵ Cfr. también la Decisión de 20 de abril de 1999, Hans-Jürgen Witzsch c. RFA , req. n° 41448/98.

Posteriormente, en su decisión de 24 de junio de 1996 sobre el recurso n. 31159/96 *Marais c. Francia*, la Comisión juzgó conforme a su vez con el Convenio la condena del recurrente en base a la nueva Ley Gaysot. Dicha Ley tenía como objetivo defender el orden y prevenir delitos, tutelando los derechos de los extranjeros y la paz interna de la población francesa, en el pleno respeto del art. 17 CEDH según el cual «ningún derecho fundamental puede ser invocado para cumplir un acto dirigido a la destrucción de derechos y libertades reconocidas en el presente Convenio». El negacionismo contradeciría en definitiva los valores fundamentales del Convenio, justicia y paz.

En esta decisión, la Comisión subraya también que las limitaciones admitidas por el Convenio se aplican también a la libertad de pensamiento inherente a la actividad de investigación científica⁶⁶.

Converge con esta jurisprudencia también la decisión del Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 8 de noviembre de 1998 en el caso *Faurissou c. Francia*.⁶⁷ El Comité rechazó el recurso argumentando que la sanción de la opinión manifestada era útil para la tutela de la comunidad judía y de su derecho de vivir en un ambiente sin miedo, habiendo sido las declaraciones en su conjunto idóneas para provocar o reforzar sentimientos antisemitas. Por otro lado, el Comité admitió además en un «obiter dictum» que la aplicación de las normas de la Ley Gaysot, «en la medida en la que califica como hecho penalmente sancionable el poner en duda las conclusiones y las sentencias del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg puede llevar, en situaciones diversas del presente caso, a adoptar decisiones o medidas incompatibles con el Pacto». Merecen particular atención en este sentido las reservas expresadas por algunos miembros disidentes del Comité, en particular el australiano, israelí, alemán y japonés.

Volviendo sobre el problema de la distinción entre investigación científica y opiniones políticas, la Decisión de la Comisión Europea para los Derechos Humanos de 24 de marzo de 2003 en el caso *Roger Garaudy c. Francia* subrayó de nuevo que la libertad de investigación protege más

⁶⁶ Cfr. sin embargo el acogimiento del recurso contra la sentencia de condena por apología de delitos de Pétain por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 23 de noviembre de 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. n° 55/19G. 97/839/1045, *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, 1999, p. 351. De la doctrina francesa cfr. M. TROPER, «La legge Gayot e la Costituzione», *Ragion Pratica* 1997, pp. 198 y ss; P. WACHSMANN, «Libertà di espressione e negazionismo», *Ragion Pratica* 1999 (12), pp. 57 y ss.

⁶⁷ *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1998, pp. 271 y ss. con nota de N. Weiß.

las preguntas que buscan la verdad que no las afirmaciones que proponen falsedades. El libro del filósofo político sobre «mitos fundantes de la política de Israel» perseguía claramente el objetivo de rehabilitar el régimen nacionalsocialista y de acusar a las víctimas de falsear la historia. La libertad de pensamiento en este caso se habría usado para finalidades contrarias al texto y al espíritu del Convenio, en particular a sus valores fundamentales de justicia y paz:

«Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Its proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention»⁶⁸.

En el caso *Witzsch vs. Germany*, el propio Tribunal ha reforzado posteriormente esta jurisprudencia, afirmando que quién abusa de la propia libertad, viola los derechos humanos. La carta que no se hizo pública del recurrente dirigida al historiador Wolffson se consideró así porque «calificó la opinión de Wolffson como parte de una propaganda de guerra o de atrocidades ex post, unida a la negación de la responsabilidad de Hitler y de los nazis en el exterminio de los judíos y demostrando el desprecio del recurrente hacia las víctimas del Holocausto»⁶⁹.

⁶⁸ Trad. it con nota crítica de A. BURATI, «L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei miti fondatori del regime democratico», *Giur. It.* 2005, pp. 2243 y ss., título desafortunado en la medida en que corre el riesgo de equiparar el holocausto al «mito» fundador.

⁶⁹ ECHR (1st Chamber) *Witzsch vs. Germany*, no. 7485/03, 13 December 2005: «The Court, and previously, the European Commission of Human Rights, have found that the freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention may not be invoked in conflict with Article 17, in particular in cases concerning Holocaust denial and related issues (see, inter alia, *Glimmerveen and J. Hagenbeek v. the Netherlands*, nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, Decisions and Reports (DR) 18, p. 187; *Kühnen v. Germany*, no. 12194/86, Commission decision of 12 May 1988, DR 56, p. 205; B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria, no. 12774/87, Commission decision of 12 October 1989, DR 62, p. 216; *Ochsenberger v. Austria*, no. 21318/93, Commission decision of 2 September 1994; *Walendy v. Germany*, no. 21128/92, Commission decision of 11 January 1995, DR 80, p. 94; *Remer v. Germany*, no. 25096/94, Commission decision of 6 September 1995, DR 82, p. 117; *Honsik v. Austria*, no. 25062/94, Commission decision of 18 October 1995, DR 83-A, p. 77; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern v. Germany*, no. 25992/94, Commission decision of 29 November 1995, DR 84, p. 149; *Rebhandel v. Austria*, no. 24398/94, Commission decision of 16 January 1996; *Nachtmann v. Austria*, no. 36773/97, Commission decision of 9

10. SIGUE: EL VEREDICTO ESPAÑOL DE 2007

Las sentencias a nivel constitucional en los distintos países europeos que hemos analizado hasta el momento parecen haber creado una especie de Derecho constitucional común europeo que parece ponerse ahora gravemente en duda por la sentencia de 7 de noviembre de 2007 del Tribunal constitucional español⁷⁰.

La sentencia declara inconstitucional las palabras «nieguen o» del art. 607.2 del Código penal que castiga con pena de prisión de hasta dos años «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». La parte restante, esto es, la apología del genocidio, debe ser interpretada conforme a la Constitución en el sentido de que la justificación no sea solamente «la adhesión ideológica a una cierta posición política», sino también la incitación indirecta al genocidio o cuando menos al odio hacia grupos étnicos, con el peligro cierto de generar un clima de violencia y de hostilidad capaz de poder generar discriminaciones⁷¹.

La motivación pone de manifiesto en primer lugar que la libertad de expresión se tutela no sólo como derecho de libertad individual sino también como un elemento característico del sistema político democrático español. A diferencia de otros países, la Constitución española no consagra una «democracia militante», esto es, un modelo de democracia que impone al ciudadano no sólo el respeto sino también la adhesión positiva al ordenamiento y a la Constitución: «la Constitución protege también a quienes la niegan». La garantía de la libertad de expresión no puede quedar minorada por el mero hecho de que se ejercite para difundir ideas y opiniones contrarias a la propia esencia de la Constitución.

Sobre esta base general, la sentencia española se aleja no sólo de la jurisprudencia de Estrasburgo, sino también de la de Karlsruhe y la de

September 1998; Witzsch v. Germany (dec.), no. 41448/98, 20 April 1999; Schimanek v. Austria (dec.), no. 32307/96, 1 February 2000; Garaudy v. France (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX; Norwood v. United Kingdom (dec.), 23131/03, 16 November 2004). Abuse of freedom of expression is incompatible with democracy and human rights and infringes the rights of others.»

⁷⁰ STC 235/2007.

⁷¹ «2º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta sentencia.»

Bruselas. La negación de hechos históricos ciertos, que no es considerada por el Karlsruhe como «opinión», en Madrid si queda bajo la tutela de la libertad de pensamiento.

En casos precedentes, el Tribunal había ya reconocido que «las afirmaciones, las dudas y las opiniones en relación con las prácticas nazis respecto de los judíos en los campos concentración», si bien niegan la evidencia histórica, son sólo «opiniones subjetivas e interesadas sobre hechos históricos», y por lo tanto incluidas en el ámbito de aplicación de las garantías tanto de la libertad de expresión (art. 20.1 CE), como de la denominada «libertad ideológica» (art. 16 CE)⁷². Sobre este punto concuerda también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en el caso de la negación del colaboracionismo francés había excepcionado «la búsqueda de la verdad histórica»,⁷³ rechazando ser árbitro de una cuestión histórica abierta.

No compartiendo la perspectiva alemana de negar al negacionismo de hechos históricos notorios la cualidad de opinión, los jueces españoles deben comprobar si existen bienes constitucionalmente protegibles capaces de justificar una sanción penal. Bajo este punto de vista, la motivación se conecta con una sentencia anterior⁷⁴ que había indicado como límite a la prohibición legítima de expresar y difundir «un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social» porque la Constitución no permite que «por medio de un discurso más o menos histórico» se violen «uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico, como la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).»

Llegados a este punto, la garantía constitucional de la dignidad de la persona (art. 10 CE), se convierte en una especie de superlímite porque configura tanto «el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales» como el «núcleo irreductible de los valores esenciales de nuestro sistema constitucional». Por tanto pueden ser legítimamente castigados tanto la apología del genocidio como los discursos de odio, esto es, los «juicios ofensivos contra el pueblo judío que,

⁷² STC 214/1991 (11. 11. 1991).

⁷³ Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57.

⁷⁴ STC 214/1991 (11. 11. 1991), Friedman c. Léon Degrelle, RTDH 1992, p. 525, con nota de M.-F. Rigaux.

cosidos con el hilo de posiciones que niegan la evidencia del genocidio nazi, presuponen una incitación al racismo». De la dignidad se deduce el derecho al honor como sentimiento derivado de ella, y es justamente esta dignidad la que resultaría vulnerada «por el espíritu de discriminación que sustrae a la protección constitucional de la libertad de expresión una determinada concepción del mundo y de la historia».

Este argumento permite marcar la diferencia entre el CEDH y la Constitución española, no dotada del límite genérico del artículo 17 de la CEDH en virtud del cual ni siquiera la libertad de expresión puede ser invocada para combatir los propios derechos fundamentales. Tal límite genérico sería, en razón del art. 53 CEDH, inaplicable en relación con los derechos establecidos en la Constitución española, evidentemente más garantista que el «mínimo común denominador» de derechos fundamentales que ofrece la CEDH.

Marcando la diferencia de los datos normativos, el Tribunal constitucional español se apresura además a minimizar la divergencia con la jurisprudencia de Estrasburgo, ofreciendo una interpretación en parte reductiva y en parte evolutiva. En primer lugar, en el caso *Garaudy*, la negación se habría realizado con la «declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío». Además, el Tribunal de Estrasburgo había distinguido «obiter dicta» la negación de «hechos históricos claramente establecidos» de las controversias de los historiadores sobre hechos relacionados con el nazismo. Finalmente, la jurisprudencia en materia de prohibición de los partidos políticos demuestra que la excepción del abuso de derecho presupone no sólo la demostración de un daño, sino también una concreta voluntad de destruir la libertad y el pluralismo.

Esta lectura discutible y particular de la jurisprudencia de Estrasburgo permite a los jueces de Madrid confeccionar posteriormente un argumento útil para contradecir la sentencia belga que había antepuesto a la ley una interpretación adecuada a la Constitución, insertando como elemento subjetivo la voluntad de rehabilitar una ideología desestabilizadora para la democracia e infamante para las víctimas.

El Tribunal Constitucional juzga en efecto inadmisibles una operación interpretativa de este tipo. La conducta descrita en el art. 607 CP sería «la transmisión de ideas en cuanto a tales». La disposición no requiere que esto conlleve «una lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos», no implicando ni un intento de aprecio por parte del autor ni un intento de descrédito, desprecio o humillación de las víctimas. La mera negación del delito de genocidio, sin posteriores conductas que comporten cierta adhesión valorativa al hecho criminal o su promoción mediante un juicio positivo, estarían dentro de los hechos considerados inofensivos.

Añadir dichos elementos añadidos en este tipo penal concreto, significaría vulnerar los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, que no puede imponer una interpretación completamente contraria a la letra de la disposición impugnada.

En conjunto, conllevaría además una violación insubsanable del contenido esencial de la libertad de expresión: «La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político».

En lo referente al otro tipo penal establecido en el art. 607 CP, la apología del genocidio, sí resulta susceptible de la misma interpretación para adecuarse a la Constitución que no resultaba admisible en la negación del genocidio. Haciendo referencia expresamente a la Decisión marco de la UE de 20 de abril de 2007, los jueces de Madrid exigen en efecto que la apología del genocidio presuponga una «incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)».

La sentencia fue criticada por cuatro votos particulares⁷⁵. El primero hace referencia expresa a las «últimas tendencias del derecho comparado europeo» para defender la libertad del legislador de crear un «delito de peligro abstracto», reproduciendo en esto la sentencia alemana. El segundo voto elabora un «cuadro de honor» de los países que castigan el negacionismo y lamenta que la sentencia, adoptando concepciones estadounidenses, traicione los presupuestos de base de la Decisión marco en relación con el peligro de un crecimiento del antisemitismo. Aún reconociendo que los discursos negacionistas «resultan repugnantes desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada», la mayoría habría contradicho el principio de su propia jurisprudencia de facilitar la defensa a las víctimas del holocausto⁷⁶.

⁷⁵ 1) Don Roberto García-Calvo y Montiel, 2) Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, 3) Don Ramón Rodríguez Arribas, 4) Don Pascual Sala Sánchez.

⁷⁶ El voto concluye con una cita ambigua, porque puede interpretarse también como crítica ofensiva para la mayoría: «Un cómic como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo judío».

El tercer voto particular argumenta que el negacionismo se caracteriza justamente por el elemento subjetivo del desprecio hacia las víctimas que se aplica también para el delito de apología de genocidio. Castigarlo significaría no tanto rendirse a la democracia militante cuanto evitar una «democracia ingenua». El cuarto voto, finalmente, sostiene que habría sido posible interpretar tanto la negación como la justificación como conductas dotadas de un «elemento tendencial» común, en cuanto «presenta como justo un delito de genocidio en términos capaces de presuponer una incitación indirecta a su comisión».

Aún sin querer entrar en la cuestión de la legitimidad de una interpretación conforme a la ley penal, que puede juzgarse de diversos modos dependiendo de las experiencias nacionales de justicia constitucional y que implican una restricción de su ámbito de aplicación, y sin querer propagar el modelo alemán de delito de peligro, la sentencia española merece sin embargo algunas reflexiones críticas.

La primera reflexión se refiere al uso de la garantía constitucional de la dignidad humana como límite a la libertad de expresión que parece circunscribirse a la defensa del honor (art. 20.4 CE) entendido como el sentimiento de la propia dignidad personal. Esta consideración parece establecer una reconstrucción no sentimental de la dignidad, en particular cuando se afirma que existe un deber de protección de la dignidad por parte de la comunidad, que pese a no imponer sanciones penales podría al menos justificarlas. Además parece establecer que una mayoría de ciudadanos puede pretender interpretar y defender también la propia dignidad a través de una ley.

La segunda reflexión la dedicamos a la particularidad española de una garantía constitucional explícita de la «libertad ideológica», en una forma de Estado que por otra parte no es marcadamente republicana.

Si todos los derechos inviolables son inherentes a la dignidad humana, tal libertad debe condicionar cuanto menos la percepción colectiva de la dignidad. Los derechos fundamentales de las víctimas del genocidio, vulnerados en su dignidad, se encuentran por tanto en colisión los derechos fundamentales del negacionista que puede considerar a su vez expresión de la propia dignidad su propia libertad ideológica, y quizás justamente por ella no puede presumirse que actúe de «mala fe». La libertad ideológica, además, a diferencia de la libertad de expresión y de la libertad de asociación política es susceptible de las limitaciones «necesarias para el mantenimiento del orden público» (art. 16). La tercera reflexión crítica regresa sobre un paso inicial de la motivación que invoca el valor de la tolerancia como parte de los «principios democráticos de la convivencia» que se

deben aprender en la escuela (art. 27.2 de la Constitución española». Dicho valor no puede jamás «identificarse con la indulgencia hacia discursos que repudian toda conciencia responsable de las atrocidades cometidas por los totalitarismos de nuestro tiempo». Habría sido quizás más correcto decir que la tolerancia es un deber democrático que debe ser parte de la educación dentro de la familia y de la instrucción escolar, pero en casos de intolerancia particularmente graves podría ser también objeto legítimo de «reeducación» penal.

11. LOS PRECEDENTES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA

La sentencia española tiene un interés particular también para el ordenamiento italiano en el cual se han discutido sobre todo algunas figuras del delito de apología cuya interpretación en sede de juicio de constitucionalidad parece volver a tener eco también en la sentencia española.

Debe recordarse en primer lugar que la jurisprudencia constitucional italiana comienza su andadura con la sentencia n. 1/1957 sobre el delito de apología del fascismo introducido por la Ley Scelba (n. 645/1952), que castiga a «quien públicamente exalte exponentes, principios, «hechos» o métodos del fascismo». Al encontrarse frente a la necesidad de justificar dicha disposición como sanción de prohibición de reorganización del disuelto partido fascista «en cualquier forma», contenida en el apartado final del art. XII de las Disposiciones finales de la Constitución, el Tribunal había precisado que la conducta criminal «debe consistir no en una defensa elogiosa, sino en una exaltación capaz de poder conducir a la reorganización del partido fascista. (...) No se trata de una instigación directa, porque esta queda configurada en el art. 2 de la Ley de 1952, sino de una instigación indirecta a cometer un hecho dirigido a dicha reorganización, idóneo y eficiente a tal fin»

Una sentencia posterior, la n. 74/1958 pretendió una interpretación restrictiva también a la prohibición de las «manifestaciones usuales del disuelto partido fascista o bien de organizaciones nazis» (art. 5 de la Ley n. 645/1952), precisando que se trataba de castigar solamente actos capaces de crear un peligro efectivo. El peligro efectivo de la manifestación «debe encontrar en el momento y en el ambiente en el que se han realizado las circunstancias capaces de hacerlo idóneo para provocar adhesiones o consensos y para concurrir a la difusión de concepciones favorables» a la reorganización del PNF (Partido Nacional Fascista). De este

modo el Tribunal permitió no criminalizar el saludo fascista-romano durante los comicios del M.S.⁷⁷ y las visitas con camisa negra a la tumba de Benito Mussolini.

Esta opción de garantismo hacia los «nostálgicos» que no tienen peligrosidad efectiva fue contrarrestada por la posterior sentencia n. 19/1962, que juzgó que el delito de difusión de «noticias falsas, exageradas o tendenciosas, mediante las cuales pueda verse turbado el orden público» (art. 656 CP) no era contrario al art. 21 de la Constitución. La sentencia, redactada por Aldo Sandulli, deja abierta la cuestión si las noticias que «deforman ... la verdad» son pensamiento «propio» –cuestión resuelta negativamente por la jurisprudencia alemana– calificando el orden público connatural al «régimen democrático y basado en el imperio de la ley» y dando una interpretación restrictiva al concepto de turbación entendido como «el surgimiento de un concreto y efectivo estado de amenaza para el orden legal mediante medios ilegales idóneos para turbarlo».

De este modo, el Tribunal evitaba una interpretación extensiva del límite de las «buenas costumbres», pero introducía un límite implícito funcionalmente equivalente al de la «democracia militante» reconocido en Alemania y Estrasburgo, una especie de razón de Estado constitucional obviamente muy combatida desde la doctrina y la política.

Las dificultades para inducir a los jueces a dar una interpretación restrictiva y sin inmiscuir valoraciones políticas del concepto de orden público emergen claramente en la jurisprudencia constitucional posterior, y no sólo de la jurisprudencia establecida en las sentencias n. 199/1972 (ponente Mortati), 15/1973⁷⁸ y 210/1976.⁷⁹ La sentencia n. 87/1966, declarando inconstitucional el antidemocrático delito de propaganda para destruir o deprimir el sentimiento nacional, salvó sin embargo al delito de propaganda subversiva, incluida la realizada a favor de la supresión violenta de una clase social, y la apología de hechos en este sentido establecida por el art. 272 del Código Penal.

⁷⁷ Nota del traductor: siglas del Partido del Movimiento Social Italiano.

⁷⁸ Sentencia en materia de manifestaciones sediciosas (art. 654 CP) confirmada y extendida al C.P.M.P (nota trad. siglas del Código Penal Militar de Paz).

⁷⁹ Se deja una vez más abierta la cuestión de si las noticias falsas son manifestaciones del propio pensamiento: «En relación a la otra perspectiva –según la cual la publicación o difusión de noticias falsas, exageradas o tendenciosas, por las cuales pueda perturbarse el orden público, no puede separarse de una valoración cultural e ideológica, que constituye un ejercicio de crítica reconocido por el art. 21 de la Constitución –se considera que el concepto de orden público, precisado por el Tribunal en la sentencia n. 199 1972, excluye que el derecho de manifestación del propio pensamiento pueda justificar, en base a ideologías políticas, la lesión de aquel bien».

Dicho delito fue considerado conforme al artículo 21 de la Constitución en cuanto «la propaganda no se identifica perfectamente con la manifestación del pensamiento», siendo diferente de la manifestación de un «pensamiento puro y abstracto, como puede ser el científico, didáctico, artístico o religioso, que tiende a hacer surgir una conciencia o bien a provocar un sentimiento en otras personas», poniéndose «en relación directa e inmediata con una acción; y, aún no alcanzando el grado de instigación abierta, resulta idónea para producir las mencionadas reacciones que son peligrosas para la conservación de los valores que todo Estado, por necesidad vital, tiene que garantizar».

Sólo después de 1968, la sentencia n. 65/1970 impuso, en sentido contrario, una interpretación restrictiva del delito de apología del delito a los efectos del art. 414 del Código Penal, que no castiga «la manifestación de pensamiento pura y simple, sino aquella que por la modalidad en que se produce conlleva un comportamiento idóneo en el caso concreto para provocar la comisión de delitos», facilitando de este modo la defensa de los objetores de conciencia como personas que manifiestan una crítica a la ley y propugnan su actualización. Restaurando una simetría política plena, la sentencia n. 108/1974 declaró finalmente la inconstitucionalidad del apartado del art. 415 CP relativo a la instigación al odio entre las clases sociales, en la parte en la que no especificaba que dicha instigación debe ser realizada de forma peligrosa para la paz social y por lo tanto no excluye que la sanción penal pudiese afectar a «la simple manifestación e incitación a la persuasión de la verdad de una doctrina o ideología política o filosófica, de la necesidad de un contraste y de una lucha entre portadores de intereses económicos y sociales opuestos»⁸⁰.

Queriendo extraer una primera conclusión de ésta y otra jurisprudencia en materia de delitos de opinión, y sin entrar en debates doctrinales⁸¹,

⁸⁰ «La actividad de externalización y de difusión de estas doctrinas, que no susciten de por sí reacciones violentas contra el orden público o no se lleve a cabo de forma que cree peligro para la tranquilidad pública, no tiene un fin contrario a los intereses primarios constitucionalmente garantizados y por lo tanto cualquier represión o limitación de la misma viola la libertad consagrada en el art. 21 de la Constitución».

⁸¹ Cfr. solamente C. FIORE, *I reati di opinione*, Padua 1972; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milán 1988; P. CARETTI, «Manifestazione del pensiero e istigazione all'odio nell'ordinamento italiano», www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/Brisbane-It-it-IV.doc; idem, «Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità nella società» y A. PIZZORUSSO, «Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali», en: *Scritti in memoria di P. Barile* 2003, pp. 121 y ss e pp. 651 y ss.; G. BRAGA, «La libertà di manifestazione

se puede afirmar que las sentencias constitucionales se remontan a una fase del desarrollo constitucional italiano en la que promovieron la efectiva «constitucionalización» del ordenamiento, pero que han permanecido siempre controvertidas en la doctrina. Lo mismo se puede decir de la jurisprudencia del Tribunal de Casación en relación con el delito de apología del genocidio (art. 8 de la Ley n. 962/1967) que ha subrayado el delito de mera conducta castigada «por su intolerable inhumanidad»⁸². Por tanto no se excluye que en el mutado contexto europeo e internacional, esta jurisprudencia se desarrolle y no se puede dar por descontada la constitucionalidad de una ley antinegacionista en Italia.

En una situación que por lo tanto es difícilmente previsible, debemos recordar y profundizar en tres cuestiones que lo merecen.

En primer lugar no queda clara la calificación de una falsedad subjetiva como «pensamiento propio» y la individualización de los límites lógicos y filológicos de la garantía del art. 21 de la Constitución. Ciertamente se puede sostener que en la falsedad subjetiva, una persona dice lo opuesto de lo que sabe y piensa que es cierto. Además, se podría objetar que también una mentira presupone al menos un pensamiento defensivo relativo de la necesidad de protegerse a sí mismo o a otros o un pensamiento cínico en relación con su utilidad⁸³. En esta dirección parece encontrarse la sentencia que declaró inconstitucional el delito de plagio por violación de la libertad de expresión (n. 96/1981). A esto se podría replicar que negar la garantía constitucional a la falsedad subjetiva no significaría transformar la prohibición de mentir de regla moral en regla jurídica. A mayor abundamiento, en la práctica, el respeto de la libertad de expresión debería imponer al menos la obligación de la prueba del dolo a cargo de quién afirma que se trata de una mentira no protegida. De este modo, ante la duda acerca del carácter de mentira de la negación, la acusación de negacionismo debería desaparecer.

del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica», y M. MANETT, «Libertà di pensiero e negazionismo», en: M. AINIS (dir.), *Informazione, potere e libertà*, Turín, 2005; pp. 41 y ss; pp.101 y ss.; M. MANETT, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Statu», en *Scritti in onore di G. Ferrara*, 2005, (www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf); L. ALESANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milán 2006; A. PACE y M. MANETT, Art. 21. «La libertà di manifestazione del proprio pensiero», en: G. BRANCA/ A. PIZZORUSSO, *Commentario della costituzione* Bologna- Roma, 2006.

⁸² Tribunal de Casación secc. I. pen. 29. 3. 1985, n. 507, con nota de S. Lariccia en *Giur. cost.* 1987, II, pp. 74 y ss.

⁸³ Contra la exclusión de la falsedad subjetiva véase por ej. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 229; parece a favor M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», en: P. RIDOLA/ R. NANIA, *I diritti costituzionali*, 2001, p. 574.

En lo que respecta al inciso «propio», este puede interpretarse ya en el sentido de defender los derechos de otros autores, ya en el sentido de que sólo el pensamiento protegido por los derechos de autor propios sea digno de protección constitucional y que incluso la libertad de difusión del pensamiento de otros, especialmente en los «mass media», puede sufrir mayores restricciones que la difusión del propio pensamiento. Si bien gran parte de las tesis negacionistas probablemente no pueden merecer protección en términos de derechos de autor, el hecho de su interpretación como conciencia ideológica además desaconseja una interpretación restrictiva de la garantía de la libertad de expresión, cuyo objetivo es también el de proteger la formación de juicios de valor y de sentido no exclusivamente individuales.

En segundo lugar quedaría analizar, por qué las afirmaciones negacionistas no pueden ser calificadas «tout court» como contrarias a las «buenas costumbres», entendidas como protección del sentimiento común de un pudor no sólo sexual, sino también, si se quiere, de una piedad republicana. En efecto, en la jurisprudencia constitucional se pueden encontrar también intentos de extender las «buenas costumbres» como garantías de las «condiciones indispensables para asegurar una convivencia social conforme con los principios constitucionales inviolables de tutela de la dignidad humana y del respeto recíproco entre las personas»⁸⁴. El consenso histórico común sobre la descalificación moral del negacionismo podría, en conclusión, no imponer, pero al menos justificar una opción legislativa antinegacionista. Estando las buenas costumbres aún sujetas a transformaciones históricas, una opción de este tipo debería ser periódicamente revisada y verificada en sus presupuestos culturales.

En tercer lugar, debemos volver sobre el significado del límite del «orden público» elaborado por la jurisprudencia constitucional y siempre contestado por la doctrina. En primer lugar, debemos destacar que el propio concepto de «orden público» fue reconfigurado tanto en sus aspectos civiles como en los administrativos, entrando a formar parte del título quinto de la segunda parte de la Constitución italiana (art. 117.2 letra h). Un título competencial no implica por sí mismo una autorización para limitar un derecho fundamental. Es más, la endiádis «orden público y seguridad» induce a relanzar con vigor la tesis de que actualmente sólo bienes garantizados por fuentes constitucionales específicas pueden justificar una limitación ponderada de derechos constitucionales. Sólo de este modo se

⁸⁴ Sent. 368/1992. Cfr. también la «mala costumbre» de la blasfemia en la Sentencia n. 14/1973.

podrían remover los obstáculos de orden social que una reserva demasiado genérica a favor de la fuerza pública («Polizeivorbehalt») podría perpetuar en detrimento de la libertad. De este modo, esto es, a través de los artículos 11 y 17, sería aún más sencillo extender el orden público incluso a bienes protegidos en el ámbito europeo e internacional. En definitiva, castigar el negacionismo como raíz del antisemitismo, racismo o xenofobia podría justificarse como una exigencia del orden público común europeo, especialmente en el momento actual de ampliación y profundización de la paz en la Unión Europea y de mayor toma de conciencia de la responsabilidad de Europa por su pasado común de colonización.

12. CONCLUSIONES: LA VERDAD DE LA DUDA EN LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

En el estado actual de la cuestión se podría decir que cuanto menos la participación de Italia en la Decisión marco dictada en sede europea el 19 de abril de 2007 y la firma de la Convención europea de 2003 pueden considerarse conformes a la Constitución.⁸⁵ Además sería un error, considerar de naturaleza exclusivamente política las dificultades de implementación de esta Decisión.

La cuestión del antinegacionismo implica principios y valores fundamentales de la Constitución de enorme complejidad que el legislador debe ponderar con la máxima atención.

Están en juego no sólo los derechos fundamentales que ya hemos analizado, sino también la dignidad y la solidaridad que el derecho italiano y europeo intentan proteger y promover, junto con la libertad y la igualdad que corren el riesgo de ser sacrificadas de manera desproporcionada. La valoración del impacto constitucional del antinegacionismo se presenta por tanto tan difícil como ineludible, en particular en lo relativo a la cultura democrática y el Estado de derecho.

La principal objeción que debe afrontar el antinegacionismo es la acusación de propagar una verdad de Estado en detrimento de la libertad de expresión. Aquí salen a colación los problemas de verdad del Estado

⁸⁵ En lo que respecta sin embargo al ya citado Ddl del Gobierno de 2007, queda como mínimo en duda la sanción indiferenciada de la difusión «de ideas fundadas sobre la superioridad o sobre el odio racial o étnico», sea por la indeterminación del elemento de la superioridad (¿sólo numérica, económica, militar o deportiva?), sea porque corre el riesgo de afectar también a las ideas «confusas» del sentimiento de otros.

constitucional de los que nos ha advertido Peter Häberle: «¿El Estado no se funda quizás sobre un mínimo de verdad, en otras palabras, su tolerancia no tiene quizás ciertos límites últimos porque no puede existir tolerancia sin una correspondiente pretensión de verdad?»⁸⁶.

Entre las lecturas liberales y prohibicionistas de la Constitución italiana, algunos puntos parecen pacíficos. En primer lugar no cabe duda de que la Constitución y el ordenamiento jurídico no han secularizado el deber cristiano de decir la verdad. Además sería un error decir que la Constitución no conoce verdad alguna o sólo conoce verdades subjetivas. Algunas leyes, por ejemplo en materia de registros y procesos públicos o bien en materia de delitos de falsedad contable y contra el tráfico de información bursátil privilegiada, protegen en efecto la verdad como un bien público necesario tanto para el desarrollo de las funciones públicas administrativas y jurisdiccionales como del respeto de derechos personales o colectivos a la información.

La Constitución garantiza además diversas vías de búsqueda de la verdad, desde la invocación de la divinidad y la meditación religiosa al libre intercambio y confrontación de opiniones, desde las representaciones intuitivas del arte al trabajo metodológico de investigación científica, desde los procedimientos de instrucción de los tribunales y de la administración hasta las comisiones de investigación parlamentarias. La separación de las instituciones públicas de los poderes de intermediación de los partidos, confesiones religiosas y sindicatos sirve para hacer posible la verdad, del mismo modo que las garantías del pluralismo de las fuentes de información, del ejercicio del crédito y de la imparcialidad de las autoridades públicas.

Esto no excluye que la responsabilidad de los políticos por eventuales mentiras sea prevalentemente política, que la religión pueda inducir también a creer antes que a buscar la prueba racional de la verdad, o que una publicidad engañosa pueda ser tolerada por el mercado. El imputado tiene el derecho de defenderse mintiendo, las administraciones tienen el deber de terminar los procedimientos tempestivamente y la instrucción escolar no debe enseñar simplemente «saberes». Además, justo en la medida en que el Estado constitucional contemporáneo pretende una desideologización del poder, éste debe convertirse en garante también de una disponibilidad de investigación de la verdad histórica.

⁸⁶ P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, trad. it., *Diritto e verità*, Turín 2000, 7.

Especialmente aquellas Constituciones post-autoritarias de la segunda posguerra, en las cuales se refleja una particular necesidad de elaboración del pasado y de proyección de un futuro discontinuo⁸⁷, incorporan experiencias y discursos de cultura constitucional que no se agotan en mitos de resistencia en cuanto ofrecen garantías particulares, si bien no necesariamente «militantes», contra la remoción de estas experiencias históricas. Tales constituciones dan cuenta también de las «verdades problemáticas», en particular de los hechos históricos que constituyen verdades dolorosas y que evidencian las debilidades del constitucionalismo real, los peligros de la involución autoritaria de la comunidad, de auto-disolución de las constituciones y de la falibilidad del pueblo.

Para las autoridades del Estado constitucional democrático, incluso la verdad histórica no se somete al juego de la mayoría que ciertamente no puede decretar verdades de Estado, sino al máximo presumir la verdad de los hechos sobre los que se basa la propia ley que en una democracia constitucional estará siempre sujeta a la crítica pública y a un control o juicio de razonabilidad⁸⁸.

La mayoría puede decidir por medio de sus representantes promover culturalmente, por ejemplo a través de ceremonias, festividades o monumentos, la búsqueda y memoria de algunas verdades del «patrimonio histórico» común de la sociedad. Además puede intentar prevenir los peligros de involución, autodisolución y quiebra política que han pesado en el pasado. Puede amnistiar y elaborar los hechos criminales del pasado a través de los mecanismos jurisdiccionales del Estado de derecho, instituir comisiones para descubrir la verdad, renovar los puestos en las administraciones públicas, hacer accesibles a los estudiosos y a los interesados las informaciones archivadas por las autoridades. Soberano es quizás un pueblo que por estos medios busca aprender de sus propios errores.

La percepción, medición y prevención de los peligros puede variar en el tiempo y en el espacio. La percepción actual de muchos gobiernos democráticos europeos es que también el negacionismo puede crear peligros para un orden público europeo materializado en bienes bajo protección constitucional, «in primis» para los derechos fundamentales vincula-

⁸⁷ Sobre los nexos entre historia y constitución, en líneas más generales, cfr. sobre todo G. ZAGREBELSKY, «Storia e costituzione», en: *Il futuro della costituzione*, Turín 1996, pp. 35 y ss.

⁸⁸ Este aspecto lo deja de lado por ej. G. BRAGA, «La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica», en: M. AINIS, *Informazione, potere e libertà*, Turín, 2005, pp.101 y ss.

dos con la dignidad humana y, como consecuencia política del mismo, también a la materia prima de la democracia, la existencia psicofísica del pueblo. Lo que en Alemania se puede presuponer razonablemente como peligro aún latente y al menos por esta generación todavía no necesitado de justificaciones concretas, en otros países europeos, especialmente en presencia de experiencias menos autoritarias, exigirá motivaciones más específicas para poder restringir libertades individuales.

Abrirse a esta configuración europea del orden público, no debe sin embargo inducirnos a sacrificar a la protección de las democracias las garantías del Estado de derecho, en particular las garantías de la proporcionalidad y subsidiariedad de las sanciones penales.

En este punto, el antinegacionismo encuentra serias dudas sobre la correcta configuración de las conductas y de los mecanismos de sanción. En primer lugar, sería probablemente un exceso si no un abuso de los poderes del orden público, sancionar la negación de hechos que no tienen una relevancia para éste, en particular de hechos meramente personales o de hechos conformes con el ordenamiento. Además, no se puede olvidar que la libertad de mentir del imputado forma parte de sus garantías constitucionales y que incluso tras una sentencia de condena anterior un reo debe ser libre de proclamarse inocente.

El Estado no puede pretender tener la última palabra, prohibiendo la crítica y la opinión disidente privada frente a las sentencias de condena por delitos de genocidio.

Sin embargo, el negacionismo puede y debe ser distinto de la crítica justamente por su fuerza cínica. Poner en duda los hechos sobre los que se basa la sentencia de condena de un juez y expresar el desacuerdo sobre la valoración de las pruebas fácticas o sobre la interpretación de las normas o en el plano analítico, es muy distinto de la certificación de la falsedad de hechos, porque frecuentemente viene acompañada de la certeza de la nulidad de normas consideradas injustas. En el primer caso, es la duda la que alimenta nuestra búsqueda de una verdad distinta. En el segundo caso, la verdad nace de una falsa certeza, a menudo generada por un sentimiento de odio que puede resultar peligroso. Incluso al negacionista no se le puede negar el derecho a errar, pero sí el de perseverar en la ostentación y en la difusión de una convicción que sacrifica todo respeto por la dignidad humana de cuantos han pagado con la vida el error y el cinismo de otros.

Si esta conducta implica una lesión «post mortem» de la personalidad de las víctimas o una incitación indirecta al odio racial, la configuración del

tipo penal podría ser defendible en el plano constitucional, siempre que los hechos negados sean verificados no ya por un legislador sino por la sentencia de un juez independiente. En el caso de la negación de genocidios, el principio del Estado de derecho exigiría una particular certeza que sólo podrían proporcionar sentencias nacionales, internacionales y extranjeras conformes con el propio orden público que se pretendiese proteger de este modo. Además, sería inconstitucional considerar hechos notorios para el imputado, genocidios que no han sido incluidos en los programas educativos o conocidos por conmemoraciones periódicas de los mismos, no pudiendo exigirse en todos los casos, especialmente en el caso de los extranjeros inmigrados (por ej. provenientes de Irán) el conocimiento de los genocidios.

Incluso si de por sí no sería irracional realizar una calificación retroactiva de los hechos de genocidio innegables, podría ser problemático castigar las negaciones de genocidios que han permanecido «impunes», porque de este modo el juez estaría obligado a decidir «ex post» incidentalmente sobre la injusticia de hechos no fijados en procedimientos judiciales compatibles con los principios fundamentales del Estado de derecho. En la medida en que la historia, especialmente la no contemporánea, incluye hechos que no están en posición de pesar actualmente sobre las conciencias, en particular sobre cuestiones de responsabilidad penal o civil personal o internacional, al juez le debe estar vetado un juicio con fuerza jurídica vinculante sobre la historia. De otro modo se correría el riesgo cierto de traspasar los límites culturales de su propia función, transformándola en una especie de revisionismo judicial de la historia.

En el debate público, han sido sobre todo los historiadores los que avanzaron las tesis de la incompatibilidad tan radical como insubsanable de todo delito de negacionismo con la libertad de la ciencia. A la luz de la experiencia de condena de autores como Faurisson, Irving y Garaudy, estas posiciones parecen excesivas, intercambiando en el plano de las ideas la libertad de investigación científica revisionista con una inmunidad de lo histórico-científico para sus propias obras historiográficas.

Si ponemos sobre la mesa las teorías filosóficas de la verdad y de la historia, el deber de neutralidad e imparcialidad del jurista impone no aceptar posiciones científicas o filosóficas unilaterales, ni las teorías exclusivamente subjetivistas ni las exclusivamente objetivistas de la historia, ni las teorías de la verdad fundadas exclusivamente sobre el consenso, ni las fundadas exclusivamente sobre la correspondencia entre contenido y realidad.

En el Estado constitucional, la cultura es libre, si libre significa una búsqueda de la verdad que parte de la duda. Sólo de la libre conformación

de hipótesis y del diálogo interno en la academia sobre las respuestas a una pregunta pueden resultar (una o más) verdades. Por lo tanto es posible distinguir no sólo una búsqueda buena de una búsqueda menos buena, sino también discursos científicos de los no científicos o de los erróneamente auto-calificados como científicos. Si la verdad histórica no es otra cosa que el fruto de una continúa discusión de verdades dadas por adquiridas, la libertad de la ciencia tiene ahora justamente un valor de verdad que la hace de por sí, del mismo modo que el arte, «buena costumbre».

De este modo «revisionista», incluso los hechos de un genocidio pueden ser puestos en duda, pero quien sostiene que no son ciertos, si quiere ser científico, tiene la obligación de argumentar y probar su inexistencia. Una cosa es decir que se tienen dudas, y otra distinta es decir que se tienen certezas opuestas y dar por «descontada» la existencia de un acto.

La propia libertad de investigación, además no es una libertad tal que pueda exigir mayores privilegios que la libertad de expresión salvo aquellos relacionados con la autonomía corporativa de las instituciones académicas. De hecho, sería absurdo considerar que un profesor universitario tenga mayor libertad que un ciudadano cualquiera. En cualquier caso corresponde tanto al profesor competente como al ciudadano instruido hacer valer la responsabilidad pública difundida por la ciencia, especialmente si proviene de los entes públicos. Esto es aplicable también al derecho de criticar públicamente la historiografía científica o escolástica.

La labor pública de la cátedra de un historiador (o de un jurista) y la libertad de investigación científica no proporcionan legitimidad alguna a la irresponsabilidad en aquellos casos en que en sus expresiones cometen «delitos de opinión» constitucionalmente legítimos (y lo mismo debería servir por otra parte, únicamente con distintas reglas de procedimiento, también para la labor parlamentaria).

Si por lo tanto no convencen las críticas demasiado apriorísticas y radicales del antinegacionismo, la discusión se resitúa en el campo de los pronósticos acerca de la efectividad de la prevención y sobre la necesidad de mecanismos represivos que integran la promoción del día de la memoria.

Se quiere mantener el pluralismo y acrecentar la protección de los pueblos en la Europa de las minorías, ¿pero no se está corriendo el riesgo de crear sólo un dispositivo simbólico de justicia tardía que alimenta justo el juego de inversión de las reglas entre culpables y víctimas que es uno de los componentes psicológicos del negacionismo? ¿O bien se crea, por contra, un dispositivo simbólico de silencio capaz de tranquilizar a las

víctimas, el equivalente funcional de un tabú protector? En definitiva, ¿no corre el riesgo el antinegacionismo de promover más una ética de la verdad que no la duda⁸⁹? Conviviendo con estas y otras dudas, el jurista debe definitivamente dejar hablar a la política y a la cultura.

RESUMEN

Este trabajo analiza las características y la evolución del antinegacionismo en el ámbito penal en Europa. «Negacionismo» describe un fenómeno cultural, político y jurídico que tiene su manifestación en comportamientos y discursos con el denominador común de la negación, al menos parcial, de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de las personas como hechos de máxima injusticia, tales como el genocidio o el holocausto judío.

Los debates políticos y culturales abiertos a la opinión pública tienden a separar el negacionismo del revisionismo. Sin embargo, historiadores y juristas intentan circunscribir el problema que designa este término, por un lado, al campo de hechos de la historia contemporánea, y por otro, a hechos calificables como delitos internacionales de genocidio o crímenes contra la humanidad.

Partiendo de la experiencia concreta del holocausto y de la «Convención internacional para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948», el antinegacionismo es, en consecuencia, la unión de las ideas y de las prácticas que niegan toda justificación moral del negacionismo y combaten la negación de un genocidio. El artículo estudia particularmente el antinegacionismo jurídico, que pretende construir la represión penal del negacionismo y una acción política y administrativa eficaz para su prevención. El autor compara el desarrollo del legislativo y jurisprudencial del antinegacionismo jurídico en Alemania con el de otros países europeos, y en particular con Italia y España, en los que el antinegacionismo muestra características particulares.

PALABRAS CLAVE: Negacionismo, antinegacionismo jurídico, represión penal, Derecho alemán, Derecho penal comparado.

ABSTRACT

This paper analyzes the characteristics and evolution of antinegationism in criminal law in Europe. «Negationism» describes a cultural, political and legal phenomenon

⁸⁹ G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari 2008, pp.163 y ss.

that has its manifestation in behaviors and speeches with the common denominator of denial, at least in part, the reality of the historical facts perceived by most people as facts peak injustice, such as genocide or the Jewish holocaust.

The cultural and political debates open to the public tend to separate negationism and revisionism. However, historians and jurists try to circumscribe the problem that this term involves on one side to the field of the events of contemporary history and on the other to facts which qualified as international crimes of genocide or crimes against humanity.

Proceeding from the actual experience of the Holocaust and the «Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948», antinegationism is therefore the union of ideas and practices that deny any moral justification of negationism and fight the denial of genocide. The author studies particularly legal antinegationism, which aims to build the criminal repression of negationism and an effective political and administrative action for its prevention. He compares the development of legal and judiciary antinegationism in Germany with other European countries, in particular Italy and Spain, in which antinegationism shows especial characteristics.

KEY WORDS: Negationism, legal antinegationism, criminal punishment, German Law, Comparative Criminal Law.